

308909

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

8
20



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

ESCUELA DE DERECHO
con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

**"DEL CONTROL DEL EJERCICIO DE
LA ACCION PENAL EN MEXICO"**

T E S I S

Que para optar por el título de:
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

JUAN ANTONIO CASAS DE LEON

México, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Marzo de 1987



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 está 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.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
EL CONCEPTO DE LA ACCION PENAL EN LA DOCTRINA.....	3
1.- De las Teorías de la Acción.....	3
A) La Teoría Clásica.....	3
B) La Teoría de la Acción como Tutela Concreta.....	4
C) La Teoría de la Acción como Derecho a la Jurisprudencia.....	6
D) La Teoría de la Acción como Derecho Potestativo.....	8
E) La Teoría de la Acción con Derecho Abstracto de obrar.....	9
2.- Otras Teorías de la Acción.....	13
A) La Acción como Derecho Público Subjetivo.....	13
B) La Teoría de la Acción como Actuario Procesal.....	14
C) La Teoría de la Acción de Ugo Rocc.....	17
3.- Algunas Consideraciones Doctrinales de la Acción Penal en el Derecho Comparado.....	19
A) Tesis de Eugenio Florian.....	19
B) Tesis de Vincenzo Manzini.....	22
C) Tesis de Giovanni Leone.....	25
D) Tesis de Niceto Alcalá-Zamora y Ricardo Levene (hijo).....	29
E) Teoría de Jorge Clariá Olmedo.....	32
4.- Algunas Consideraciones Doctrinales de la Acción Penal en el Derecho Mexicano.....	39
A) Opinión de Julio Acero.....	39
B) Opinión de Guillermo Borja Osorno.....	41
C) Opinión de Humberto Briseño Sierra.....	42
D) Opinión de Guillermo Colín Sánchez.....	44
E) Opinión de Juventino V. Castro.....	44
F) Opinión de Carlos Franco Sodi.....	46
G) Opinión de Alberto González Blanco.....	49
H) Opinión de Juan Carlos González Bustamante.....	50
I) Opinión de Javier Piña y Palacios.....	53

J) Opinión de Manuel Rivera Silva.....	56
--	----

CAPITULO II

DE LAS CARACTERISTICAS DE LA ACCION PENAL.....	60
--	----

1.- Generalidades.....	60
------------------------	----

2.- Las Características de la Acción Penal.....	60
---	----

A) Publicidad.....	61
--------------------	----

B) Indivisibilidad.....	63
-------------------------	----

C) Es Unica.....	64
------------------	----

D) La Oficialidad.....	65
------------------------	----

E) Es Irrevocable.....	68
------------------------	----

F) Es Intrascendente.....	72
---------------------------	----

G) Es De Condena.....	75
-----------------------	----

H) Tiene por objeto la Búsqueda de la Verdad Material o Real.....	78
---	----

I) Es Inevitable.....	82
-----------------------	----

J) La Prohibición de la Reformatio In Peius.....	83
--	----

CAPITULO III

DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.....	86
---------------------------------------	----

1.- Generalidades.....	86
------------------------	----

2.- De la Preparación de la Acción Penal.....	86
---	----

A) La Denuncia.....	88
---------------------	----

B) La Querella.....	97
---------------------	----

1.- Concepto.....	97
-------------------	----

2.- La Naturaleza Jurídica de la Querella.....	99
--	----

3.- Delitos Perseguidos por Querella.....	104
---	-----

4.- Personas Facultades Normativamente para Formular Querella.....	105
--	-----

5.- Forma de la Querella.....	106
-------------------------------	-----

6.- Querella Respecto de Menores.....	107
---------------------------------------	-----

7.- Extinción del Derecho de Querella.....	109
--	-----

3.- De la Titularidad de la Acción Penal.....	113
---	-----

A) Concepto de Ministerio Público.....	113
--	-----

B) Naturaleza Jurídica del Ministerio Público.....	116
--	-----

a) Como representante de la sociedad en el ejercicio de la acción penal..	116
---	-----

b) Como órgano administrativo.....	117
------------------------------------	-----

c) Como órgano judicial.....	120
d) Como colaborador de la función jurisdiccional.....	121
C) Teoría Abolicionista del Ministerio Público.....	125
D) Antecedentes del Ministerio Público.....	127
a) Historia del Ministerio Público.....	127
a) Grecia.....	127
b) Roma.....	128
c) Legislación Bárbara.....	129
d) La Edad Media.....	129
e) Francia.....	130
f) España.....	130
2.- Historia del Ministerio Público en México.....	131
a) La Constitución de Apatzingán.....	133
b) La Constitución de 1824.....	133
c) La Constitución de 1836.....	134
d) Las bases orgánicas de 1843.....	134
e) La Ley de noviembre de 1855.....	135
f) La Constitución de 1857.....	135
g) La Ley de Jurados de 1879.....	136
h) Código de Procedimientos Penales de 1880.....	137
i) Código de Procedimientos Penales de 1894.....	138
j) Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito Federal y Territorios Federales.....	138
k) Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1908.....	140
l) La Constitución de 1917.....	140
m) Las Leyes Orgánicas del Ministerio en Materia Federal y Común de 1919.....	147
n) Ley Orgánica del Ministerio Público de 1929.....	149
ñ) Ley Orgánica del Ministerio Público de 1934.....	150
o) Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1941.....	151
p) Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios Federales de 1954.....	154
q) Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1955.....	152
r) Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y Territorios Federales de 1971.....	153

s) Ley de la Procuraduría General de la República de 1974.....	154
t) Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal de 1977.....	154
u) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1984.....	155
E) Breve Análisis del artículo 21 de la Constitución General de la República.....	157
F) Principios que Caracterizan al Ministerio Público.....	163
a) Imprescindibilidad.....	163
b) Unidad.....	163
c) Prerrogativas.....	165
d) Buena fe.....	166
G) Atribuciones del Ministerio Público.....	167
a) En el Derecho Penal.....	168
b) En el Derecho Civil.....	169
c) En Materia de Amparo y como Consejero Jurídico.....	169
4.- Del Ejercicio de la Acción Penal en México.....	171
A) Momento Procesal al que corresponde el Ejercicio de la Acción Penal...	171
B) De la Consignación.....	173
a) Concepto.....	173
b) Problemas que la Consignación Plantea.....	175
c) Forma y Contenido de la Consignación.....	176
d) La Consignación con detenido y sin detenido.....	182
e) La Consignación y los órganos Jurisdiccionales.....	185
CAPITULO IV	
DEL CONTROL DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN MEXICO.....	191
1.- Planteamiento del problema.....	191
2.- En el Derecho Comparado.....	192
a) Francia.....	194
b) Alemania.....	194
c) Italia.....	195
3.- En el Derecho Mexicano.....	195
a) Sistema de Control Interno.....	196
b) Sistema de Control Externo.....	199
c) Opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	203

4.- Algunas Opiniones en la Doctrina.....	209
A) Los que Pugnan por el Control de la Acción Penal Mediante el Amparo...209	
a) Opinión de Guillermo Borja Osorno.....	209
b) Opinión de Ignacio Burgoa.....	210
c) Opinión de Juventino V. Castro.....	211
d) Opinión de Guillermo Colín Sánchez.....	212
e) Opinión de Carlos Franco Sodi.....	213
f) Opinión de Rafael Matos Escobedo.....	214
g) Opinión de Angel Martínez Pineda.....	215
h) Opinión de Teófilo Olea y Leyva.....	218
i) Opinión de Javier Piña y Palacios.....	225
B) Los que propugnan por la no Procedencia del Amparo como Control del Ejercicio de la Acción Penal.....	231
a) Opinión de Sergio García Ramírez.....	231
b) Opinión de Rafael de Pina.....	232
c) Nuestra Opinión.....	239
CONCLUSIONES.....	257
BIBLIOGRAFIA.....	261
LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.....	266

INTRODUCCION.-

El presente trabajo tiene por objeto primordial plantear el -- problema siguiente: "para el caso de abstención injustificada en el ejercicio de la acción penal, por su Titular el Ministerio Público, ¿cuál es el medio de control efectivo de la acción?, la Legislación Mexicana propone como solución; el llamado control interno, consistente en una queja interpuesta ante al Procurador de Justicia, por el denunciante, el querellante o el ofendido, en un plazo de quince días, contados desde que se les ha hecho saber tal determinación; para que este funcionario oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal. La doctrina Mexicana, propone como solución al problema, el "juicio de amparo", argumentando, que los Tribunales Federales, juzgan únicamente sobre violación a garantías Constitucionales y no está tomando el papel de investigador de los delitos; función propia del Minsiterio Público. Por su parte la Corte Suprema, ha considerado, que no es procedente el juicio de amparo ante tal situación, argumentando que no se trata de una violación a una garantía individual, sino una violación "a una garantía social". Que para los efectos del juicio de amparo el Minsiterio Público no es Autoridad, sino que es parte; y que al ser procedente el amparo, volveríamos al antiguo sistema inquisitorio, en que el poder judicial además de imponer penas, le correspondería la persecución de los delitos.

Así pues para que el lector, esté en condiciones de entender la magnitud del problema, hemos considerado conveniente, realizar una exposi-

ción, acerca de la naturaleza jurídica, primero de la acción y luego de la acción penal, para lo cual hemos tenido que escoger doctrinas de autores extranjeros, como nacionales, y llegar a la conclusión que la acción penal, es una "potestad". Esto se encuentra contenido en el primer capítulo.

El segundo capítulo; es una exposición, de las características que la doctrina ha desprendido de la naturaleza de la acción penal.

En lo que se refiere al tercer capítulo, está constituido por una exposición del Ministerio Público, titular de la acción penal en México; desde su naturaleza; pasando por sus antecedentes constitucionales, hasta sus principales atribuciones.

Por último el cuarto capítulo; es una exposición de las soluciones planteadas, al problema mencionado; recopilando al respecto opiniones de autores prestigiados, tales como Juventino V. Castro; Teófilo Olea y Leyva, etc., y por supuesto la nuestra; que si bien es pobre doctrinalmente hablando en virtud de nuestra inexperiencia, en labores de investigación, nos hemos sentido satisfechos, porque al menos, hemos puesto el dedo en la llaga, planteando el problema mencionado.

CAPITULO I

EL CONCEPTO DE ACCION PENAL EN LA DOCTRINA

1.- De las Teorías de la Acción.-

El concepto de acción, es uno de los fundamentales de la ciencia procesal y como lo señala el ilustre Jurista, Aniceto Alcalá Zamora, pone en marcha el proceso a efecto de que la jurisdicción, resuelva sobre el tema controvertido.

Al respecto se han elaborado doctrinas diversas, explicativas, de su naturaleza jurídica, de las cuales, una la vincula en forma estrecha -- con el derecho subjetivo las otras por el contrario, sostienen la autonomía - del derecho de acción en formas diversas.

A) La Teoría Clásica.

Es monolítica, es decir no tiene variantes y se le denomina -- así porque viene desde el derecho Romano o sea desde la concepción que los Romanos tenían de la acción, identificando a ésta con el derecho sustantivo.

"La clásica definición de Celso, señala Gómez Lara, de acción-- como el derecho de perseguir en juicio lo que es debido, completada con la -- adición posterior dada por los glosadores para dejar la definición en los sí-

güentes términos: la acción es el derecho de perseguir en juicio lo que -- nos pertenece o lo que es debido, resume en forma cabal la esencia de ésta- posición clásica".⁽¹⁾

La adición posterior de los glosadores se motivó, para in- - cluir en la definición de acción también a los derechos reales.

Esta identificación de la acción, con el derecho sustantivo- o de fondo, propició que desde Roma hasta el siglo XIX, las acciones fue- ran una parte del estudio de las disciplinas sustantivas.

B) La Teoría de la Acción como tutela concreta.

El procesalismo científico, nace cuando se comienzan a soste- ner posiciones de la autonomía de la acción, la elaboración del nuevo con- cepto de acción, arranca del estudio de Windscheid, sobre la "Actio Romana"- y su polémica con Teodoro Muther, que contribuyeron a la diferenciación, - entre el derecho a la prestación en su dirección personal y el derecho de- acción como derechos autónomos encaminado a la realización de la Ley por la vía del proceso.

La obra de Windscheid sobre "La acción en el derecho civil - Romano desde el punto de vista moderno", constituye el punto de arranque de

(1) Gómez Lara Cipriano, "TEORIA GENERAL DEL PROCESO", 3ª Reimpresión, edi- tado por la Universidad Nacional Autónoma de México, D.F., 1981, pág. - 129

las nuevas doctrinas procesales. Lo que nace de la violación de un derecho dice Windscheid, no es un derecho de accionar como afirmaba el ilustre Savigny, sino una pretensión, contra el autor de la violación, que se transforma en acción de cuando se le hace valer en juicio a esa dirección personal o -- tendencia a someter la voluntad del otro, Windscheid designa con la palabra "Anspruch", que ha sido traducida por pretensión jurídica, la acción sería -- entonces la pretensión jurídica deducida en juicio.

En esa época existía en Alemania una doble terminología: La Actio y la Klage.

La actio Romana, no era sino el derecho mismo, concebido como potestad inminente al derecho de reaccionar contra su violación o como el de recho en su tendencia a la actuación, un derecho que nace de la violación -- del derecho. La klage, (derecho de accionar), era un concepto creado por -- los juristas medievales, sin realidad en el derecho Romano, ni en el moderno y constituía un derecho contra el estado (querrelia o queja), tendiente a pro vocar la actividad del poder público.

La polémica Windscheid-Muther, es muy sutil y de detalle contrariamente a lo afirmado por Windscheid, de que la acción, no era sino la -- pretensión deducida en juicio contra el demandado, Muther, en su obra "La -- Teoría de la Acción Romana y el Derecho Moderno de Obrar", concibe a la acción como un derecho público subjetivo, mediante el cual se obtiene la tute -- la jurídica y se dirige contra el estado, para la obtención de una sentencia

favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha.

La acción tiene por presupuesto la existencia de un derecho - privado y su violación, pero aunque esté condicionada por el derecho subjetivo es independiente de éste y su regulación como responde al derecho público.

Siguiendo con Muther, pero apartándose de él en ciertos aspectos, Wach, en su "Manual de Derecho Procesal", y luego en su trabajo "La acción de Declaración", considera la acción como un derecho autónomo, contra el estado y frente al demandado. De allí sus caracteres: es un derecho público, al que corresponde por parte del estado la obligación de dispensar la tutela del derecho, pero es un derecho concreto, en cuanto su eficacia afecta sólo al adversario, la acción corresponde a quien tiene derecho a una sentencia favorable.

C) La Teoría de la Acción como Derecho a la Jurisdicción.

Dentro de esta posición, se estima que la acción, es un acto-provocatorio de la jurisdicción. Aunque esta corriente se encuentra en el pensamiento de muchos procesalistas, es seguramente Eduardo J. Couture uno de los exponentes más destacados de la misma.

"Eduardo J. Couture, distingue entre los conceptos de derecho, pretensión y acción y en seguida define la acción, como el poder jurídico --

que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción.⁽²⁾

El autor continua diciendo, la acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre, con derecho material o sin él, con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo, en cuanto tal, existe aún cuando no se ejerza -- efectivamente.

Concluye Couture, considerando a la acción como una forma típica del derecho de petición, es decir como un derecho de pedir, ante todas y cualesquiera autoridades, sin que haya razón según él, para que el poder judicial quede excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares pueden ejercitar el derecho de petición.

Esta opinión de la acción como derecho a la jurisdicción, señala Gómez Lara, también se encuentra en cierta forma con Hugo Alsina; quien señala, que si concebimos la acción como un derecho contra el estado, para la protección de una pretensión fundada en el derecho privado, la solución aparecerá más clara porque el estado será el sujeto pasivo, de una obligación procesal: la que tiene sus órganos jurisdiccionales de amparar en la sentencia a quien lo merezca (actor o demandado); en tanto que el demandado será el sujeto pasivo de la pretensión fundada en la relación substancial.

La acción tiene como fundamento una doble pretensión: por una

(2) Couture-Eduardo J., "FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL", 3ª edición, Póstuma, Editora Nacional, 1983, México, D. F., pág. 74.

parte una pretensión procesal, en la que el actor y el demandado son los sujetos activos, en cuanto ambos pretenden que el juez sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica mediante la sentencia; por la otra, esa pretensión dirigida contra el demandado, a fin de que éste se cumpla la prestación a que se obligó o para que se declare la inexistencia de una obligación, y para que en su caso el estado actúe en forma coactiva para la satisfacción del derecho.

D) La Teoría de la Acción como Derecho Potestativo.

"Esta tesis de la acción como un derecho potestativo, es de Chiovenda y se deriva de la definición que éste nos da de acción; como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional".⁽³⁾

En muchas ocasiones es indispensable para la actuación de la norma, es decir, para la intervención del órgano jurisdiccional, la existencia de una manifestación de voluntad del particular, porque el tribunal no actúa de oficio y el modo de expresar esa voluntad se designa con el nombre de "Acción".

"La acción dice Chiovenda, es pues un poder jurídico, de la categoría de los derechos potestativos, entendidos éstos como los derechos a

(3) Chiovenda José, "Principios de Derechos Procesal Civil, Tomo I", traducción al castellano del profesor José Casals Santaló, Cárdenas Editores, S.A. 1980, México, D. F., pág. 73.

los cuales no corresponde una obligación, porque el sujeto a quien está dirigido dicho poder jurídico, no es deudor de una prestación, ni debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejercita".⁽⁴⁾

La acción concluye Chiovenda, se caracteriza como un derecho contra el adversario y frente al estado y mediante el órgano jurisdiccional se substituye a la actividad del actor para la protección de su derecho y a la del demandado en su caso para el cumplimiento de su obligación.

E) La Teoría de la Acción como Derecho Abstracto de Obrar.

Esta teoría es de gran significación porque representa el punto culminante del desenvolvimiento de la ciencia procesal.

Así si la primera teoría expuesta o sea la de la tutela concreta, aparece frente a las posiciones tradicionales como palida y débil ésta posición tiene caracteres de mayor intensidad y de una radicalidad bien definida.

Esta teoría, se proyecta desde el siglo XIX, con el autor Oegenkelob, así como ya después en el siglo XX, con autores como Liebman, Alfredo Rocco y Ugo Rocco.

Gómez Lara, señala que en forma curiosa cabe destacar que Lu-

(4) Ibidem, pág. 74.

dovico Mortara, no obstante ser un autor Italiano del siglo XIX, marcha por la senda de Plotz y Degenkelob, y aporta a la doctrina de ellos algunas puntualizaciones interesantes.

Mortara comienza por acoger dos conceptos de acción, uno de ellos amplio, de acuerdo con el cual la acción, sería una relación de derecho público entre las dos partes y el juez y otro más restringido, como facultad de deducir la demanda judicial. De esos dos conceptos o sentidos, que Mortara le da a la palabra acción, el primero fue combatido en Italia, con argumentos convincentes, la doctrina de la relación jurídica procesal -- sirve para explicar la naturaleza del proceso, pero no propiamente la de la acción, entonces de los dos conceptos de acción que da Mortara, el amplio como sinónimo de relación jurídica entre las partes y el juez, y el restringido como facultad deducida de demanda judicial.

El que hay que utilizar es el segundo, para que exista la acción basta la simple afirmación de la violación del derecho privado, sin que sea necesaria que esa afirmación sea de buena fe, con lo cual, con la doctrina Mortera encuentran plena explicación, las demandas de índole temeraria o de mala fé.

Refiriéndose al concepto de pretensión, Mortara señala que en el proceso no hay una sola pretensión, sino dos pretensiones, una positiva o atacante del actor y otra normalmente de signo contrario.

"Cipriano Gómez Lara señala que a su entender, esta teoría de la acción como un derecho abstracto de obrar, representa el punto máximo de autonomía de la acción. La acción dentro de esta concepción es un derecho - que se tiene para provocar la función jurisdiccional con o sin fundamento, - es decir se tiene derecho a una sentencia, independientemente de que sea favorable o desfavorable a los intereses de quien haya iniciado el proceso."⁽⁵⁾

En esta teoría de la acción, como derecho abstracto de obrar, la acción es dada, no sólo a quien tiene razón, sino a cualquier persona que se dirija al juez en demanda de una decisión sobre su pretensión, la acción - por consiguiente puede ser deducida aún por quien esté equivocado y por tal razón es abstracta, del fundamento de la demanda.

Los adversarios de ésta teoría, señalan que ésta confunde el derecho de acción, con la mera facultad jurídica de obrar, indudablemente para poder dar razón a quien la tiene es necesario admitir que el que no tiene razón puede pedir que el juez declare si la tiene o no la tiene, pero en cualquier caso la acción tiene como fundamento una pretensión que si prospera, - hace que la acción sea admitida y en caso contrario determina su rechazo.

En relación con esta opinión de los adversarios de la teoría que se expone, Gómez Lara indica, que no es precisamente la acción, lo que se rechaza sino lo que viene a rechazarse es precisamente la pretensión, por que entendida esta tesis del derecho abstracto de obrar, en su justa proyec-

(5) Gómez Lara Cipriano, Op.cit., pág. 134.

ción hace que la acción se limite hacer tanto la potestad como la actividad-provocadora de una función jurisdiccional, en abstracto, es decir de una mera función jurisdiccional, que persigue una sentencia, sin que sea doble, en la acción en si misma, predeterminar si el resultado de ella será o no favorable.

Por otro lado continua señalando Gómez Lara, es mejor que --- exista inclusive una posibilidad de abusar de la acción, a que haya un criterio rígido que limite su ejercicio, porque ello podría provocar que se cayera en la autotutela o en otras formas no convenientes de solución de la conflictiva social; el decir si se sanciona excesivamente el ejercicio de la acción, cuando el actor se equivoca, o se abusa de la misma, la colectividad o más algunos sujetos de la misma, podrían llegar a atemorizarse y a no llevar sus controversias ante los órganos estatales de la jurisdicción.

En conclusión, sostener que sólo el que posee el derecho de fondo puede accionar, es por otro lado una perogrullada, toda vez que sólo el tribunal, hasta el momento de sentenciar, determina quien tiene la razón, quien tiene el derecho y quien tiene la verdad formalmente válida.

Consideramos, que de las tesis expuestas, en este trabajo, la más convincente, es la más moderna y no por tal motivo, sino porque los argumentos de ella, son los más razonables, esto es cuando se señala que la acción es dada no sólo a quien tiene la razón, sino a cualquiera que se dirija al juez, en demanda de una decisión sobre su pretensión. Así pues la acción

puede ser deducida a un por quien esté equivocado y por ello es abstracta -- del fundamento de la demanda.

Es pues el punto culminante de las teorías que se han avocado a explicar la naturaleza jurídica de la acción.

2.- Otras Teorías de la Acción.-

Hemos considerado necesario exponer otras teorías acerca de la acción, con el objeto de tener una mayor argumentación acerca de las posiciones que adoptamos en el desarrollo de este trabajo, independientemente de que para el lector existan otras teorías "importantes", aquí sólo se expondrán las que se consideren de utilidad, para el cumplimiento del cometido -- que nos hemos fijado en el inicio de este trabajo.

A) La Acción como Derecho Público Subjetivo.

Esta teoría es expuesta por el ilustre jurista Goldschmidt, - la cual nace como lógica reacción en contra de las teorías que involucran el derecho de acción con el derecho sustancial pretendido.

"Goldschmidt, señala que la acción con su contenido de pretensión de sentencia o derecho de obrar procesal, es un derecho público subjetivo, que se dirige contra el estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable".⁽⁶⁾

(6) Goldschmidt James, "DERECHO PROCESAL CIVIL", traducción al castellano de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, S.A., Madrid España 1936, pág.96.

Arguye que la acción, no se dirige contra el demandado, sino sólo contra el estado; puntualiza que se debe separar el concepto de la acción procesal que se dirige contra el estado de la acción o pretensión de derecho privado, que se actúa frente al individuo, que el derecho sea contra el estado y que su carga recaiga sobre el demandado y se debe a la relación en que se encuentra con el estado de sumisión a su soberanía.

Es necesario apuntar, respecto de esta teoría que estamos de acuerdo con Goldschmidt, cuando este dice que la acción se dirige contra el estado, entendido este como poder judicial con el fin de excitar la actuación de éste para obtener una sentencia, pero no estamos de acuerdo en su consideración respecto de la naturaleza jurídica de la acción, toda vez que esta no es un derecho subjetivo, porque esto implica una renuncia a cargo del titular, y la acción, al menos la penal, no es potestativa.

B) La Teoría de la Acción como Actuación Procesal.

Es la opinión del ilustre jurista italiano Francesco Carnelutti, el cual comienza diciendo, que la intuición de que compete a las partes. Un derecho subjetivo, de carácter estrictamente procesal, es antiguo; a esa intuición correspondió el nombre de acción (action), con el cual se denota el obrar en juicio o sea desplegar actividad para la tutela mediante el proceso del interés de la parte como contenido del derecho mismo, el autor señala que antigua es así mismo la intuición de que por un lado la acción, se distingue del ius, en el proceso hecho valer, pero de que por el otro lado es -

también ella un *ius*. Pero antes de que esa intuición se hubiera podido resolver, tuvieron que pasar decenas de siglos.

Agrega Carnelutti, que la dificultad estaba en distinguir, el derecho que se hace valer en juicio (derecho subjetivo material) del derecho mediante el cual se hace valer aquel (derecho subjetivo procesal). Que por tanto entiende por acción, el derecho subjetivo procesal de las partes.

Que la acción, aunque no se le debe confundir con el derecho-material hecho valer en juicio, sea sin embargo mi derecho procesal, sirve para dignificarla de la pretensión, con la cual se le confundió a menudo y sigue confundiéndosele. Basta para su distinción exacta el recordar, que mientras la acción es una relación, la pretensión es un hecho y más concretamente un acto jurídico; ambos conceptos pertenecen por tanto a zonas distintas y aún opuestas de la ciencia, las cuales con la estática, a la cual pertenece la pretensión y la dinámica del derecho, la cual es la acción.

Carnelutti continúa diciendo, que el interés que constituye el elemento material de la acción, no es el interés en litigio (que constituye el contenido del derecho subjetivo material), sino el interés en la composición (en vía represiva o preventiva) de la litis, que es común a las dos partes.

Y a todos los demás ciudadanos (interés colectivo); la acción de las partes, no es un derecho subjetivo público agrega: más exactamente -

todavía, es uno de los derechos públicos subjetivos que se denominan derechos cívicos.

El insigne jurista italiano indica, que como relación jurídica de las partes, se habla pues en el sentido de que su ejercicio atribuye a quien la ejercita cualidad de parte, (en sentido formal), no ya en el de que ella compete a la parte (en sentido material), sino a quien asume ser parte, por lo cual aquello de que depende es la apariencia de ser sujeto de la litis y por tanto dicha acción compete a cualquier ciudadano.

"Por último Carnelutti sostiene el carácter subjetivo público de la acción, que no se dirige hacia el estado, sino hacia el juez, como derecho a la prestación jurisdiccional, su interés es público, aunque su ejercicio sea privado, pues aunque con ella el ciudadano obtiene la satisfacción de su particular interés, su función reintegradora del orden es esencialmente pública".⁽⁷⁾

Consideramos que la tesis del profesor Carnelutti comete un error, el cual se reduce a considerar que el derecho de acción no se dirige hacia el juez o sujeto físico investido de potestad jurisdiccional, sino hacia el estado detentador originario de la facultad y poder de jurisdicción, el que si delega esa función a ciertas personas llamadas jueces para su ejercicio, no por ello deja de ser titular y por eso sigue siendo él, el legítimo destinatario de la acción y no el juez que tan sólo la cumple a su encar-

(7) Carnelutti Francesco "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL TOMO I", - Traducción de Santiago Santis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América 1965, Buenos Aires Argentina, pág. 315.

go y en su nombre.

C) La Teoría de la Acción de Ugo Rocco.

Aún cuando ya se haya mencionado a este autor e incluso encuadrado en la posición de la acción como derecho abstracto de obrar, hemos con-siderado conveniente hablar de su posición.

El ilustre jurista italiano, habla del derecho por parte de los ciudadanos, como tales de recurrir al estado a fin de obtener la realiza-ción de los propios intereses y en el deber correlativo del estado de inter-venir a petición de aquello.

Esta relación surge del hecho de que la jurisdicción civil no es sólo un derecho para el estado, sino además un deber, no sólo político y-ético, sino más precisamente un deber jurídico.

"Indica Rocco, que el derecho de cada ciudadano como tal de -pretender del estado, el ejercicio de su actividad para la satisfacción de -los intereses amparados por el derecho; se llama derecho de acción".⁽⁸⁾

El autor continúa diciendo, que pertenece a la categoría de -los derechos públicos subjetivos y forma parte de la clase, de los derechos-cívicos, por cuanto tiene por objeto una prestación positiva de parte del es

(8) Rocco Ugo, "DERECHO PROCESAL CIVIL", traducción de Felipe de J. Tena, -- Editorial Porrúa Hermanos y Cia., 1944, México, D.F., pág. 143.

tado.

En el mismo orden de ideas Rocco señala, que la característica del derecho de acción, consiste en ser un derecho abstracto, en el sentido de que prescinde de la existencia efectiva de un derecho material concreto, lo demuestra el hecho de que cualquiera puede ejercitar el derecho de acción es decir puede provocar los órganos jurisdiccionales del estado, aún -- cuando en realidad no tenga un verdadero derecho material que hacer valer.

"Así pues señala Rocco, el derecho de acción, debe considerarse no como un derecho para con el adversario, sino como un derecho con respecto al estado, explicase de esta manera, por que el derecho de acción se ejerce aún por el que no tiene un verdadero derecho material y por que el juez tiene la obligación de responder siempre a la acción intentada por el particular".⁽⁹⁾

Esta tesis de Rocco, tiene el mérito de distinguir, como lo hacen los procesalistas modernos el derecho de accionar, de la pretensión, al señalar que tiene derecho de accionar cualquier individuo independientemente de que tenga o no tenga razón, de que tenga o no tenga pretensión. En pocas palabras Rocco habla de la pertenencia de la acción a la ciencia procesal y de la pretensión, como derecho sustantivo o material.

Cuando iniciamos este inciso indicamos que eran necesarias y oportunas estas doctrinas, en virtud de que vendrían a corroborar la valía

(9) Ibidem, pág. 144.

de las cuatro posiciones expuestas en el primer inciso, además de que no son sino una extensión en esencia pura de las cuatro posiciones ya mencionadas, - por ejemplo Goldschmidt al señalar que la acción pertenece al grupo de los - llamados derechos cívicos, se ve el gran parecido de su idea con la tesis - de Rocco, el cual también distingue en su tesis y propugna por la dependen- cia entre la acción y la pretensión

3.- Algunas Consideraciones Doctrinales de la Acción Penal en el Derecho Com- parado.-

En este inciso sólo expondremos las tesis que a nuestro jui- cio, se adecúen al derecho mexicano y por tal motivo sean útiles para el de- sarrollo y cumplimiento del cometido del presente trabajo. Así pues expondre- mos tesis de la talla de un Eugenio Florian un Manzini, hasta llegar a auto- res sudamericanos, tales como Levene (hijo) y Clairá Olmedo, etc., etc.

A) Tesis de Eugenio Florian.

El notable tratadista italiano, dice que del delito surgen -- dos acciones: la penal y la civil.

Que cada una de ellas corresponde a uno de los aspectos que - el delito presenta. Que este siempre es una lesión o una amenaza de los bie- nes o intereses de la colectividad y que con relación a esta manifestación - pública del delito, se presenta la exigencia de la acción penal.

Que si contemplamos el organismo del proceso, veremos manifiestarse la exigencia de una actividad encaminada a incoarlo, a pedir la aplicación de la ley a cada caso concreto: que esta exigencia es la que hace surgir a la acción penal. "Florian señala que la acción penal, se puede considerar, como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal".⁽¹⁰⁾

El autor señala que la acción penal, es la energía que anima todo el proceso.

Que por dos razones es estrecha la concepción de que al hablar de la acción penal se dice (especialmente por autores franceses y, que el objeto de la mismas es conseguir la imposición de una pena al reo, y que tales razones son las siguientes:

Que en primer lugar, el fin de la acción penal, no es hacer que se llegue a una condena, sino el de hacer que se determine la verdad a propósito de un delito que se dice cometido y que se inculpa a una determinada persona, determinación que no es raro que se llegue a la conclusión de -- que el hecho no ha existido o que no se trata de un delito, o que el acusado no lo ha cometido o que no ha tomado parte en él. Que tan es así esto, - que el Ministerio Público (el cual tiene la iniciativa de la acción penal), - puede modificar sus conclusiones a favor del procesado o interponer recurso en beneficio del mismo.

(10) Florian Eugenio, "ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", traducción al -- castellano de Leonardo Prieto Castro, Editorial Bosch, 1934, Barcelona-España, pág. 172.

Que por otra parte, el juicio no tiene vida por sí, sino que en su estructura, en su contenido y fines ha de marchar paralelamente al derecho penal, respondiendo al estado en que este se halle.

Que al lado de las penas se establecen medidas de seguridad y cada vez en mayor grado, por lo que el proceso puede determinar en la imposición de una medida de seguridad y prescindir de la pena; así pues la acción penal tiene su base en el delito, pero también en su desenvolvimiento más amplio, es comprensivo de las medidas de seguridad, en cuanto estas igualmente tienen su presupuesto en el delito.

Con relación a la naturaleza jurídica de la acción, Florian señala, que las teorías civilistas sobre la materia pueden reducirse a dos: según la primera (la tradicional) el derecho de acción es el mismo que el sustantivo que se hace valer; que la teoría moderna sostiene que la acción es un derecho autónomo, distinto del derecho sustantivo que se trata de hacer valer por ella.

Que en el campo penal, debe considerarse el derecho de acción (de obrar jurídicamente), como un derecho autónomo o por lo menos distinto del derecho subjetivo de castigar del Estado, el cual lo hace valer por medio de la acción, cuando existen los presupuestos para ello.

Estimamos que la tesis del profesor Florian, es sencilla, pero no por tal motivo carente de elementos técnicos, toda vez que "el poder -

jurídico", a que se refiere Floiran, es el emanado de la ley, el cual se justifica precisamente cuando se ha violado una norma de derecho punitivo o penal.

Y en razón precisamente de la pretensión punitiva estatal, -- cuando previa satisfacción de ciertos requisitos se prevee que la jurisdicción, cuyas consecuencias son la declaración de culpabilidad o la absolución del sujeto de la relación procesal.

Así pues, en razón de que el poder jurídico emana de la ley y se asimila al derecho mexicano, es por lo que nosotros nos adherimos a esta postura.

B) Tesis de Vincenzo Manzini.

"El insigne profesor italiano, dice que la acción penal se puede considerar bajo dos aspectos:

Subjetivamente: es el poder-deber jurídico, que compete al - Ministerio Público, de actuar las condiciones, para obtener del juez, la decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del estado, derivada de un hecho que la ley prevee como delito y;

objetivamente: la acción penal, es el medio con que el órgano ejecutivo, constreñido a abstenerse de la coerción directa, en las relaciones penales, determina la intervención de la garantía jurisdiccional en or--

den de su pretensión punitiva".⁽¹¹⁾

El autor indica, que el juez desconociendo el fundamento de la legitimidad de la pretensión pronuncia una decisión que agota completamente todo lo que a la realizabilidad de esa misma pretensión, se refiere cuando existan las condiciones de procedibilidad.

Que en el derecho procesal penal, no existen acciones de mera declaración de certeza.

Que no hay que confundir la acción penal, con el procedimiento penal, que es un concepto más comprensivo.

Que al paso que la primera, como dirigida que está a obtener una decisión del juez, no se puede concebir sin la intervención del proceso y que si el procedimiento penal también comprende, todos aquellos actos que sirvan para preparar y hacer eficaz el requerimiento de esa intervención penal, no equivale necesariamente a la promoción de la acción penal.

Manzini continua diciendo, que es lógico que el Minsiterio Público, recibida la noticia de un delito, deba antes de pedir la intervención del juez, examinar si concurren las condiciones materiales y formales para hacer valer la correspondiente pretensión punitiva, cuando esta noticia no consista en una legítima orden de proceder. Que por lo tanto hay toda una se

(11) Manzini Vincenzo "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL TOMO IV", Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1945, - Buenos Aires Argentina, pág. 43

rie de actos preliminares a la promoción de la acción penal.

Ahora bien es evidente indica el autor, que fuera de los casos, en que el Minsiterio Público decide no proceder, los actos que él lleva a cabo para recoger el material de prueba genérica y específica, con las formas establecidas por la ley procesal penal, son "actos de procedimiento", de manera que el procedimiento penal debe considerarse iniciado con el primero de estos actos, aún cuando no habiéndose requerido la Intervención del juez, no se puede decir promovida la acción penal.

Concluye Manzini, que una vez promovida la acción penal y surge así la relación procesal con la intervención del juez, no puede el Ministerio Público revocar esa acción ni disponer del procedimiento penal como acto unilateral.

Que en todo caso se hace necesaria una providencia del juez, pues sin ella no puede el Minsiterio Público suprimir la acción penal, ni -- aún en los casos en que antes de haberla promovido, estaría autorizando a no proceder.

En relación con esta teoría del ilustre profesor Manzini, consideramos un error de éste autor, el confundir la acción penal con la pretensión punitiva, toda vez que supedita la segunda a la realizabilidad de la -- primera mencionada; siendo que la acción penal posee una independencia total de la pretensión punitiva, en el sentido de que como señala el ilustre Bin--

ding , más adelante citado por González Bustamante, que la acción origina su vida en el proceso y prescinde de la violación penal, y tanto es verdadero - esto, que el juez puede negar que una violación de la ley penal esté comprobada o que se haya verificado por otra de la persona a quien se imputa.

Así pues la acción origina su vida en el proceso y por tal -- pertenece al campo del derecho procesal, mientras que la pretensión punitiva se gesta en el campo del derecho sustantivo, con la simple violación de una norma de esta naturaleza.

C) Tesis de Giovanni Leone.

Leone, señala que la naturaleza jurídica de la acción penal - es la de un derecho subjetivo, en relación al juez y derecho potestativo en relación al imputado y al respecto hace las siguientes consideraciones:

a) Que la acción penal, se concreta a la comunicación al juez de la noticia criminis, y en el correlativo requerimiento al mismo juez, a - que emita una decisión sobre ella.

b) Que la acción penal, se expresa, no como requerimiento de condena y tampoco de absolución, sino en sustancia, como petición de una decisión sobre una noticia criminis, sobre un hecho determinado - - - - correspondiente a una hipótesis penal, lo que efectivamente vincula al juez, (esto es lo que delimita el campo de su orden de decisión), no es una demanda

o un requerimiento, sino que es la determinación del hecho sometido a la indagación del juez.

c) Que la acción penal, no tiene tampoco como elemento esencial, la dirección hacia una determinada persona, pudiendo darse promoción a la acción aún sin que se conozca la persona a quien se atribuye el delito.

Que así concebida la acción penal, tiene un contenido específico o determinado y aclara Leone; que para evitar equívocos convendrá aclarar que con esta afirmación no se toca el aceptado carácter abstracto del derecho de acción, por que configurado en el máximo de su autonomía prescinde del fundamento o no de la pretensión deducida. Que es específico o determinado el contenido del derecho de acción en el sentido de que está vinculado a una noticia criminis. Que si eventualmente en el desenvolvimiento de la instrucción aparecen otros hechos no deducidos en la imputación original, al juez no se le conciente ampliar el ámbito del proceso hasta absolver tales hechos, sino que sólo puede solicitar la iniciativa del Ministerio Público, a quien compete promover la acción penal en orden a los nuevos hechos.

Leone agrega, que la abstracción de la acción penal surge vigorosamente de la obligariedad de ella, pues el Ministerio Público está consuetudinario a pedir siempre la decisión del juez, aún cuando esté convencido de la falta de fundamento de la noticia criminis, ya que es evidente que la acción penal reivindica para sí cada vez más acusada abstracción que puede denominarse abstracción institucional.

Que este aspecto particular de la acción penal proveniente de suobligatoriedad, no consciente ningún titubeo ulterior en aceptar la teoría de la acción en sentido abstracto, pero que por la misma razón, hay que aceptar la concepción de la acción de "contenido determinado", ya que no se puede concebir el contenido de la acción, sino en relación a una noticia criminis, es decir a la indicación de un determinado hecho correspondiente a una figura de delito.

Leone indica que no tienen por tanto, posibilidad alguna de ingreso en nuestro campo, la teoría de la acción como derecho subjetivo dirigido a obtener una sentencia de mérito, la teoría que configura la coexistencia de un poder abstracto de acción y de un poder concreto de acción, ni la teoría que vincula el poder de acción a elementos que lo condicionen a una valoración de mérito: así como la referencia a presupuestos procesales o a condiciones de la acción.

Que todas las tentativas en sentido opuesto, encaminadas a -- asignar a la acción penal un contenido de demanda de mérito, de requerimiento de una cierta decisión y por consiguiente un contenido referido a la llamada pretensión punitiva, constituyen expresiones de una vinculación a una concepción civilista, totalmente incompatible con la estructura y la función del proceso penal.

Que el proceso civil se inicia sobre una pretensión de tener razón por parte del actor, mientras que el proceso penal se inicia sobre una

notitia criminis, que en virtud del principio de obligatoriedad de la acción penal, que tiene profundas raíces e intereses generales, postula necesariamente una decisión del juez.

Que el actor del proceso civil pide una decisión que le de la razón y el actor del proceso penal, pide una decisión que responda a la verdad.

"Leone por tanto, define a la acción penal, como el requerimiento por parte del Ministerio Público, de una decisión del juez, sobre una notitia criminis, que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal". (12)

Agrega el autor que a fin de intentar un nuevo camino que presente la confluencia de las dos distintas concepciones de la acción como derecho subjetivo y potestativo, considera preciso fijar ciertas premisas, - las cuales son:

- La acción penal es obligatoria.
- La acción penal determina la obligación del juez de emitir la requerida decisión, sobre la deducida notitia criminis.
- La acción penal no determina obligación alguna a cargo del imputado, el cual nada debe hacer, sino que determina a cargo del imputado una situación de sujeción, por cuanto él nada puede hacer para alejar de sí el hecho jurídico producido por la acción.

Por nuestra parte señalamos, que el intento de Leone no deja-

(12) Leone Gionavvi "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL TOMO I, Traducción - de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos-Aires Argentina, pág. 113.

de ser plausible, desde el punto de vista de su esfuerzo para encontrar la naturaleza jurídica de la acción penal.

Apoyamos su concepción, respecto de las características que señala de la acción penal tales como, de que es obligatoria, de que determina la obligación del juez de emitir la requerida decisión sobre la notitia criminis deducida, así como de que es autónoma, pues sólo provoca una decisión del juez sobre la notitia criminis, estando desvinculada totalmente de cualquier referencia al derecho subjetivo de castigar y hasta de la pretensión punitiva, porque como señala, "se pasaría al absurdo de llegar a la negación de la acción, cuando la sentencia fuese absolutoria".

En relación a la crítica, respecto a la tesis del profesor -- Leone, diremos que es vaga e imprecisa, en virtud de que habla de un derecho subjetivo como aspecto de la acción en relación al órgano jurisdiccional, -- sin especificar a quien corresponde dicho derecho subjetivo, ni establece -- una conclusión, respecto de la naturaleza de la acción penal, de la tesis -- adoptada por él.

D) Tesis de Niceto Alcalá-Zamora y Ricardo Levene (hijo).

Estos autores se refieren, a la acción penal diciendo que de todo acto con apariencias delictivas, nace acción penal para el castigo del culpable, que de esta surge el problema hasta ahora no resuelto satisfactoriamente en ninguna de las ramas del proceso, de cual sea la verdadera natu-

raleza de este concepto tan utilizado y fundamentalmente, a que llamamos acción, que probablemente la solución no se alcanzará mientras en todo el ámbito del derecho procesal mejor dicho en todas y cada una de sus distintas ramas, no se contempla a la acción como un puro concepto, libre de toda contaminación ius materialista, aunque unida al derecho material por medio de la pretensión; esto es, agregan los autores, que tras la fase de absorción o subpeditación de la acción al derecho material, y la del dualismo conceptual, salpicado de indiferencias y confusiones, creemos dicen los autores, que demarcharse a la de una separación tajante y a considerar que además del derecho material y de la acción existe un tercer elemento: la pretensión, merced a él consideran los autores Bizantina la discusión, acerca de la prioridad del derecho o de la acción.

Este poder netamente procesal, potestad o posibilidad de recaer un proveimiento judicial, sobre una pretensión y a la de impulsar al proceso, será además el que permita, dentro del campo del enjuiciamiento llamado criminal, llegar a una noción única o unitaria de la figura, ya que si se liga indisolublemente al delito o al acto con apariencias delictivas, no podrá extenderse para perseguir el estado peligroso sin delito en aquellos países como España, Paraguay, Uruguay o Venezuela, han sancionado leyes al respecto.

Que si la comisión de un hecho delictuosa o con aspecto de -- tal, hace surgir la acción penal, el ejercicio de la misma por el órgano o titular a quien corresponda hacerla valer, pone en marcha el proceso e impul

sa el movimiento hasta el logro de la tutela jurídica estatal, que se manifiesta en la sentencia, y en caso de ser esta condenatoria, en la ejecución de lo juzgado. Que esa acción, que se presenta como factor absolutamente indispensable, para la existencia del proceso penal, ha de ser sucesivamente examinada en una serie de aspectos que sirvan para fijar su naturaleza jurídica, su contenido y las circunstancias para su ejercicio.

"Los autores dicen que la acción penal es, en la doctrina más generalizada, el poder jurídico de promover a la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella refuta constitutivos de delito".⁽¹³⁾

Que la acción penal no supone en definitiva, sino el ejercicio del derecho de acusación por quien lo tenga atribuido como medio de provocar el ejercicio del derecho de pensar por parte del estado, a quien corresponda y que en lugar de proceder directamente al castigo del culpable hace depender su aplicación del resultado de un proceso jurisdiccional, en el que la defensa del inculpado se halle garantizada, que de ellos se infiere - dicen los autores, que correspondiendo, como en efecto corresponden, el derecho de penar al estado, que en caso pertinente lo aplicará mediante la condena y la ejecución, la acción penal no está en realidad dirigida contra el sujeto pasivo (como muchos siguen creyendo en el área del proceso civil), si no al tribunal para que nombre y como representante del estado sancione el -

(13) Alcalá - Zamora Aniceto y Levene (hijo) Ricardo, "DERECHO PROCESAL PENAL PROCESAL TOMO II", Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires Argentina, - pág. 59.

acto delictivo.

Nuestra consideración respecto de la tesis de los maestros Alcalá-Zamora y Levene (hijo) es un reconocimiento a la franqueza y aceptación de que el problema de la naturaleza de la acción aún no ha sido resuelto en lo civil ni en lo penal.

En el fondo estamos de acuerdo en la concepción de los maestros, acerca de la naturaleza jurídica de la acción, en virtud de que ellos hablan de una potestad, atribuida por la ley, consideración que se semeja a nuestro derecho mexicano, y por tal motivo la aceptamos, no obstante que los maestros digan que no hay solución en la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de la acción.

E) La Teoría de Jorge A. Clariá Olmedo.

Este ilustre procesalista Argentino señala que la indispensabilidad de la excitación extraña para que se active el poder jurisdiccional, suele ser planteada como una derivación del derecho de defensa hablándose de la necesidad de la acusación para impedir que la defensa del imputado sea -- violada. Que esa acusación sería necesaria para la existencia de un juicio -- válido y que extendida esta misma regla a todo el proceso se le formula desde un punto de vista negativo, mediante la prohibición de que el juez penal proceda exoficio.

Que la acción pone límite a la jurisdicción en cuanto a la -- realidad juzgable. Que la jurisdicción sólo puede pronunciarse dentro del - ambiente fáctico, (objeto procesal), que le presenta el órgano de la acusa- ción; órgano éste que es titular del ejercicio del poder de acción del esta- do, que fuera de este ámbito, la jurisdicción se extralimitaría a la exten- sión de su poder.

Que acción y jurisdicción, pues son poderes que corresponden al estado, pero que su ejercicio es atribuido a órganos diferentes.

Que la actividad de ambos órganos es judicial, pero una es ex citante (acción) y la otra excitada, por ello si la primera se detiene en su ejercicio, debe también detenerse la segunda.

Que no obstante esto, el ejercicio de la jurisdicción, va dan- do base al progreso de la acción en su desenvolvimiento procesal, sin tener- se en cuenta el sentido que en materia penal puede darse al contenido de la- acción, condenatorio o liberatorio, pues siempre será la justicia, por cuan- to, el alcanzarla es colmar el interés social.

El autor indica, que si nos preguntamos ahora, que es el po- der de acción penal, para descubrir su naturaleza y contenido, no sería co- rrecto contestar recurriendo a algunas del sin número de teorías que para ex plicar estos extremos se han expuesto con respecto a la acción civil. Que en efecto, lo que ambos poderes, el de acción civil y el de acción penal, pue--

den tener en común, no puede ser referido al poder en si, sino más bien al -
ejercido de ellos y a atribuciones procesales de los órganos encargados de -
la correspondiente actividad, que una diferencia fundamental, se encuentra,-
en primer término, viendo al titular de uno y otro poder. Que el estado es-
el titular del poder de acción penal y el individuo es el titular del poder-
de acción civil por otro lado.

Esto indica el autor, permite explicar, el porqué del ejerci-
cio obligatorio, como ocurre en la jurisdicción del poder, de la acción pe-
nal; y esto no sucede con el poder de acción civil.

Que cuando el titular del ejercicio de la acción penal es un-
órgano público, en cuanto este órgano está en la posibilidad de presentar al-
órgano de la jurisdicción una cuestión penal, es decir, en cuanto esté fren-
te a un hecho posible que reúna las características de delito, no puede elu-
dir la excitación de la jurisdicción, (principio de la promoción obligatoria-
del proceso penal). Que una vez iniciado el ejercicio de la acción penal, -
promovido el proceso, (no puede ser suspendido, interrumpido o concluido por
voluntad del órgano que lo cumple), el llamado principio de irrefragabilidad.
Que en cambio el poder de acción civil es de ejercicio facultativo, en el --
sentido de que el titular puede o no iniciarla o continuarla conforme a los
dictados de su voluntad, (renuncia a demandar o desistimiento en el juicio).

La razón de este distingo, está en que el estado cumpla con -
el ejercicio de la acción una función pública, de carácter judicial, que só-
lo puede ser emitida, en los casos y en las formas expresamente previstas en

la ley y que el órgano que la representa ante la justicia también está sometido en forma íntegra a la ley, para el ejercicio del poder de acción, siéndole, vedado todo criterio de naturaleza discrecional.

Que el mérito del carácter público del derecho penal y de la función pública que con la acción penal cumple el estado, este sólo puede disponer de la acción en los casos formas y condiciones que la ley autoriza; -- que el particular, por el contrario, dispone del poder de acción civil y como consecuencia, su ejercicio es conforme a los dictados de su voluntad.

Que el principio autoritario que gobierna el poder de acción penal, permite ubicarlo, al igual que el poder jurisdiccional, entre las potestades públicas del estado, indispensable para la realización del derecho punitivo integrador.

Que la acción penal surge con la misma ley penal integradora como poder abstracto del estado, como ente público y en su condición de único y exclusivo responsable del interés social. Ante el caso concreto, o sea cuando una situación de hecho pone en tensión la norma integradora (posibilidad de un delito), ejercitará el poder de acción excitando al órgano jurisdiccional. Lo hará generalmente por sus propios órganos sin esperar iniciativa extraña (oficiosidad), particular o de otros órganos públicos, en la forma, por los medios y conforme a las atribuciones que la ley procesal penal determine.

Clariá Olmedo agrega, que la acción penal, es una potestad pública de naturaleza sustancial, pero que ésta afirmación indica, no obliga a adecuarse a la teoría conocida por clásica en las teorías de la acción, que identifica el poder de acción con el derecho integrador, cual si fuera dos caras de la misma moneda.

"Dice Clariá Olmedo, que la acción penal es de naturaleza sustancial en cuanto poder, pero procesalmente proyectada en cuanto a su ejercicio, es un poder sustancial independiente y autónomo del derecho integrador, en el cual tiene su fuente. Cada norma penal descriptivo-sancionadora, da vida en abstracto, a un poder punitivo, contra su eventual transgresor; poder punitivo que se concretará con la sentencia jurisdiccional en la cual se declara culpable a quien fue sometido a proceso. A su vez cada norma penal-integradora da también nacimiento al poder de excitar la actividad jurisdiccional, poder este indispensable para que se pongan en actividad las normas-realizadoras, aclarando el autor, que ambos poderes son independientes, aún cuando abstractamente tengan las mismas fuentes".⁽¹⁴⁾

Por el poder punitivo, el estado debe castigar al infractor de la ley; por el poder de acción debe exigir a los jueces un pronunciamiento acerca de si existe o no un infractor, ambos poderes son sustanciales y de realización, pero tienen contenido diferente y persiguen distinta finalidad y eso se ve más claramente cuando una vez concretados, se ejercitan para

(14) Clariá Olmedo Jorge A. "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL TOMO I", Editorial EDIAR, S. A., Buenos Aires Argentina, pág. 293.

satisfacer la función jurídica que a cada uno se le ha asignado. El poder punitivo se concreta cuando hay culpable declarado como tal; el poder de acción penal, cuando se presentan circunstancias fácticas de posibilidad delictual que es necesario destruir o confirmar.

Que mientras, el poder punitivo del estado tiende al castigo del culpable y se ejercita administrativamente aún cuando el control jurisdiccional, el poder de acción persigue que la jurisdicción, con un criterio imparcial, establezca si el estado debe o no hacer valer aquel poder punitivo en un caso concreto; tiende a la verificación jurisdiccional de la posibilidad o imposibilidad de castigar, instando la declaración de inocencia o de culpabilidad, que hará posible el restablecimiento del orden.

Si hubiera sido alterado; lo que en caso de condena ocurrirá cuando se haya agotado el cumplimiento de la pena o interrumpiéndose legalmente, durante cuyo momento el poder de acción sigue pendiente para exigir el control de ese cumplimiento.

Que por eso dice el autor, que el poder de acción penal existe, aún cuando, para el caso concreto, se persiga por el titular de su ejercicio la absolución del imputado o sea, cuando se exija la declaración en concreto de la inexistencia del poder punitivo del estado. Que todo esto justifica como la acción penal se habrá ejercitado válidamente cumpliendo con su fin específico, aún cuando el juez concluya absolviendo al imputado y también que el órgano de la acción tenga poderes procesales para peticionar-

decisiones del órgano jurisdiccional en favor del imputado. Que todo esto - dice Clairá Olmedo, tiene su fundamento en la existencia de una zona coincidente de los intereses público y privado que el proceso tutela; cuando el órgano del estado ejercita el poder de acción penal, pone frente a la jurisdicción el interés social, el que en su forma más general, se traduce en la persecución de castigo para el verdadero culpable; pero el inocente es protegido también por el público y autónomo poder sustancial de acción penal.

Finalmente Clairá Olmedo, señala la distinción entre el poder genérico de acción penal correspondiente al estado y los poderes específicos atribuidos a los distintos órganos encargados del efectivo ejercicio de la acción penal; ubicándose el primero en la zona sustancial y a los segundos - en la zona procesal.

Que el estado es el titular del poder genérico y sustancialmente está obligado a actuar por medio de sus órganos, salvo que la protección de otros intereses sustanciales por excepción los excluya concediendo - al particular, el derecho de evitar en el caso concreto la persecución y punición (instancia privada y ejercicio privado de la acción).

Pero la puesta en marcha y posterior impulso de la acción has ta alcanzar su específica finalidad, es tarea judicial y procesalmente norma da.

En esencia podemos comentar de esta tesis, que en el fondo no

es más que una repetición de ideas de Florian y en algunos aspectos de Manzi ni, se diferencia de estos autores, en que Clariá Olmedo, lo expresa con más palabras y además, ese poder lo divide en dos el genérico de acción penal, - correspondiente al estado y los poderes específicos atribuidos a los distintos órganos encargados del efectivo ejercicio de la acción penal.

Es de observarse, que no hay necesidad, de dividir "ese poder" en genérico y específico, toda vez que la acción penal pertenece por ley al Ministerio Público, y si este delega funciones, no quiere decir que esté dividiendo el poder, sino únicamente delega funciones.

4.- Algunas Consideraciones Doctrinarias de la Acción Penal en el Derecho Mexicano.-

La doctrina mexicana, referente a la materia que nos ocupa, - es abundante y valiosa. Existen autores, reconocidos, no sólo a nivel nacional, sino a nivel internacional también, tales como Humberto Briseño Sierra, Juan José González Bustamante, Franco Sodi, etc., etc. Pero como el objeto de nuestro trabajo no es abundar sobre esta cuestión, sólo expondremos, las que consideremos útiles, para el desarrollo y cumplimiento de nuestro cometido en esta obra.

A) Opinión de Julio Acero.

"El ilustre profesor mexicano Acero, señala respecto de la acción penal, que la considera como la materia misma en actividad en el proce-

so, el conjunto de exigencias que en él y por él se discuten como derechos - de ataque chocando con la consiguiente defensa".⁽¹⁵⁾

Acero continua diciendo; por eso al abordar la reglamentación del procedimiento, los códigos se ocupan de las acciones que dentro de dicha reglamentación pueden ejercitarse y aunque el proceso penal, propiamente dicho se encamina principalmente a la aplicación de las medidas represivas, -- también pueden resolverse por el las reparaciones que corresponden a la víctima sea ventilándolas en la misma tramitación, sea sentando sólo las bases de su exigibilidad y abandonando los detalles procesales relativos al cuidado del enjuiciamiento civil. Se establece así o bien una coacción de conjunto y mutuo apoyo como quieren las tendencias modernas; o bien una marcada independencia que casi llega hasta la oposición en ciertos casos, entre las --s dos acciones, no obstante la relación que las une.

Es de hacerse notar, que el ilustre profesor Acero, pretende pasar por alto, todo un milenio de investigación procesal, ya que su posición en esencia, es la misma que sostuvieron los Romanos, de considerar a la acción y a la pretensión como la misma cosa, cuando señala Acero, "que considera a la acción como la materia misma en actividad". Así pues es obvio que rechazamos esta teoría por inadecuada y antigua, en virtud de que la acción- siempre será autónoma de la pretensión.

(15) Acero Julio "PROCEDIMIENTO PENAL", 7ª Edición, Editorial Cajica, S.A.,- Puebla, Pue. 1984, pág. 57.

B) Opinión de Guillermo Borja Osorno.

"El distinguido profesor de la Universidad de Puebla, define la acción penal, como el poder de excitar la jurisdicción y actuar en el proceso frente a una relación de derecho penal, (independientemente de su resultado". (16)

El autor, dice que la acción penal surge de un delito y sus presupuestos son precisamente delito y delincuente.

Por último señala Borja Osorno, que de todo acto con apariencias delictivas, que ataca la existencia y la conservación de la sociedad, - nace la acción penal, para la sanción del culpable.

No consideramos correcto lo afirmado por el autor en el último párrafo, en virtud, de que la finalidad de la acción penal, no es que se imponga una sanción al culpable, esto es por que la sentencia del juez puede ser absolutoria, sin embargo la acción penal tuvo vida y existió.

Por lo que respecta a la naturaleza de la acción, consideramos un poco vaga la apreciación del maestro Borja Osorno, toda vez que no define de donde procede ese "poder", y decimos un poco vaga, porque por otro lado es exacta la apreciación del autor, al señalar que el objeto de este poder es excitar la jurisdicción.

(16) Borja Osorno Guillermo, "DERECHO PROCESAL PENAL", Tercera reimpresión, Editorial Cajica, S. A., Puebla, Pue., 1985, pág. 105.

C) Opinión de Humberto Briseño Sierra.

El autor dice que dado el carácter dinámico de la idea fundamental del derecho procesal, (acción), puesto que se está ante relaciones jurídicas que se constituyen mediante multiplicidad de conexiones, el dato elemental, el más simple para formar la secuencia es el derecho de instancia.

"La instancia, la define Briseño Sierra, como la unidad de -- una relación dinámica, cuyo ejercicio es el supuesto de una prestación final". (17)

Las instancias dice Briseño, púesen ser:

De petición (artículo 8, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), de denuncia (mera participación de conocimiento para los efectos legales consiguientes), de querrela (declaración de voluntad para que se sancione la infracción de un particular), de queja (nueva declaración de voluntad para que se controle la actuación de una autoridad), - reuertamiento (derecho para que se revoque por el superior o por la misma - responsable el acto de autoridad incorrectamente omitido) y acción (instancia procesal por antonomasia).

La acción continua diciendo el ilustre procesalista, por ser un derecho de instancia se encuentra incluida en un procedimiento, pero no se trata de uno indiferenciado, como el que se utiliza en las otras instancias,

(17) Briseño Sierra Humberto "EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO", 2ª Edición, Editorial Trillas, 1982, México, D. F., pág. 39.

sino del otorgamiento procesal, el cual se identifica como la estructura tri lateral: ésto es dos partes contrapuestas y un tercero imparcial.

La acción es el único derecho, indica Briseño, que se proyecta desde un sujeto (acusador), hasta otro (reo), a través de un tercero imparcial (juzgador).

"En consecuencia, preceptúa Briseño, la acción queda definida, como la única instancia proyectiva, ya que su estructura "A Priori", lle va implícita la trilateralidad o tricotomía subjetiva: dos partes y un Juez; aunque posteriormente puede suceder que sólo esté presente el demandante (acu sador), y falta el reo por encontrarse en contumacia (en lo penal el proceso en rebeldía suele prescribirse, con la ausencia del reo suspende la causa)". (18).

Esta tesis del Maestro Briseño Sierra, es una teoría nueva en la ciencia procesal, aunque no estamos totalmente de acuerdo con esta tesis, toda vez, que la tesis de Briseño, se adecúa a procesos, de carácter convencional, esto es donde la iniciativa del particular es piedra angular, para la excitación del órgano jurisdiccional. Cuestión que no sucede en materia-- penal, toda vez que la "instancia" a que se refiere Briseño, no se identifica, ni con una potestad, o una obligación, o un derecho subjetivo, en pocas-- palabras no entendemos, la naturaleza jurídica, o el sentido jurídico, que-- le dá el autor a la palabra "instancia".

(18) Briseño Sierra, Humberto, Op. Cit., pág. 40.

D) Opinión de Guillermo Colín Sánchez.

Este autor, se adhiere al concepto de acción de Florian, el - cual dice, que la acción penal, es el poder jurídico de excitar y promover - la decisión del órgano jurisdiccional, sobre una determinada relación de de- recho penal.

"Colín, señala que este concepto, es el que mejor se adecúa-- al procedimiento penal mexicano, en virtud de que el poder jurídico a que se refiere Florian, es emanado directamente de la Ley, el cual actúa, cuando se ha violado una norma de derecho substancial", (19).

Opinión, con la que estamos totalmente de acuerdo, porque co- mo el lector notará, esta idea la hemos sostenido durante todo el desarrollo de este trabajo.

E) Opinión de Juventino V. Castro.

El autor refiriéndose a la distinción entre acción penal y -- pretensión punitiva. Dice que no sólo es útil, sino que es exacta esta dis-- tinción y así señala que de un delito, no nace la acción penal, sino la pre- tensión punitiva, o sea el derecho del Estado de castigar al que ha violado- una norma de índole penal.

(19) Colín Sánchez, Guillermo. "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES" Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1984, México, D.F., pág.230.

"El gran Maestro Castro; indica que si de todo delito, naciera la acción penal, no podríamos explicarnos, cuando se resuelve en un juicio, en donde no había delito que perseguir; que fue lo que ejercitó realmente el Ministerio Público, durante el proceso, en virtud de que la acción penal, por no haber delito no llegó a nacer" (20)

Dice que la pretensión punitiva, tal y como lo señala Massari, es la expresión subjetiva de la norma penal. Es derecho subjetivo a la aplicación de la sanción, cuando se ha verificado la violación del precepto; y como tal pertenece al derecho penal substancial o material. En cambio la acción penal, es una actividad procesal, que no lleva más fin, que el llegar a señalar, si el derecho punitivo nació para el Estado, en un caso concreto que se plantea.

En pocas palabras indica el autor, se llega a comprender, como la pretensión punitiva, pertenece en forma exclusiva al Estado y en forma abstracta la acción penal, que tiene como titular al Ministerio Público, se recibe como un poder deber, esto es como una facultad y como obligación.

Por otro lado, es necesario, dice Castro, distinguir, ¿Si la acción penal tiene el carácter de función de justicia o de Gobierno?; y es necesario distinguir continúa Castro, pues de su solución exacta, depende el poder judicial, del poder ejecutivo o bien ser independiente en lo absoluto de ambos poderes.

(20) Castro, Juventino V. "EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO", Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1985, México, D.F., pág. 24.

La independencia absoluta del Ministerio Público, de todo poder, es una teoría insostenible, la fuerza inconstable, que tiene el Ministerio Público en sus manos, la representación de la sociedad, para el cumplimiento estricto la Ley, le daría, dentro de esa independencia, una categoría privilegiada en grado tal, que fácilmente llegaría al abuso.

"Más lógico dice Castro, parece dilucidar cual es la verdadera esencia de la función del ejercicio de la acción penal. Y desde este punto de vista continúa Castro; es una función política y administrativa, si -- bien se desarrolla en el campo de la justicia. El Ministerio Público no es un órgano que se encargue de impartir justicia, sino un órgano administrativo que vela porque se aplique la Ley estrictamente por aquellos que si tienen la misión de impartir justicia".⁽²¹⁾

Consideramos, que la obra del Maestro Castro, más que tratar la acción penal, trata al Ministerio Público a fondo.

Definitivamente no opina sobre la esencia jurídica de la acción, sino que sólo se concreta a diferenciar radicalmente la acción penal, de la pretensión punitiva, trabajo que ya se realizó hace mucho tiempo atrás.

F) Opinión de Carlos Franco Sodi.

El insigne jurista, siguiendo a Ferri, dice que en términos-

(21) Castro, Juventino V. Op. Cit., pág. 26.

abstractos, el delito está constituido, por los elementos que a continuación se mencionan: sujeto (activo y pasivo), objeto (jurídico y material), (acción psíquica y física) y daños (público y privado).

El autor, dice que basta la sola enunciación de tales elementos para comprender el interés que tiene la sociedad en la represión del delito.

Franco, continúa diciendo que el objeto jurídico del delito, es siempre una norma de coexistencia social violada y que el daño público es también siempre una lesión o una amenaza para los bienes jurídicos de la sociedad. De aquí que siendo el delito un mal público, sea pública la acción para perseguirlo, esta acción, pues es la acción penal que nace del delito mismo.

El delito cuando es ejecutado dice Franco, impone la defensa social contra su autor, defensa social encomendada principalmente al Magisterio punitivo. Este tiene pues necesidad, frente a un individuo al que se imputa un hecho delictuoso, de precisar la relación jurídica existente entre el propio individuo y el Estado. Relación jurídica surgida por la comisión del delito y determinada por la Ley penal. Dicho en términos más claros dice Franco, el magisterio punitivo debe aplicar en cada caso concreto la Ley penal; pero para ello es necesario que se observen ciertas formalidades, que se sigan ciertas prácticas, que se despliegue una especial actividad; hablando en términos vulgares, que se mueva la maquinaria judicial; pero para que se mueva, es preciso desplegar una actividad que se proponga moverla, actividad denominada "acción penal".

La acción penal, la entiende Franco, en los términos de Florian, esto es como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional, sobre un a determinada relación de derecho penal.

Franco afirma, tenemos pues a la sociedad interesada, en que se apliquen a los delincuentes, las penas o medidas de seguridad correspondientes a cada delito; tenemos a los tribunales penales dispuestos a aplicar la Ley punitiva en cada caso concreto y tenemos la acción penal, encaminada a conseguir que los tribunales cumplan su misión. El ejercicio de la acción penal es por lo mismo distinto del poder jurisdiccional del Estado, es un derecho autónomo independiente, pero no potestativo; el Estado no tiene facultad de ejercitar o no según su capricho, la acción penal.

El Estado tiene el deber de ejercitar siempre esta acción penal, ya que va encaminada a conseguir la aplicación de la Ley penal que es de interés público.

"Franco Sodí señala, que decir que la acción penal pretende la aplicación de la Ley penal, no quiere decir que persiga invariablemente la imposición de una pena, ya que no siempre son éstas las consecuencias de un hecho delictuoso, que el que en ocasiones da lugar a simples medidas de seguridad; pero principalmente con la acción penal se quiere llegar a saber si efectivamente se ha cometido un delito y si ha sido ejecutado por la persona a quien se le imputa, de tal manera que si ésta es inocente el ejercicio de la acción conducirá a la solicitud de libertad del procesado"⁽²²⁾

(22) Franco Sodí, Carlos "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", Editorial Talleres Gráficos de la Penitenciaría del D.F., 1937, México, D.F., pág. 20.

Es notorio y admirable la claridad del Maestro Carlos Franco Sodi, cuando señala que la pretensión de la acción penal, es la aplicación de la Ley penal y dice: no quiero decir con esto que se persiga invariablemente la imposición de una pena, pues no siempre son éstas las consecuencias de un hecho delictuoso, ya que en ocasiones da lugar a simples medidas de seguridad, pero aún más cuando señala, que a través de la acción penal, lo que se busca es saber la verdad histórica acerca de hecho delictuoso, por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la acción penal, estamos de acuerdo con lo señalado por el profesor Franco, en virtud de que éste, conceptúa la acción penal como Florian, esto es como un poder, entendido éste como atribuido por la Ley, principio que definitivamente se adecúa al derecho Mexicano.

G) Opinión de Alberto González Blanco.

Este autor, comienza diciendo, que no comparte, la tesis de las corrientes doctrinarias, que consideran a la acción como el derecho en ejercicio.

Por tal motivo González Blanco, parte de la consideración de que el proceso penal, es por su naturaleza una institución pública, que no se inicia, ni se sujeta a la voluntad de los particulares, salvo el caso de los delitos de querrela, sino que se requiere del ejercicio de la acción que en forma exclusiva corresponde al Estado, y por tanto no es posible considerar que se tenga derecho de disponer libremente del proceso, porque el Estado no tiene derecho frente al Estado, y además porque para el representante de ese Ministerio, la acción, tiene el carácter de una función-

pública y no de un derecho.

En tratándose de los procesos civiles, sucede exactamente lo contrario, en virtud de que se inicia a requerimiento de los particulares y conforme a sus intereses.

"Concluye González Blanco, señalando, que si se considera a la acción como una institución de carácter procesal, el problema sobre su naturaleza jurídica, se resuelve con sólo considerar que para que se realice la potestad represiva a través del proceso, se requiera forzosamente entre otros requisitos que se ejercite la acción y que esa exigencia lleva a la conclusión, de que ésta debe, ser considerada como un elemento inherente e inseparable de la función represiva y por tanto su carácter de institución personal". (23)

Es de hacerse notar, que el profesor González Blanco, no se atreve a analizar la naturaleza jurídica de la acción, pues afirmar y llegar a la conclusión, de que la acción es una institución de carácter procesal, es una cuestión ya conocida por todos en el ambiente jurídico.

H) Opinión de Juan José González Bustamante.

Este autor señala, que en su acepción gramatical, acción, vie

(23) González Blanco, Alberto. "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", Editorial-Porrúa, 1975, México, D., F., pág. 46.

ne de Agere, obrar, y significa todo movimiento o actividad que se encamina a determinado fin. En su sentido jurídico, acción es la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho, por lo cual la acción debe entenderse en un sentido esencialmente dinámico, es el derecho de obrar y está constituido, por el conjunto de actos, por los cuales se recurre al poder jurídico, para obtener que le preste fuerza y autoridad al derecho.

González Bustamante, indica, que con sabatini, puede afirmarse, que el concepto de acción, es uno de los temas más complicados de la teoría general del proceso, porque se le ha definido en muchas formas en la doctrina y la definición resulta escabrosa.

Anteriormente nuestras leyes positivas definían la acción, señala González Bustamante, como; el medio de hacer valer ante los Tribunales los derechos establecidos por la ley. Así se consagró firmemente, en la doctrina y en la legislación. Por acción se entiende la posibilidad concreta de hacer valer judicialmente un derecho. Sin embargo, existe una diferencia -- substancial, señala González Bustamante, entre el derecho subjetivo y el medio de hacerlo valer. Se habla de la existencia de una pretensión, en que la acción se funda en la pretensión del actor y no en la existencia del derecho subjetivo que es independiente.

Para distinguir el derecho subjetivo de castigar que corresponde al Estado, de la acción penal, dice al autor que la dogmática del proceso, ha elaborado una teoría afirmada por Carlos Binding y que refiere a la

existencia de la "Exigencia Punitiva". Esta es en otros términos, una relación de derecho penal, distinta de la relación jurídica de derecho procesal.

La exigencia punitiva corresponde al Estado y debe hacerse valer ante las jurisdicciones, sirviéndoles de instrumento el proceso penal.

La pretensión punitiva (pretensión del ofendido por el delito), que se confunde con la exigencia punitiva de la doctrina Alemana, en el procedimiento penal, es caduca, consumible, capaz de aparecer por prescripción de la pena o por algún otro modo; por el contrario, la acción dice Binding, vista como la facultad de promover ante el juez y de instaurar el proceso, es un poder jurídico permanente e inconsumible que no se puede extinguir. La pretensión continúa diciendo el autor citado, surge de la violación de una norma penal y preexiste, lógica y cronológicamente, al nacimiento del proceso; es pues capaz de una vida extraprocesal. Por el contrario, la acción origina su vida en el proceso y prescinde de la violación de la ley penal; y tanto es verdad esto, dice Binding, que el juez puede negar que una violación a la ley penal esté comprobada o que se haya verificado por otra de la persona a quien se imputa. Prescinde en consecuencia, de la preexistencia de la pretensión punitiva; y esto es cierto, concluye Binding, cuanto que el derecho a llamar a juicio a alguien o a promover una acusación, puede ser ejercitado siempre y aunque la pretensión punitiva no exista, en virtud de cualquier causa extintiva de responsabilidad.

"Concluye su exposición, González Bustamante, indicando, que-

la comisión de un delito, da origen al nacimiento de la exigencia punitiva y de ésta surge la acción penal, que es el deber del Estado de perseguir a los responsables por medio de sus órganos, con sujeción a las formalidades procesales. En tanto que la exigencia punitiva corresponde al derecho penal, la acción penal debe entenderse en sentido procesal, aunque la distinción entre la exigencia punitiva y la acción penal, ha dado origen a multitud de discusiones en el orden jurídico-filosófico".⁽²⁴⁾

Consideramos que al igual que González Blanco, el autor, González Bustamante, no expresa su definición acerca de la naturaleza jurídica de la acción penal, aunque es verdaderamente de aplaudirse la diferenciación que hace de la exigencia punitiva y la acción, cuando señala que la exigencia punitiva, corresponde a la zona del derecho penal sustantivo y la acción penal al campo del derecho procesal y así la acción penal es totalmente distinta e independiente de la exigencia punitiva.

1) Opinión de Javier Piña y Palacios.

El ilustre profesor Piña y Palacios, señala, que son muchas las definiciones que se han dado respecto de la acción. De ellas se ha tratado de adaptar a la acción penal, desde la definición clásica; hasta la que utilizan los modernos autores Italianos.

(24) González Bustamante, Juan José "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", - 7ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1983, México, D. F., pág. 37.

Dice el autor, que los Romanos definían la acción, como el derecho de perseguir en juicio aquello que se nos debía. Desde luego dice Piña y Palacios: la definición esta presuponiendo la existencia de juicio, entendido no como parte del proceso, sino como el conjunto de actos y hechos jurídicos que regulados por el derecho procesal penal, determinen el contenido de la sentencia.

"Ahora bien, dice el profesor Piña y Palacios, si la acción provoca la actividad de la norma y los efectos de esa provocación son los -- que vienen a constituir el proceso, la acción penal no puede ser el derecho de perseguir en juicio lo que se deba a la sociedad y al particular". (25)

Más adelante continúa el profesor Piña y Palacios, se intentó definir la acción, diciendo que no era el derecho, sino el ejercicio del derecho ante un tribunal.

Para determinar la inaplicabilidad de esta definición, basta hacer notar que la acción no puede ser ejercicio. El que la sociedad tenga derecho a que se le repare el daño causado por el delito no quiere decir que el ejercicio de ese derecho sea la acción. Ni siquiera puede afirmarse que la acción sea un derecho, porque si lo es dice el profesor Piña y Palacios, es un bien patrimonial y como tal renunciable y la sociedad no puede renunciar a que le sea reparado el daño que le causó el delito sin que peligre su existencia. Por otro lado, es innegable la obligación que tiene la sociedad-

(25) Piña y Palacios, Javier. "DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Talleres - Gráficos de la Penitenciaria del D.F., 1948, México, D.F., pág. 91.

continúa el autor, porque atañe a su propia existencia, de ejercitar la acción para que sea reparado el daño causado a ella o al particular; pero si se dice que es una obligación, existe un nuevo problema: si tiene las características de obligación, como tal es un vínculo de derecho del cual no puede desligarse la sociedad, sólo ella, por la naturaleza misma de la obligación puede cumplirla y por tal motivo, nadie puede sustituirla ni siquiera en un ejercicio; y por eso añade Piña y Palacios, no es adaptable esta definición a nuestra legislación.

Una última concepción sería la definición de acción que da -- Chiovenda, en materia procesal civil, que ha sido adaptada a la acción penal por los Tribunales de Italia, los cuales sostienen que la acción penal, es el poder potestativo, de provocar la actividad jurisdiccional para la actuación de la ley penal.

"El análisis de la definición, señala Piña y Palacios, nos -- lleva a las siguientes conclusiones:

a) Poder potestativo, indica libertad en el ejercicio; si el Ministerio Público quiere provocar la actividad jurisdiccional, para la actuación de la ley penal, la provoca y si no, pues no.

b) En virtud de la jurisprudencia de la Corte, única y exclusivamente al Ministerio Público le corresponde el ejercicio de la acción penal y cuando éste no la ejercita, se desiste de su ejercicio o no acusa; el-

juez no puede seguir actuando.

c) En conciencia, la acción penal, nuestra acción penal, es - un poder potestativo, que tiene el Ministerio Público mediante el cual provoca la actividad jurisdiccional, para la actuación de la ley penal". (26)

No estamos de acuerdo, con la concepción de acción penal, del Maestro Piña y Palacios; porque efectivamente se trata de un poder, pero no potestativo, tal como lo señala este autor, sino que se trata de un poder -- atribuido por la ley, para la defensa de la sociedad, contra los delitos, y - si el Ministerio Público actuara a su capricho, ¿quién defendería los dere-- chos de la sociedad?, o ¿quién defendería los derechos del individuo, contra los abusos del Minsiterio Público?; son dos interrogantes, de mucha importancia, que en caso de ser contestadas afirmativamente; la sociedad y el individuo, quedarían desprotegidos, es decir en un total estado de indefensión, y - correríamos el peligro, de volver al sistema enjuiciatorio antiguo de la venganza privada.

J) Opinión de Manuel Rivera Silva.

Este autor, al referirse a la acción penal, nos habla de la - teoría de la función persecutoria; concepto que no sólo incluye la acción penal y su ejercicio, sino también la función investigadora del Minsiterio Público, en la llamada averiguación previa.

(26) Piña y Palacios, Javier, op. cit., pág. 92.

"Rivera Silva, señala que la función persecutoria, como su nombre lo indica, consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar o reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley".(27)

De esta forma, en la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados: el contenido, realizar las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; la finalidad, que se aplique a los delinquentes las consecuencias fijadas en la ley (sanciones).

Rivera, indica que la función persecutoria, impone dos clases de actividades:

- a) Actividad investigadora, y
- b) La acción penal.

Investigando por cuenta separada, cada una de estas actividades, tenemos:

- a) Actividad investigadora, esta actividad, entraña una labor de auténtica averiguación, de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos --

(27) Rivera Silva, Manuel. "EL PROCEDIMIENTO PENAL", 14ª edición, Editorial-Porrúa, S.A., 1984, México, D.F., Pág. 41.

participan. Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveer las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los Tribunales y pedir la aplicación de ley.

La actividad investigadora es presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal, es decir, del excitar a los tribunales a la aplicación de la ley al caso concreto, pues es obvio que para pedir la aplicación de la ley a una situación histórica, es menester dar a conocer la propia situación y como consecuencia previamente estar enterado de la misma.

b) La acción penal, es la segunda actividad que abraza la función persecutoria, consiste en el llamado ejercicio de la acción penal. Pero para entender a ésta, es menester dar una noción de acción penal.

"Rivera Silva expresa, que el Estado, como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, lógico resulta conceder al Estado autoridad para reprimir todo lo que intente o conculque la buena vida gregaria. Al amparo de esta autoridad, es indiscutible, continúa Rivera, que cuando se comete el hecho delictuoso, surge el derecho-obligación del Estado de perseguirlo; más para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e investigado éste, llegar a la conclusión de que es delictuoso, para de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley; esto es, si la autoridad es la que reconoce para efectos ejecutivos, los derechos y el -

Estado tiene facultad para exigir se sancione al delincuente, debe reclamar el reconocimiento de su derecho, ejercitando la acción penal una vez que ha reunido los elementos que lo convencen de la comisión de un delito". (28)

Estimamos inexacta la tesis de Rivera Silva, en virtud de que la acción penal no es un "derecho-obligación", porque si fuera así, tal y como lo señala el maestro Piña y Palacios, esta acción podría ingresar hasta el patrimonio del órgano encargado de ejercitarla y no quedaría allí, sino que todavía más el Ministerio Público ejercitaría la acción cuando y como quisiera y como los derechos y obligaciones son susceptibles de enajenar, llegaríamos al extremo de que ésta pudiera pasar de mano en mano.

Así pues el maestro Rivera Silva, olvidó que la acción penal, no es más que un poder, atribuido por la ley, para la defensa de la sociedad y de los particulares contra los delitos y los delincuentes.

(28) Rivera Silva, Manuel, op. cit., pág. 42.

CAPITULO II

DE LAS CARACTERISTICAS DE LA ACCION PENAL

1.- Generalidades.-

Algunos autores han querido, identificar a éstas, con la palabra "Principios", cuestión con lo que no estamos de acuerdo, toda vez, que abordando la interpretación sistemática de ambos vocablos, llegaremos a la conclusión de que la palabra principios, desvía el sentido, de lo que se quiere dar a entender en esta obra.

La palabra principios, "indica fundamento, sobre los cuales se apoya una cosa", y característica, "indica, lo que da carácter distintivo; particularidad de una persona o cosa". Adaptando estos vocablos, el problema ventilado, veremos que, si adoptamos, el vocablo, "principios", tendremos que penetrar más allá de la esencia puramente jurídica, para entrar a discusiones de carácter filosófico de esencias, cuestión que no es objeto de nuestro trabajo: así pues preferimos adoptar el vocablo "característica" entendiéndolo por éste: aquello que le da carácter distintivo de otro, es decir, que lo hace ser "sui géneris"; único, diferente a otro, en una palabra que le da identidad.

2.- Las Características de la Acción Penal.

A) Publicidad.-

Se dice que la acción penal es pública, puesto que se dirige a hacer valer el derecho público del estado a la aplicación de la pena, del -- que ha cometido un delito. Aunque el delito cause un daño privado la sociedad está interesada en la aplicación de la pena, destinada a protegerla y se establece entonces la acción penal como pública.

"Sergio García Ramírez, dice que dado que 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, añadiendo que tiene este carácter, toda vez que ésta se dirige a la actuación de un derecho - público del Estado". (29)

"Por su parte, González Bustamante indica, que cuando se habla de acción pública se significa porque sirve para la realización de una exigencia, que es el poder punitivo del Estado; pero esto, continúa el autor, no quiere decir que la acción penal sea exclusivamente la única acción pública. Piénsese en la intervención que tiene el órgano encargado de su ejercicio, en lo que se refiere a los intereses de los menores incapacitados. Es pública por el fin que persigue y porque no está regida por criterios de conveniencia o de disposición, ni aún siquiera en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en que se concede al directamente ofendido por el delito un margen de disposición, y sin que ello modifique el contenido de la -

(29) García Ramírez, Sergio, op. cit., pág. 187.

acción que sólo queda condicionada a un requisito de procedibilidad ya que - en delitos de esta índole se ponga término al ejercicio de la acción y se extinga por el perdón del ofendido, si se ha satisfecho las condiciones que la ley exige". (30)

La doctrina francesa ha llegado a ver tal importancia en esta característica de la acción penal, que la ha bautizado con la debida denominación de "Action Publique" y aún los mismos alemanes hablan de la acción penal pública.

Consideramos el carácter público de la acción, por el hecho de que se dirige a hacer valer el derecho público del Estado a la aplicación de la ley penal.

Así pues, el Estado por el sólo hecho de ser el titular de la acción penal, esta es pública, aún cuando algunos autores, se empeñan en señalar, que la querrela viene a dar al traste, con el carácter público de la acción, aseveración falsa, toda vez que la querrela, no es más que un requisito de procedibilidad y una vez que el órgano encargado de ejercitar la acción, consigna ante Autoridades Judiciales, se dice que estamos en presencia del carácter público de la acción, como verá el lector la querrela no es más que un simple requisito de procedibilidad.

(30) González Bustamante, Juan José, op. cit., pág. 40

8) La indivisibilidad.

La acción penal es indivisible, porque comprende a todas las personas que participan en la comisión del delito. Esta concepción se funda en un principio de utilidad práctica, con el objeto de evitar que los que hubiesen participado en la comisión del delito, se sustraigan a su represión.

"González Bustamante, indica que la indivisibilidad de la acción penal, se destaca con caracteres definidos en nuestro derecho, en los delitos perseguibles por querrela de parte, como el adulterio y en algunos delitos patrimoniales ejecutados por ciertos parientes. Si el ofendido sólo formula su querrela en contra de uno de los adúlteros se procederá contra to dos los que hubiesen participado en la consumación del delito o hubiesen --- prestado auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior o inducido a alguno a cometerlo (artículo 274 del Código Penal para el D. F.), el cual a la letra dice:

Artículo 274.- No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido; pero cuando éste formule su querrela contra uno sólo de los culpables se procederá contra los dos y los que aparezcan como condelincuentes.

Esto se entiende en el caso de que los adúlteros vivan, - estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país; pero cuando no sea así, se podrá proceder contra el responsable que se encuentra en esas condiciones.

El perdón del ofendido que se produzca con los requisitos indicados en el artículo transcrito, surtirá el efecto de que se extinga la acción penal para todos los responsables, a pesar de que el ofendido sólo otor

que su perdón a uno de los adúlteros. (Artículo 276 del Código Penal para el D. F.), el cual dice:

Artículo 276: Cuando el ofendido perdone a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables.⁽³¹⁾

"Franco Sodi, señala que la razón de la indivisibilidad de la acción estriba, en el interés que tiene la sociedad, que nadie escape, de la represión penal y como ejemplo cita el caso del adulterio, (ya mencionado en éste trabajo).⁽³²⁾

Concluimos pues apoyando las ideas, de los profesores González Bustamante y Franco Sodi, y en especial apoyamos la brillante idea de in divisibilidad, del profesor González Bustamante, que define en unas cuantas palabras este carácter, al decir que comprende a todas las personas que participan en la comisión del delito y por otra parte la profunda idea de Franco Sodi, cuando señala que la sociedad es la interesada en que nadie escape de la represión penal.

C) Es Única.-

Ya que la acción envuelve en su conjunto a los delitos que se hubiesen cometido.

(31) González Bustamante, Juan José, op. cit., pág. 40.

(32) Franco Sodi, Carlos, op. cit., pág. 21

"Franco Villa, dice que no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual, para toda conducta típica de que se trate, ya que su fin y su estructura son siempre los mismos y no se justificaría que se imprimieran diferentes modalidades, como las que se establecen en relación a los delitos". (33)

Consideramos que no hay necesidad de hacer comentario alguno, toda vez que el concepto es muy claro.

D) La Oficialidad.-

Diversas de la cuestión relativa a la pertenencia del derecho de acción, es la del sujeto de su ejercicio; en el derecho privado se resuelve en una forma sencilla: el interesado mismo es el titular de la acción en su momento procesal y está dotado de poderes tendientes a provocar la actividad jurisdiccional. En consecuencia solamente cabe pensar en las instituciones de la representación y de la sustitución procesal, cuando el ejercicio de las acciones pasa a quienes obran a nombre de otro en nombre propio pero con derecho ajeno.

Tratándose de la acción en el derecho penal, el problema surge debido a que su titular es un ente colectivo, el Estado como tal, desprovisto de una voluntad fisisicológica.

(33) Franco Villa, José, "EL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL", Editorial Porrúa, S. A., 1985, México, D. F., pág. 96.

El Estado debe confiar a un órgano la realización de su derecho y como compete al órgano jurisdiccional, del mismo modo que en las relaciones de derecho privado, la declaración respecto a la existencia del derecho y la imposición de la sanción, debe confiarse a otro órgano el ejercicio de la pretensión pendiente a obtener la declaración y la condena.

Este órgano, al que está encomendado dicho ramo particular de la actividad administrativa, puede o no ser estatal.

Se habla al respecto de oficialidad de la acción penal.

La oficialidad de la acción penal, dice Borja Osorno, no sólo es diversa de la publicidad, con la que se confunde a menudo por el uso propio y promiscuo del vocablo; es más ni siquiera es un corolario forzoso a la aplicación de un principio racional. La publicidad de la acción no significa en modo alguno la oficialidad.

"El Estado dice Borja, tiene la exclusiva y plena disponibilidad de la acción penal, sin embargo, no es problema establecer en que forma debe proveer del mejor modo posible a las exigencias de su más seguro y eficaz ejercicio. En otras palabras no es este un problema cuya solución derive de principios jurídicos preconstituidos, sino que es un problema de oportunidad política. Y ésta surge de modo diverso y puede entenderse en distintas formas según las condiciones ambientales e históricas con las cuales se-

relaciona la Institución".(34)

Sucede en esto, continúa el maestro Borja, lo mismo que pasa con el ejercicio de otros derechos de soberanía por parte del Estado. Por lo general éste sólo obra por medio de sus órganos, es decir por medio de -- personas que en virtud de la ley o de una obligación especial de servicio de rivado de diversas causas jurídicas, se encuentran en una relación con el Estado.

Pero en muchos casos el Estado, se abstiene de crear órganos propios y obliga o autoriza a personas particulares, que no se encuentran ligadas con él por relación de servicio, para proveer a las funciones estatales, esto es para ejercitar el "imperium".

El Estado, al que abstractamente pertenece el derecho de ejercitar la acción penal, puede atribuir la función de ejercitarla o al ofendido o a un ciudadano cualquiera. Dicho diferimiento de funciones estatales a particulares, hace recordar fenómenos de épocas superadas, en las que el derecho de soberanía estatal pertenecía a individuos y corporaciones, como algo propio. Pero en realidad se diferencia de ellos profundamente porque -- ahora no se tiene una subordinación del interés general al particular, sino más bien se considera que el reconocimiento del interés del particular es el modo más seguro para realizar el interés general.

(34) Borja Osorno, Guillermo, op. cit., pág. 113.

Además dice Borja, debido a que el Estado, quiere obrar con órganos propios, puede crear órganos adecuados para la función administrativa de que se trata, o bien confiaria a órganos instituidos también y principalmente para otras funciones.

"Para nosotros, dice Borja Osorno, la cuestión se resuelve en el sentido de que el ejercicio de la acción penal debe confiarse siempre a un órgano estatal propio y diverso del jurisdiccional, al Ministerio Público. En consecuencia no debe confiarse al particular; ni tampoco a otro órgano, que aún cuando pertenezca a la Administración Pública, tenga encomendada principalmente otra función; ni a un órgano jurisdiccional".⁽³⁵⁾

Compartimos plenamente la idea del profesor Guillermo Borja - Osorno, al considerar la independencia del órgano encargado del ejercicio de la acción penal, e incluso también apoyamos, su idea, de que no cualquier órgano de la Administración Pública, sea el titular del ejercicio de la acción penal, ya que ésta debe de estar confiada a un órgano especializado, llamado Ministerio Público.

E) Es Irrevocable.-

El principio de la irrevocabilidad de la acción penal, consiste en que una vez que se ejercitó la acción ante órgano jurisdiccional, no -

(35) Borja Osorno, Guillermo, op. cit., pág. 113.

se puede desistir de dicha acción, ya que existe la obligación de continuarla hasta obtener una decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso.

"Gonzalez Bustamante, indica que la irrevocabilidad de la acción consiste, en que una vez que interviene la jurisdicción, el órgano que lo ejercita no está facultado para desistirse de ella, como si fuera un derecho propio; esto es que una vez iniciado el proceso, no puede esperarse otra solución que la sentencia". (36)

Si quien ejercita la acción penal, continúa el autor, estuviera facultado para desistirse equivaldría a convertirlo en el árbitro del proceso. El principio sólo es aceptable en delitos que requieren querrela, en que se deja en manos del ofendido, la facultad de proveer la perseguibilidad del delito.

Borja Osorno, por su parte señala que para penetrar en la esencia misma de éste principio, es menester referirse previamente a los principios procesales que constituyen su necesario antecedente: el principio de la obligatoriedad del proceso penal y el principio de la inmutabilidad del objeto del proceso.

El principio de la obligatoriedad del proceso penal dice Borja, consiste en que la relación jurídico penal, no puede hacerse efectiva si no a través de un proceso penal, que constituye un derecho y una obligación-

(36) González Bustamante, Juan José, op. cit., pág. 41.

del Estado. El particular no puede someterse voluntariamente a la pena, sin que haya habido previamente un proceso en que se constate su responsabilidad.

Por lo que respecta al principio de la inmutabilidad del objeto del proceso, consiste en que constituida la relación procesal, su desenvolvimiento se substraerá a la voluntad dispositiva de las partes, que no puede detener el proceso ni buscar su solución de la decisión jurisdiccional.

"Borja Osorno, señala que claramente contrasta este principio de la inmutabilidad del objeto del proceso penal, con el principio dispositivo que domina en la relación procesal civil, ya que en el proceso civil, las partes pueden transigir, someterse al arbitraje, el actor desistirse, etc., puesto que en él versan intereses de índole privado. El carácter público del procedimiento penal, por el contrario no permite transacciones o componendas de las partes, antes o después de ejercitada la acción y el hecho de que el procesado, proclame su culpabilidad o el Ministerio Público convencido de su inocencia renuncie al proceso, no produce efectos sobre el proceso mismo, ya que el juez va a decir la última palabra respecto de la responsabilidad del procesado, ejercitando su propia y exclusiva función jurisdiccional soberana". (37)

"Sergio García Ramírez, por último dice que la irrevocabilidad de la acción penal, no es conocida en México, señala que ésta consiste-

(37) Borja Osorno, Guillermo, op. cit., pág. 118.

en que el actor, en México el Ministerio Público carece de facultad para desistirse del ejercicio de la acción penal. En estos términos, cuando el proceso comienza sólo puede tener como fin la sentencia. En México en cambio, -- continúa García Ramírez, es conocida en ambos fueros el desistimiento, que siempre ha de resolver el procurador, con una sólo excepción, en materia Federal: cuando dentro de las setenta y dos horas de practicada la consignación y antes de que se dicte el auto de formal prisión, tratándose de delitos contra la salud, se cae en la cuenta, pericialmente de que el inculpados es farmacodependiente y sólo poseía droga en la cantidad necesaria para su propio consumo; aquí el Ministerio Público, se puede desistir de la acción, sin resolución del Procurador (artículo 525 del Código de Procedimientos Penales Federal), que a la letra dice:

Artículo 525: Si se hubiera hecho la consignación y dentro de las 72 horas que señala el artículo 19 constitucional, se formuló o se rectifica el dictamen en el sentido de que el inculcado tiene hábito o la necesidad de consumir el estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, el Ministerio Público se desistirá de la acción penal sin necesidad de consulta al procurador y pedirá al Tribunal que el detenido sea puesto a disposición de la Autoridad Sanitaria Federal para su tratamiento, por el tiempo necesario para su curación".⁽³⁸⁾

Consideramos que es errónea, la concepción de este principio en el derecho mexicano, citado por Sergio García Ramírez; en virtud de que -- como señala acertadamente González Bustamante: "si dejamos al Ministerio Público, desistirse libremente de la acción penal, éste se convertirá en un --

(38) García Ramírez, Sergio, op. cit., pág. 188.

árbitro, desvirtuando su naturaleza de excitador de la jurisdicción, y como representante de la sociedad.

Basados en los principios de obligatoriedad y de inmutabilidad del objeto del proceso, citados por Borja Osorno, consideramos, que el Ministerio Público no tiene la suficiente autoridad y su naturaleza jurídica se desvirtuaría, si se le dejan las facultades, de desistirse de la acción penal; ni aún en el caso excepcional que señala García Ramírez, en el cual sí el presunto responsable, es adicto a los psicotrópicos y enervantes y sólo posee la suficiente para su consumo, puede obtener el perdón del Ministerio Público, sin previa consulta al Procurador. Esto es, creemos que en este caso específico, el legislador proporcionó facultades desmedidas al órgano de acusación porque en la especie, tal parece que el Ministerio Público juzga sobre la culpabilidad o inculpabilidad de un individuo, cuestión que está es trictamente reservada al juez de la materia.

F) Es Intrascendente.-

Esto significa que está limitada a la persona del responsable del delito y que no cabe alcanzar a sus parientes o allegados.

"González Bustamante indica, que sin embargo, la vigente Legislación Penal Mexicana señala que la reparación del daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción (o sea que es parte integrante de la acción penal), aún -

cuando no la demande el ofendido y que si éste la renuncia, el Estado hará la efectiva en los bienes del responsable, aún cuando hubiese fallecido, siguiendo la teoría de la ficción del derecho Romano, de que la persona jurídica del autor de una obligación, se prolonga en su patrimonio después de su muerte". (39)

Especial problema constituye, el de las personas morales, ya que en la actualidad, es unánime el pensamiento, en el sentido de que sólo las personas físicas pueden delinquir.

"Fernando Castellanos Tena, estima que la persona jurídica, no puede ser sujeto activo del delito, por carecer de voluntad, independientemente de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito". (40)

"El profesor español Rafael Márquez, se adhiere a la tesis -- opuesta, por el segundo Congreso de derecho penal de Bucarest, en 1929, que es del tenor siguiente:

Dado el continuo aumento y la importancia de las personas morales y reconociendo que constituyen fuerzas sociales de la vida moderna; -- considerando que el orden legal de toda sociedad puede ser gravemente lesio-

(39) González Bustamante, Juan José, *opc. cit.*, pág. 149.

(40) Castellanos Tena, Fernando, "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 10ª edición, Editorial Porrúa, S. A., 1976, México, D. F., pág. 149

nado, cuando la actividad de las personas morales constituye una violación de la ley penal, se acuerda:

1.- Que en el derecho penal interno se establezcan medidas eficaces de defensa social contra las personas morales, cuando se trate de infracciones perpetradas con el fin de satisfacer el interés colectivo de dichas personas, o con medios suministrados por ellas y que acarreen así su responsabilidad.

2.- Que la aplicación de las medidas de defensa social a la persona no debe excluir la posibilidad de una responsabilidad penal individual, por la misma infracción de las personas físicas que tienen la administración o la dirección de los intereses de la persona moral, o que han cometido la infracción con los medios suministrados por la persona moral. Esta responsabilidad criminal podrá ser, según los casos, agravada o reducida.

Así pues, termina diciendo el profesor Márquez, que serán - - aplicables medidas preventivas, de defensa social, para las personas morales y responsabilidad penal individual (o sea, pena), para directores, gerentes, administradores, etc.; que comentan las infracciones con objeto de satisfacer intereses de la corporación o con la cooperación de la misma".⁽⁴¹⁾

"González Bustamante por último, señala que cuando el miembro

(41) Márquez Piñero, Rafael, "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", Editorial Trillas, S. A., 1986, México, D. F., pág. 148.

de la persona moral, hubiere delinquido con los elementos, que les hubiese -- proporcionado la sociedad o corporación, de tal manera que el delito resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en benefi-- cío de ella, puede reclamarse la suspensión o su disolución, en los casos -- previstos en la ley, siempre que su subsistencia resulte perjudicial para el interés público. Como el juez no puede imponer una sanción que no le haya - sido expresamente pedida por el órgano de acusación es notorio que la disolu-- ción de la sociedad forma parte integrante del contenido de la acción penal- y establece una excepción al principio de la intrascendencia". (42)

Consideramos, que todos los autores citados, tienen en común- el acierto de considerar a la persona moral, como incapaz de que se le pueda imputar un delito, pero sí a los miembros de la misma, cuando cometan illici- tos en nombre de ésta.

Por lo que respecta a la acción penal, nos adherimos a la -- opinión de González Bustamante, en el sentido de que "la disolución de la so- ciedad forma parte integrante de la acción penal", y como tal constituye una excepción de la trascendencia, porque aún cuando los demás miembros de la so- ciedad, no hayan participado en el ilícito penal, sufren las consecuencias - de la sanción que es la disolución o desaparición de la persona moral.

6) Es de Condena.-

(42) González Bustamante Juan José, op. cit., pág. 42.

Al hablar de la acción penal que es de condena, se pretende - que ésta tiene siempre por objeto la sanción de un sujeto determinado como responsable de hechos delictuosos. No hay pues ni acción penal declarativa, ni constitutiva. García Ramírez, señala que el Ministerio Público, parte de buena fe o imparcial, no ha de sostener a todo trance la condenación del cul pable, sino así mismo perseguirá con igual empeño, la absolución del inocente. El autor siguiendo a Clariá Olmedo, dice que la actividad del Ministerio Público, tiene generalmente un sentido punitivo, pero que puede tener -- también un sentido opuesto de no punibilidad, cualquiera que sea este sentido ha de cumplirse por medio de la acción penal, mientras exista sospecha de criminalidad, la acción penal se presenta como el único y obligatorio medio de hacer valer la pretensión de justicia del Estado, ante el poder jurisdiccional. Con tal finalidad el Ministerio Público está investido 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, aún cuando tienda a la misma finalidad de hacer valer la pretensión de justicia.

Estas manifestaciones del órgano acusador continúa el autor, - constituyen ejercicio de la acción penal, en cuanto que por ellas se hace va ler también la pretensión de justicia penal del Estado. Tanto la absolución como la condena y la ejecución, son formas de realizar la pretensión de justicia penal, ya opuestamente o ya de acuerdo con los requerimientos de quien hace valer esa pretensión.

"Estas ideas, indica García Ramírez, encuentran en el derecho

Mexicano su fundamento, a la luz de los siguientes artículos del Código de Procedimientos Penales para el D.F.:

Artículo 2: Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:
Fracción II. Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que previene la ley (fracción derogada).

Artículo 3: Corresponde al Ministerio Público:
Fracción VII. Pedir la libertad del detenido, cuando ésta proceda.

Artículo 6: El Ministerio Público, pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que se refiere el capítulo IV, Título I, Libro primero, del Código Penal, o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido.

Artículo 8: En el segundo caso del artículo 6º, el agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción, en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado.

El autor señala que estos artículos facultan al Ministerio Público, o mejor aún, le ordenan pedir en determinadas hipótesis la absoluta libertad del procesado. No cabe duda que dicha libertad es absoluta, habida cuenta de las razones en que se apoya, que aparejan la extinción de la responsabilidad penal, de acuerdo con la ley". (43)

Consideramos acertada, la apreciación de García Ramírez, en -

(43) García Ramírez, Sergio, op. cit., pág. 109.

el sentido de que la acción penal, no busca únicamente el castigo de un -- culpable, sino que en muchas ocasiones se demuestra la inocencia del procesado, y el mismo Ministerio Público está facultado para solicitar la libertad de éste.

Si admitiéramos este principio, de que la acción penal condenara siempre a los procesados, volveríamos al odioso sistema de enjuiciamiento inquisitorial, repudiado por los modernos sistemas penales.

H) Tiene por objeto la búsqueda de la verdad material o real.

"Tolomei, explica, como en el proceso, la actividad del juez, tiene un doble tema de examen: la posición de la norma jurídica (cuestión de derecho), y la posición de la situación del hecho, (cuestión de hecho). Por la posición de la norma jurídica, la actividad del juez, no es diversa en el proceso civil y en el penal, ni omitir una norma que exista; en el proceso civil el juez no ve a la realidad, sino a la afirmación de la demanda presentada a él y eventualmente a la admisión y confesión de la contraparte. En el proceso penal, por el contrario, el juez busca la realidad de los hechos; puede desechar la confesión del acusado, si la cree falsa e interesada y no se encuentra constreñido ni por el pedimento de las partes, ni por la especial valoración legal de las pruebas".⁽⁴⁴⁾

(44) Tolomei, Citado por Juventino V. Castro, op. cit., págs. 81-82.

Es así como se dice que el proceso civil tiende a realizar la verdad formal, convencional o legal, mientras el proceso penal busca la verdad real material objetiva o histórica.

Es de hacer notar, sin embargo dice Castro, que el mismo Tolo mei llama a esta distinción: anticuada, vacua y aberrante, ya que la verdad no puede ser más que una, única, y no es de aceptarse que tenga grado al extremo de que junto a una verdad histórica exista una verdad formal, ya que una de ellas no sería verdad. Por estas razones, mientras el proceso penal busca la verdad pura y simple, el proceso civil persigue una determinación de hecho.

Es también notoria, la opinión de Franco Sodi, quien después de hacer una serie de consideraciones filosóficas, sobre ¿qué es la verdad?, y si ésta llegamos a conocerla, sostiene que en realidad la verdad buscada en todas las épocas no ha sido otra que la material, pero en la imposibilidad de llegar a ella se han establecido formalismos en su búsqueda y que aún la verdad material que hoy creemos realiza el proceso penal, con el transcurso de los tiempos y el cambio de las perspectivas, llegará a parecer tan formal como la que creemos apreciar en el proceso civil.

Hechas estas aclaraciones, dice Juventino V. Castro, es necesario establecer que el proceso penal busca la verdad real, material u objetiva, mientras el proceso civil persigue la verdad formal, pro el carácter público y privado respectivamente que tiene. El proceso civil, en el que se

versan intereses privados; busca el hacer congeniar los derechos de los particulares; por eso se admiten soluciones extrajudiciales, arbitrajes, remisiones, desistimientos, etc. Y por eso se establecen pruebas tasadas que pongan fin a las controversias, y el juez no lleva sus investigaciones más allá de los pedimientos de las partes, (esto como regla general). El carácter público del proceso penal en el que el Ministerio Público pugna por establecer el derecho punitivo del Estado, busca la verdad real y efectiva, ya que la sociedad está interesada en que se castigue al que realmente es culpable, establece el grado de su responsabilidad, evita molestias a un inocente, y llega a preferir el liberar a un culpable que castigar a un inocente.

Por esta razón, el juez penal tiene un mayor campo de acción que el juez civil, pudiendo aquel de oficio, practicar las diligencias que le aproximen más al conocimiento del hecho que pueda corresponder a la realidad, (principio inquisitorio) facultando así el que pronuncie una sentencia justa. Tiene máxima aplicación el principio de libre convencimiento del juez, que no se ve así obligado a aceptar pruebas privilegiadas legales, que constriñan su personal valoración de ellas y forma su opinión sin presiones extrañas de ninguna especie. Por este mismo motivo, es absurda la confesión judicial ante la policía judicial y el Ministerio Público, de la ley procesal.

"Dice Juventino V. Castro, que la aplicación de este principio a la acción penal y el Ministerio Público que es quien la ejercita, es clara. La acción penal deberá dirigirse a la búsqueda de la verdad material

o real y no establecer formalismos que comprometan al procesado, creando así un concepto erróneo de la realidad de los hechos. El Ministerio Público continúa Castro, no es un acusador forzoso que deba siempre perseguir al procesado, a pesar de su inocencia, por tal motivo, enfáticamente afirma el autor, que si de sus investigaciones cuidadosas concluye que se está procesando a un inocente, deberá coadyuvar con la defensa en el establecimiento de su inculpabilidad, para que sea declarada por el juez".⁽⁴⁵⁾

Por lo que respecta a la aplicación que tiene este principio en la Legislación Mexicana, es a través, de la libertad en la valoración de las pruebas por el juez en donde se puede apreciar las facilidades que tiene en la apreciación de la realidad de los hechos, en que basan su sentencia.

El Código de Procedimientos Penales de 1931, establece, sólo dos pruebas que pueden ser apreciadas libremente por el juez: la pericial y la presuncional. Las demás están sujetas a reglas fijas. Por lo que respecta al Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, sólo establece como pruebas legalmente valoradas: la confesión en casos excepcionales, los documentos públicos, la inspección judicial y el resultado de los careos. Las demás son libres en su apreciación por el juez.

"Así pues, concluye Juventino V. Castro, señalando que el Código de 1931, sigue el sistema mixto con una fuerte tendencia al de la prueba pasada y el de 1934, en cambio, es sistema mixto próximo a la libre apre-

(45) Castro Juventino V., op. cit., pág. 84.

ciación de la prueba". (46)

Consideramos magistral, la apreciación del Maestro Juventino V. Castro, cuando señala que la materia civil, busca una verdad formal, porque el juez se conforma con los elementos que proporcionan las partes para tomar una decisión; sin embargo el juez penal, busca la verdad material a fondo, - facultado por ley, para realizar las providencias necesarias para lograrlo.

Respecto de la Legislación Mexicana, es desafortunada la apreciación de los Legisladores de los Códigos de Procedimientos Penales citados pues es demasiado reducido, el campo de libertad del juez, para valorar las pruebas.

1) Es Inevitable.-

Este principio consiste en que no se puede aplicar ninguna - pena, sino a través del ejercicio de la acción penal, que provoque una decisión jurisdiccional. La acción es necesaria para obtener tanto una declaración negativa, como para obtener la afirmativa.

Así como a todo delito debe seguir la acción (principio de legalidad), no se puede llegar a la pena sin la acción; (principio de inevitabilidad). Un principio constituye el racional correlativo implícito del otro.

(46) Castro Juventino V., op. cit., pág. 85.

"Borja Osorno concluye, que es plenamente justificado este -- principio, dado el carácter público de la acción penal. Una sumisión voluntaria a la pena por parte del particular es inadmisibile".⁽⁴⁷⁾

J) La prohibición de la Reformatio In Peius.

"Esta prohibición de la Reformatio In Peius, dice Juventino V. Castro, consiste en la limitación que tiene el juez de segunda instancia, de reformar la sentencia dictada por el juez de primera instancia en perjuicio del acusado como apelante. Es decir que si un procesado apela contra la sen tencia del juez de primera instancia, que le ha causado agravio, el juez superior o acepta que en efecto se le han causado agravios al apelante que deben ser reparados o bien deja las cosas en el estado en que las estableció - la sentencia de primera instancia. Pero no puede, haciendo un estudio total del negocio dictar sentencia que agrave la situación del apelante establecida por el primer juez como preclusión que le es favorable".⁽⁴⁸⁾

Este principio ha sido sostenido tanto en materia civil, como en materia penal (en el proceso penal la prohibición se establece cuando el apelante sea el acusado), afirmándose su plenovalimiento en ambos procesos.

"Sin embargo Calamandrei sostiene que la prohibición de la Re formatio In Peius, está justificada en el proceso civil, no así en el proce-

(47) Borja Osorno, Guillermo; op. cit., pág. 21.

(48) Castro Juventino, V. op. cit., pág. 86.

so penal en donde no puede ser admitida". (49)

Esta prohibición de la Reformatio In Peius, encuentra su plena justificación dogmática, indica Calamandrei, en la combinación de otros dos principios: el principio dispositivo, (Nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio), con el principio de la soccombenza, que es el principio que afirma la necesidad de que se tenga la calidad de agraviado, de vencido o condenado en juicio, como condición necesaria para apelar". (50)

"En materia civil, tiene pleno valimiento la prohibición de la Reformatio In Peius, ya que de lo contrario sería admitir; o que se puede una parte eficazmente darle a conocer al juez de segunda instancia una controversia sobre la que el primer juez le ha dado la razón y con esto contradecir el principio de la soccombenza; señala el ilustre Calamandrei". (51)

"Este principio, por el contrario, no rige en el proceso penal y esto dice Calamandrei, por que si bien el principio de soccombenza, -- también se exige (y así vemos como si, el procesado apela pidiendo una condena más severa, su apelación es declarada inadmisibile), el principio dispositivo, sin embargo, no se aplica en toda su amplitud en el proceso penal. -- Ciertamente, si el Ministerio Público no acusa, el juez no puede actuar; pero una vez iniciado el proceso, las facultades del juez son amplias pudiendo

(49) Calamandrei, citado por Juventino V. Castro, op. cit., pág. 86.

(50) Ibidem, pág. 87

(51) Ibidem, pág. 88.

conocer de oficio a una de aquella porción de la controversia que no se haya puesto a su conocimiento en la apelación. Es así como la prohibición de la característica de la acción penal que se examina, no tiene valor en el proceso penal, aún cuando el apelante sea el procesado". (52)

"Ahora bien, aunque la prohibición de la Reformatio In Peius, es una limitación a la actividad del juez, dice Juventino V. Castro; influye este principio en forma directa, en las actividades del Ministerio Público, pues no puede el acusador público, pedir al apelar, la agravación de la pena impuesta en primera instancia; vemos así, señala el autor, como esta prohibición es una limitación a las funciones del Ministerio Público". (53)

"Por lo que respecta a la aplicación de este principio en nuestra legislación. El Código de Procedimientos Penales de 1880. no establecía disposición alguna al respecto; el Código de 1894, quitaba tal prohibición, ya que permitía, que en la segunda instancia se impusiera al reo -- una pena mayor que la fijada en la sentencia apelada y ésta no estuvo arreglada a derecho". (54)

En los actuales Códigos de Procedimientos Penales; en el artículo 364 del Federal y en el 415 para el D.F.; respectivamente señalan, que a petición de parte, se abrirá la segunda instancia, sobre los agravios, que el apelante considere, que le ha causado la resolución.

(52) Ibidem, pág. 89

(53) Ibidem, pág. 91

(54) Ibidem, pág. 91.

CAPITULO III

DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN MEXICO

1.- Generalidades.-

Este capítulo, constituye la antesala, del tema principal de nuestro trabajo, porque es necesario, para comprender el control del ejercicio de la acción penal, entender la mecánica de la acción penal, esto es desde el llamado periodo de preparación de la acción penal, el cual empieza con la denuncia presentada por cualquier persona, que tenga conocimiento del hecho delictuoso, o la querrela, a petición de la parte interesada, es decir presentada por el ofendido del delito o por quien se encuentre legitimado para realizarlo; pasando por la exposición referente a la titularidad de la acción penal, en el derecho Mexicano, desde los antecedentes, el Ministerio Público, su naturaleza, obligaciones y facultades del mismo, hasta terminar con la exposición de la consignación, figura con la cual, se forma el ejercicio de la acción penal, la cual consiste en una actividad del Ministerio Público, órgano titular de la acción penal en México, encaminada a cumplir su función y a poner en aptitud al órgano jurisdiccional para realizar la suya.

2.- De la preparación de la acción penal.

"El periodo de preparación de la acción penal, dice Manuel Rivera Silva, comienza en el momento en que la autoridad investigadora tiene -

conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso o que aparentemente reviste tal característica y termina con la consignación".⁽⁵⁵⁾

La iniciación del ejercicio de la acción penal, no queda al arbitrio del órgano investigador; sino que es menester para inciar la investigación el cumplimiento de ciertos requisitos legales o de iniciación. Estos requisitos son: la presentación de la denuncia o de la querrella.

Rivera Silva, dice que el señalar, como únicos estos requisitos, ofrece como reverso el destierro total en nuestro derecho, de instituciones jurídicas como la pesquisa particular, la pesquisa general, la delación-anónima y la delación secreta. Es decir continúa el gran profesor, el Legislador prohibió la indagación sobre una población o provincia o sobre una persona determinada hecha con el fin de indagar quien o quienes habían cometido delitos, indagaciones que constituyen la-pesquisa general y particular, bondadosamente aceptada en los siglos de hechicería y superstición, también se prohibió, la averiguación nacida de un documento anónimo en que se denunciaba un delito o de un documento en el que se exigía reserva absoluta, sobre la persona que se hacía la denuncia. Estos sistemas de averiguación fueron-condenados por el Legislador, por constituir medios en los que se podían re-fugiar inicuas venganzas y múltiples vejaciones, amén de que vulneraban el -derecho de defensa del inculpado al vedársele el conocimiento sobre la persona que la acusaba.

(55) Rivera Silva, Manuel, op. ci.t pág. 95.

"En la actualidad, señala el certero jurista, Rivera Silva, - conforme lo señala el artículo 16 de la Constitución General de la República, sólo son aceptadas como instituciones que permiten el conocimiento del delito, la denuncia y la querrela o acusación, siendo de advertir, que el propio artículo no establece tres instituciones diferentes a saber: denuncia, querrela y acusación, si no exclusivamente dos: la denuncia y la querrela o acusación; querrela o acusación son términos que el Legislador usa en forma sinónima". (56)

A) La denuncia.

"Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, dicen que la denuncia es la transmisión de un conocimiento, sobre determinado hecho, - con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer), a la - autoridad competente". (57)

"César Augusto Osorio y Nieto señala, que la denuncia es la - comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible - comisión de un delito perseguible por oficio". (58)

"Por su parte Carlos M. Ornoz Santana, indica, que la denuncia es la relación de hechos que se consideran delictuosos ante el órgano in

(56) Rivera Silva, Manuel, op. cit., pág. 96

(57) García Ramírez, Sergio y Victoria Adato de Ibarra, "PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO", 3ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1984, México, D.F., pág. 23.

(58) Osorio y Nieto, César Augusto; "LA AVERIGUACION PREVIA", 2ª edición, -- Editorial Porrúa, S.A., 1983, México, D.F., pág.

investigador quien es el que inicia lo que se conoce como averiguación pre- ---
via". (59)

"Manuel Rivera-Silva, por último dice, que la denuncia, es la relación de hechos que se consideran delictuosos ante el órgano investigador, con el fin de que éste tenga conocimiento de ello". (60)

Nosotros apoyamos la definición del profesor Rivera Silva, toda vez, que es sencilla, pero no por tal motivo incompleta y carente de técnica. Esta definición cubre todos los elementos a nuestro juicio necesarios, como son una relación de actos que se estiman delictuosos, hecha ante el órgano investigador y hecha por cualquier persona. A continuación se comentan estos elementos expuestos por el maestro Rivera Silva en su definición:

a) Relación de actos que se estimen delictuosos; la relación de actos, consiste en un simple exponer lo que ha acaecido. Esta exposición no solicita la presencia de la queja, o sea, del deseo de que se persiga el autor de esos actos y pueda hacerse en forma oral o escrita.

b) La relación de actos debe ser hecha al órgano investigador. En efecto teniendo por objeto la denuncia, que el representante social, se entere del quebranto sufrido por la sociedad, con la comisión del delito, es

(59) Ornoz Santana, Carlos M. "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL", 2ª edición Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, México, D.F., pág. 64.

(60) Rivera Silva, Manuel, op. cit., pág. 96.

obvio que la relación de actos debe ser llevada a cabo ante el propio representante social.

La ley orgánica de la Procuraduría General de Justicia del D. F., registra la posibilidad de que en casos urgentes, la policía judicial -- pueda recibir la denuncia, dando cuenta de inmediato al Ministerio Público.

Rivera Silva, dice que en el fondo, la innovación establecida en el artículo 21 de la ley orgánica de la Procuraduría de Justicia, no quebranta el elemento de que la denuncia sea hecha ante el órgano investigador, pues la policía judicial, que depende del Ministerio Público, únicamente es un receptor de la denuncia, teniendo la obligación de dar cuenta de inmediato al Ministerio Público, único órgano que por tener facultad de investigar los delitos para preparar el ejercicio de la acción penal, debe estar enterado de la denuncia. El autor continúa diciendo, que el artículo 116 del Código Federal de procedimientos penales, tampoco establece una excepción al principio que examinamos, pues si estatuye en casos de urgencia la denuncia puede presentarse ante cualquier funcionario o agente de la policía, con buena técnica jurídica, dice el autor, debe interpretarse que dicha denuncia no es de carácter procesal, sino la que el funcionario o agente de la policía, hace al dar conocimiento al Ministerio Público de ella.

"En resumen, termina diciendo Rivera Silva, la relación de actos delictuosos hecha ante cualquier autoridad, que no sea la investigadora, constituirá una denuncia desde el punto de vista vulgar, más no la denuncia-

jurídica procesal, la cual siendo un medio para hacer conocer al Ministerio Público, la comisión de un hecho de presentarse ante él". (61)

Estimamos acertada la opinión del maestro Rivera Silva, al señalar que la denuncia hecha ante órgano distinto al Ministerio Público, en estricto sentido, no constituye una denuncia jurídico procesal. Y la apoyamos porque en la práctica se le ha dado un gran poder a la policía judicial y se ha llegado hasta el odioso sistema, en que lo declarado ante la policía judicial, sea como si se estuviera declarando ante el propio Ministerio Público, llegando a ser verdaderos verdugos de la sociedad, esta policía judicial.

c) Por lo que respecta a que la denuncia sea formulada por -- cualquier persona, Franco Sodi, manifiesta que debe hacerla un particular, - eliminando así la posibilidad de que las autoridades la presenten.

A estima de Rivera Silva, esta aseveración es falsa, pues en nada quebranta la esencia del instituto de la denuncia, el que sea una autoridad quien la presente, ya que el artículo 117 del Código Federal de Procedimientos Penales lo registra al señalar: "toda persona que en ejercicio de sus funciones públicas, tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que debe perseguirse de oficio, está obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público".

(61) Rivera Silva, Manuel, op. cit., pág. 97.

Cabe señalar que si la denuncia, puede ser hecha por cualquier persona, carece de sentido la llamada acción popular a que se refiere el artículo 111 de la Constitución General de la República y en virtud de la cual se deseó consagrar el derecho del pueblo para denunciar los delitos comunes y oficiales de los altos funcionarios de la Federación. Como no es posible que el conjunto de habitantes ocurra ante la autoridad, debe pensarse, dice Rivera, que a lo que se quiso referir el Legislador fue a que cualquier persona puede denunciar los hechos. Esta situación ya se encuentra dentro de las características generales de la denuncia, en cuanto que cualquier sujeto pueda denunciar los hechos delictuosos, no existiendo diferencia esencial entre la acción popular y la denuncia; en pocas palabras, dice Rivera - Silva, todo delito perseguible de oficio, tiene acción popular: cualquier sujeto puede denunciarlo.

Por otra parte, dice Rivera Silva, es notorio, que con absoluto desconocimiento de la esencia de la denuncia, el Legislador Federal, en el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, sostiene que no se admitirá la intervención, sin hacer hincapié, que la denuncia, por sí misma no puede admitir apoderado, jurídicamente no se le podría estimar como tal, sino como denunciante, en virtud que la denuncia puede ser presentada por cualquier persona independientemente que sea sujeto pasivo del delito o de que pueda tener interés o no como particular en que se persiga el delito. En la reforma del 13 de enero de 1965, se hace más evidente el error señalado, cuando en el artículo 120 se establecía que sólo se admitirá apoderado para presentar denuncia "en el caso de personas morales que podrán actuar por con

ducto de apoderado general para pleitos y cobranzas", pues aún en el caso de las personas morales el que se presenta a hacer del conocimiento del órgano investigador la comisión de un delito se persigue de oficio, es denunciante y no ha menester dada la esencia de la denuncia, poder alguno para su comparecencia. Esto es válido para la situación que actualmente guarda la ley.

En el tema que estudiamos, existe una interrogante muy interesante, consistente en saber ¿si el presentar la denuncia es un hecho potestativo o es un hecho obligatorio?. En México, los autores de la materia, viendo con ligereza el problema, han estimado que se trata de un hecho obligatorio.

Rivera Silva, estima que la obligatoriedad de la presentación de la denuncia parcial y no absoluta, es decir, para algunos casos y no para todos y funda su aseveración en los siguientes razonamientos:

1.- El derecho para hacer obligatorio un acto, es utilizar la sanción. En otras palabras, cuando el Legislador quiere que se cometa un acto, fija una sanción a la comisión del mismo acto. Por ejemplo, si quiere proteger la vida, no establece en forma de principio moral "el no matarás", sino que recurre a su poder coactivo y estatuye que al que mate le aplicará determinada pena, provocando en esta forma el temor de hacerse acreedor a la sanción y por ende, constreñido jurídicamente a no privar de la vida a otro.

2.- Así pues, si el legislador quiere que se denuncien los he

chos delictivos de los cuales se tiene conocimiento, debe fijar una sanción para cuando no se ejecuta este acto, o sea, para cuando no se hace la denuncia.

3.- En nuestro derecho nos encontramos como principio general, el contenido de los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde se establece la obligación de presentar la denuncia, sin que señale sanción a la falta de cumplimiento. Por tanto, la obligación encerrada en los artículos citados, se aleja del campo jurídico por no fijarse pena a la contravención de la obligatoriedad impuesta. El Código de Procedimientos Penales del Distrito, no tiene ningún precepto relacionado con la -- presentación de la denuncia, pudiéndose concluir, en términos generales, que no existe obligación legal de presentarla.

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

En los tres casos citados, lógico es concluir, indica el maes

tro Rivera, que una de las formas lícitas de impedir la consumación de un delito que se va a cometer, es la denuncia; de los delitos que se están cometiendo (si no hay la detención por la flagrancia), también hay la obligación de presentar la denuncia y en el tercer caso, al aludirse al requerimiento de las autoridades, deben establecerse dos hipótesis cuando no hay denuncia, estas autoridades deben ser distintas del órgano investigador, so pena de incurrir en el delito de encubrimiento y si ya existe la denuncia, la hipótesis se desvincula del problema de la obligatoriedad de presentarla, desembocándose en otra situación típicamente de encubrimiento, ajena al tema que se expone.

Por lo expuesto, Rivera Silva dice, que se llega a la afirmación ya expresada, de que no en todos los casos existe obligación jurídica de presentar la denuncia. La obligatoriedad absoluta la basan los autores en la tesis de que si no se presenta, hay una pena, porque se incurre en el delito autónomo de encubrimiento, o se está en el encubrimiento grado de participación, en virtud de que según la antigua redacción del artículo 13 del Código Penal, la responsabilidad se extendía a todos los que presentaban auxilio o cooperación anterior o posterior a la consumación del delito y el no presentar la denuncia implica un auxilio. El razonamiento resulta falso, si se tienen presentes las reflexiones, que a continuación Rivera Silva, con un agudo sentido jurídico señala:

PRIMERA.- Que en la antigua redacción del artículo 13 del ordenamiento legal invocado, señalaba que para ser partícipe en el delito se -

necesitaba el consentimiento previo o posterior a la comisión del mismo, por lo que cuando no había consentimiento no podía haber participado y por tanto, al faltar la pena, desaparecía la obligatoriedad de denunciar el hecho delictuoso del cual se tenía conocimiento, pero no existía consentimiento con el infractor.

SEGUNDA.- Que el artículo 13 antes de su última reforma (13 de enero de 1984), sólo hacía responsable de los delitos en lo tocante al -- punto que se analiza, a "los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, con lo que elimina de la participación los hechos posteriores a la ejecución, que tan sólo pueden informar, en los casos previstos por el artículo 400, el delito de encubrimiento. En este orden de -- ideas, si no se está en los casos del artículo 400, no había obligatoriedad de presentar la denuncia puesto que no habiéndose auxiliado a la ejecución -- no se es partícipe del delito. El silencio, por no estar sancionado, no -- crea imposición jurídica.

TERCERA.- Las reformas del 13 de enero no altera los razonamientos hechos, manifiesta el autor en cita, porque en la fracción 7ª del artículo 13 se establece: "los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito": Lo expuesto equivale a que si no hay esa promesa, el auxilio que algunos autores quieren establecer en la no presentación de la denuncia, no lleva a la obligatoriedad de presentarla, pues no hay promesa en el que sólo se entere de -- la comisión del delito.

Definitivamente apoyamos los razonamientos del maestro Rivera Silva, ya que en forma magistral, y no cayendo en la casuística, señala que la presentación de la denuncia no siempre tiene el carácter de obligatoria y refiriéndose al artículo 13 del Código Penal también realiza un gran razonamiento, al señalar que el silencio no es encubrimiento, pues no crea ninguna imposición jurídica, al no estar sancionado por la ley.

Por último, respecto de los efectos de la denuncia, en términos generales son: obligar al órgano investigador que inicie su labor, y una vez iniciada esta labor, está regida por el principio de legalidad, el cual determina, que no es el Ministerio Público, el que caprichosamente fija el desarrollo de la investigación, sino la ley.

B) La Querrela.-¹

1.- Concepto.

"Fernando Arilla Bas, dice que la querrela es como la denuncia, la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público, por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga".⁽⁶²⁾

"Julio Acero, señala que la querrela, es la queja que se pre-

(62) Arilla Bas, Fernando, "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO", 9ª Edición, - Editorial Kratos, S.A.de C.V., 1984, México, D. F., pág. 53

senta no por una tercera persona, sino directamente la ofendida por un delito o sus representantes". (63)

"Briseño Sierra, define la querella, como una manifestación de voluntad, para que se castigue a un sujeto que ha cometido un daño en perjuicio del querellante". (64)

"Cesar Augusto Osorio y Nieto, dice que la querella puede definirse como una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa y en su caso ejercite la acción penal". (65)

"Por último, Carlos Franco Sodi, señala, que es la manifestación hecha por el ofendido dando a conocer el delito y su interés de que persiga al delincuente". (66)

De estas definiciones propuestas, consideramos que la más acertada, es la de Osorio y Nieto, porque amén, de meterse en problemas de carácter doctrinario, señala que es una manifestación de voluntad, sin considerar si se trata de un poder, o de un deber o de una obligación, etc.: y por que así, es una simple manifestación de voluntad del ofendido o represen

(63) Acero Julio, op. cit., pág. 88.

(64) Briseño Sierra, Humberto, op. cit., pág. 39.

(65) Osorio y Nieto, César Augusto, op. cit., pág. 22.

(66) Franco Sodi, Carlos, op. cit., pág. 23.

tantes, con el objeto de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, pero lo más importante, es que se trata de un acto, "potestativo", es decir donde hay margen del directamente ofendido para elegir si desea querellarse o no.

Por otra parte cabe mencionar, que es reprobable, la carencia de técnica jurídica, en autores como Arilla Bas y Acero. El primero de ellos, porque confunde la querella con la denuncia, pues se trata de dos institutos distintos, porque la denuncia, se aplicará siempre en delitos perseguibles de oficio y la querella a solicitud de parte interesada. Por lo que respecta a Acero, comete el grave error de considerar a la querella como una queja, siendo que las dos tienen naturaleza distinta; la primera será siempre en materia penal y a solicitud de parte interesada, mientras que la segunda, es decir la queja, responde a un recurso de segunda instancia, en el procedimiento civil, por tanto queda fuera del tema que debatimos.

2.- Naturaleza Jurídica de la Querella.

Angel Martínez Pineda, dice, que tomando en consideración el papel de superlativa importancia que desempeña la querella, en uso de la libertad, en delitos que la requieren como causa determinante para el ejercicio de la acción penal, como el rapto, el estupro, las injurias, la difamación, la calumnia, el abandono de hogar, etc., ha sido objeto de detenido estudio y al respecto existen tres teorías, las cuales enseguida se exponen:

a) Primera Teoría: La querrela es un elemento del delito. --
 Los sostenedores de esta teoría, dicen que la querrela es un elemento del de
 lito, ya que si no se interpone, lógicamente aquel no existe.

"Marco Antonio Díaz de León, dice, que es inaceptable, esta -
 teoría, pues la existencia o conformación de un delito, no puede quedar al -
 arbitrio del ofendido, de cometerse el mismo delito, lo que hace que la que-
 rella, es permitir a discreción del ofendido su persecución y nada más". (67)

Definitivamente apoyamos la idea del maestro Díaz de León, --
 pues la existencia o no del delito no depende de la querrela, ni esta perte-
 nece al delito, los elementos que conocemos del delito en la doctrina, son -
 la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad; como podrá ver el lector -
 en ninguno de estos elementos aparece la querrela.

b) Segunda Teoría: La Querrela es una condición objetiva de -
 punibilidad.

"Ernest Beling, define las condiciones objetivas de únibili-
 dad, como, ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposi-
 ción de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la
 antijuricidad y que no tiene carácter de punibilidad. Beling continúa di-
 ciendo, que las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad,

(67) Díaz de León, Marco Antonio. "TEORIA DE LA ACCION PENAL", Editorial --
 Textos Universitarios, S.A., 1974, México, D. F., pág. 201.

se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo del delito, en- que aquellas no son circunstancias que pertenecen al tipo, por lo que no re- quiere que sean abarcadas por el dolo del agente sino que basta con que se - den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se les suele deno- minar frecuentemente, condiciones objetivas extrínsecas". (68)

"Por su parte, Angel Martínez Pineda, señala, que las condi- ciones objetivas de punibilidad son todos aquellos presupuestos de la pena, - que no quedan captados por la culpabilidad del agente o bien aquellas exigen- cias que el Legislador establece en forma ocasional, para la aplicación de - la pena". (69)

El profesor Martínez Pineda, indica que casos de condición ob- jetiva de punibilidad, se encuentran en la fracción séptima del artículo 124 del Código Penal para el D.F., así como en el 236 y 4 fracción tercera, del- ordenamiento legal citado. Otra ejemplificación correlativa dice el autor - se encuentra en el delito de homicidio, en el que opera la circunstancia, de que la muerte acontezca dentro de los sesenta días, contados a partir de la- fecha en que fue lesionada la persona. Por consiguiente, cuando en la con- ducta concreta, falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse. En el abuso de confianza, continúa el autor, para que sea punible se necesita una acción de disposición de una cosa ajena, mueble en -

(68) Beling Ernest, citado por Angel Martínez Pineda "ESTRUCTURA Y VALORACION DE LA ACCION PENAL", Editorial Azteca, S. A., México, D. F., 1968, pág. 79

(69) Ibidem, pág. 70.

perjuicio de otro y a pesar de que se haya procedido con dolo, con "Animus - Lucrandi", no puede el Ministerio Público ejercitar acción penal, si el perjudicado no se querella.

Los sostenedores de la teoría que se comenta, dicen que la -- querella, es una condición objetiva de punibilidad, elemento que no pertenece a la tipicidad y las preguntas obligadas dice el maestro Martínez Pineda son ¿en dónde está el elemento externo de la actividad del agente activo del delito, donde los presupuestos de la pena que no quedan captados por la culpabilidad del agente, donde las exigencias que el Legislador establece en -- forma ocasional, para la aplicación de la pena?

Y la respuesta es que las condiciones objetivas de la punibilidad, hacen referencia al agente activo del delito y no al pasivo, por lo -- tanto concluye el maestro Martínez Pineda, esta teoría, debe también dese-- charse.

"Marco Antonio Díaz de León, dice que esta teoría, debe des-- cartarse, pues la querella no prejuzga sobre la punibilidad o culpabilidad -- del infractor, ya que sólo es presupuesto del ejercicio de la acción pe- --- nal". (70)

Nosotros apoyamos las ideas expuestas por los dos maestros, -

(70) Díaz de León, Marco Antonio, op. cit., pág. 202.

Martínez Pineda y Díaz de León, en el sentido de que la querrela, en ningún momento debe prejuzgar, sobre la punibilidad del infractor, como ya lo señaló Díaz de León, se trata de un simple requisito de procedibilidad, entendiéndose por esto, como el requisito "Sine quo non", para que la acción, pueda ejercitarse por su titular, el Ministerio Público.

c) Tercera Teoría: La querrela es una condición de procedibilidad.

"Angel Martínez Pineda, dice, que es evidente que la querrela no es elemento integrante del delito, ni es una condición objetiva de punibilidad, aunque también es evidente que sin querrela no habrá acción. En consecuencia señala el autor, podemos decir que la querrela no es una relación de derecho sustantivo, sino una institución de orden procesal, siendo éste su ámbito adecuado, pero entonces ¿qué es la querrela? y contesta el propio autor, es una condición de procedibilidad, supuesto impostergable, para que el órgano de acusación, esté en condiciones de ejercitar la acción penal". (71)

Si existe la querrela, dice el autor citado, habrá acción penal, salvo el caso del otorgamiento del perdón legal en que se extingue, aparentemente, primero la acción penal, pero es mentira, porque paralelamente desaparecida la querrela automáticamente se esfuma la acción. La querrela es pues condición de procedibilidad porque la acción penal, no se puede ejer

(71) Martínez Pineda, Angel, op. cit., pág. 71.

citar sin ella.

"Díaz de León, por su parte, entiende la condición de procedibilidad, en el sentido de que el Ministerio Público, sin la querrela, no puede ejercitar la acción penal y sin que por ello éste llegue a perder su carácter público, ni que se contradiga al principio monopolizador de su ejercicio atribuido al órgano acusatorio".⁽⁷²⁾

Por nuestra parte, consideramos que esta última teoría es la más acertada, pues es lógico que sin la querrela el Ministerio Público, no puede ejercitar la acción penal, pues como lo dice Martínez Pineda, se trata de un requisito impostergable para que el órgano de acusación esté en condiciones de ejercitar la acción penal.

3.- Delito perseguible por querrela.

De acuerdo con el Código Penal para el D.F., en materia de -- fuero común y para toda la república en materia de fuero federal y con la -- ley de hacienda del departamento del D.F., son perseguibles por querrela -- los delitos siguientes:

- Estupro,
- Rapto,
- Adulterio,

(72) Díaz de León, Marco Antonio, op. cit., pág. 203.

- Lesiones, producidas por el tránsito de vehículos de las comprendidas en los artículos 289 y 290 del Código Penal para el D.F., siempre y cuando no concurren con delitos perseguibles de oficio.
- Abandono de cónyuge,
- Golpes y violencias físicas y simples,
- Injurias, difamación y calumnia,
- Abuso de confianza,
- Daño en propiedad ajena imprudencial, que no exceda de - --- \$10,000.00 (~~DIEZ MIL PESOS M.N.~~) y cualquiera que sea su valor si es con motivo del tránsito de vehículos y no concorra con delitos perseguibles de oficio.
- Robo entre cónyuges y parientes consanguíneos o afines.
- Fraude cometido entre cónyuges o parientes consanguíneos o afines.
- Peligro de contagio venéreo entre cónyuges; y
- Delitos comprendidos en la ley de hacienda del departamento del D.F.: falsificación, uso de documentos y sellos fiscales falsos, y uso indebido de sellos fiscales, violación o rompimiento de sellos o marcas fiscales, resistencia, comercio clandestino y defraudación.

4.- Personas facultadas normativamente para formular querrela.

Puede formular la querrela, según el artículo 264 del Código-

de Procedimientos Penales para el D.F., cualquier ofendido por el ilícito-- aún cuando sea menor de edad; en cuanto a los incapaces, puede presentar la- querella, los ascendientes, hermanos o representantes legales.

Las personas físicas, pueden presentar querellas mediante po- der general con cláusulas especiales, excepto en los casos de rapto, estupro y adulterio.

El mismo artículo 264 contiene y regula el derecho de quere-- lla atribuido a las personas morales y establece que podrá ser formulada por apoderado investido de poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula- especial, sin que sea necesario acuerdo o ratificación previa de los órganos sociales o poder especial para el caso específico.

5.- Forma de la querella.

La querella puede formularse verbalmente por comparecencia di recta ante el Ministerio Público o por escrito, se anotarán los datos genera- les de identificación del querellante, entre los cuales deberá incluirse la- impresión de las huellas digitales en el documento en que se registre la que- rrella, según lo dispuesto por el artículo 275 del Código de Procedimientos - Penales para el D.F. Así mismo deberá comprobarse la personalidad de el - querellante conforme a lo prescrito por el artículo 264 del ordenamiento le- gal invocado.

"Osorio y Nieto, basado en tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dice que para tener por formulada la querella, no es necesario el empleo de frase específica alguna, bastando que de la manifestación del ofendido, se desprenda sin duda alguna, el deseo de que se enderece la acción penal en contra de determinada persona por hechos concretos". (73)

6.- Querella respecto de menores.

En nuestro derecho el titular del derecho a querella es el menor, conforme al artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el D.F., pudiendo presentar la querella cualquier ofendido por la infracción, ascendientes, hermanos o representantes legales.

En los casos reales concretos, dice Osorio y Nieto, suelen presentarse situaciones conflictivas cuando hay oposición de parte de algún ofendido o del sujeto pasivo, a que se proceda a iniciar la averiguación, esto es:

a) El menor desea querellarse, pero los ascendientes no.

En este supuesto señala Osorio y Nieto, deberá atenderse a la voluntad del menor, toda vez que el titular del derecho es el propio menor y si bien el Estado no tiene un interés directo en la persecución del delito

(73) Osorio y Nieto, César Augusto, op. cit., pág. 23.

o lo margina en función de la voluntad del interesado, basta que el Ministerio Público como representante social inicie la actividad investigadora.

b) El menor y un ascendiente desean querellarse, pero otro no.

En esta segunda hipótesis, realmente no hay problema ya que sólo hay una oposición de opiniones, que Osorio y Nieto llama "doméstica", pero existe el principio de interés y una mayoría de opiniones que justifican la procedencia de iniciar la averiguación.

c) El menor no desea querellarse, pero los ascendientes sí.

Este tercer planteamiento, debe resolverse, en el sentido de poner en movimiento al Ministerio Público, en razón de existir un interés y una manifestación de voluntad conjunta, externada en el sentido de que se -- inicie la averiguación.

d) El menor y un ascendiente no desean querellarse, pero otro sí.

El cuarto caso debe resolverse, en palabras del autor en cita, dando curso a la función Ministerial, por razón de existir el principio de - interés jurídico básico de una persona facultada normativamente para formular querellas.

7.- Extinción del derecho de querrela.

Basados en el artículo 93 del Código Penal para el D.F., el derecho de querrela se extingue: por muerte del agraviado, por perdón, por consentimiento, por muerte del responsable y por prescripción.

a) Muerte del agraviado: en virtud de que el derecho para querrelarse 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, porque ya satisfecho el requisito de procedibilidad, se ha borrado el obstáculo para que el Ministerio Público cumpla su función de perseguir el delito.

En el caso, en que muera el representante del particular o de una persona moral con facultades para querrelarse, el derecho no se extingue debido a que la titularidad del derecho corresponde al ofendido y no al representante, en quienes sólo se han delegado facultades para hacerlo valer. Esta constituye la regla general, aclarando que hay excepciones en la persecución de delitos tales como; las injurias, la difamación, la calumnia, etc.; cuestión que sólo se menciona y no se desarrolla por no ser, tema de nuestro trabajo.

b) El perdón del ofendido: "el perdón, dice Colín Sánchez, es el acto a través del cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial, manifiestan ante la autoridad correspondiente que no

desean se persiga a quien lo cometió".⁽⁷⁴⁾

Para estos fines, bastará que así lo manifiesten, sin que sea necesaria la explicación de el 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".

Están facultados para otorgar el perdón:

- 1) el ofendido,
- 2) el legítimo representante, y
- 3) el tutor especial.

Debido a la naturaleza especial de los delitos, que se persiguen por querella, el perdón o consentimiento del ofendido determina la cesación del procedimiento o la ejecución de la pena, extinguiéndose, en consecuencia el derecho de querella (artículo 93 y 276 del Código Penal para el D.F.), porque si ha habido capacidad para querellarse, es lógico que en uso de la misma se puede perdonar.

lo mismo sucede a todos los que han sido reconocidos ante la autoridad como legítimos representantes o mandatarios autorizados con poder-especialísimo y cláusula especial.

Es frecuente que se otorgue el perdón sin tener facultades, -

(74) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., pág. 251.

por falta de capacidad legal, como en el caso de los menores; en esas condiciones, de acuerdo con la fracción III del artículo 93 del Código Penal para el D.F., quien acredite legalmente ser el que ejerce la patria potestad pues puede otorgarlo a falta de éste, el órgano jurisdiccional designa un tutor - especial.

Por lo que concierne a los efectos del desistimiento, esto -- produce como efecto principal la cesación de la intervención de toda 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 forma, - que no existirá posibilidad de interponer nuevamente la queja por los mismos hechos y en contra de la misma persona.

Un efecto principalísimo, es la restitución del goce de la li bertad para quien ha estado privado de la misma; sin embargo, en el delito - de abandono, previsto en el artículo 336 del Código Penal para el D.F., se - dice:

"Para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido pueda - producir la libertad del acusado, deberá éste pagar todas las cantidades que hubiere dejado de suministrar por concepto de alimentos y dar fianza u otra -- caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que corresponda" (artículo- 388 del Código Penal para el D.F.).

"Este precepto dice Colín Sánchez, riñe totalmente con la naturaleza de la querella, porque si después de otorgado el perdón continúa de tenido el procesado, hasta que se hayan satisfecho esos requisitos, al no existir la voluntad del ofendido, no se está dentro de lo preceptuado por la Constitución de la República, en cuanto al respecto de la libertad de las personas, puesto que, toda actividad jurisdiccional, en caso semejante, está subordinada a la querella, sin la cual no debe prolongarse".⁽⁷⁵⁾

C) Prescripción.

La prescripción extingue el derecho de querrela:

"La acción penal que nazca de un delito, sea o no continuo, que sólo puede perseguirse por querrela de parte, prescribirá en un año contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente y en tres, independientemente de esas circunstancias". (artículo 107 del Código Penal para el D.F.).

D) 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 aún en la ejecución de sentencia.

(75) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., pág., 254.

3.- De la Titularidad de la Acción Penal.-

A) Concepto de Ministerio Público.

"José Franco Villa, dice que el Ministerio Público Federal, - es una institución dependiente del ejecutivo federal, presidido por el Procurador General, quien tiene a su cargo la persecución de los delitos del orden federal y hacer que los juicios se sigan con toda la regularidad, para - que la administración de justicia sea pronta y expedita e intervenir en todos los negocios que la ley determina". (76)

La palabra Ministerio, viene del Latín "Ministerium", que -- significa cargo que ejerce un empleo, oficio u ocupación especialmente noble y elevado. Por lo que hace a la expresión "Público", ésta deriva también del Latín "Publicus, Populus", pueblo, indicando lo que es notorio, visto ó sabido por todos, aplicase a la potestad o derecho de carácter general y que afecta en la relación social como tal.

Perteneiente a todo el pueblo. Por tanto, en su acepción gramatical, el Ministerio Público dice Franco Villa, significa cargo que se --- ejerce en relación al pueblo. En su sentido jurídico, la Institución del Ministerio Público, es una dependencia del poder ejecutivo, que tiene a su cargo la representación de la ley y de la causa del bien público, que está atribuida al fiscal ante los Tribunales de Justicia.

(76) Franco Villa, José, op. cit., pág. 3.

"Joaquín Escriche, señala, que a la voz "Fiscal", corresponde cada uno de los abogados nombrados por el rey, para promover y defender en los Tribunales Supremos y Superiores del Reino, los intereses del fisco y -- las causas pertenecientes a la vindicta pública; y más adelante comenta: en las leyes recopiladas, se le denomina Procurador Fiscal; había uno para lo civil y otro para lo criminal; el primero entendía todo lo relativo a los intereses y derechos del fisco y el segundo en lo relativo a la observancia de las leyes que tratan de los delitos y de las penas; pero hoy día, el promo--tor fiscal es un abogado nombrado permanentemente por el rey, para defender en los juzgados de primera instancia los intereses del fisco, los negocios -- pertenecientes a la causa pública y las prerrogativas de la corona y de la -- real jurisdicción ordinaria. Por último dice el autor en cita, entienda--se, por Ministerio Fiscal, que también, se llama Ministerio Público, las funcio--nes de una Magistratura particular, que tiene por objeto velar por el inte--rés del Estado y de la sociedad en cada tribunal o que bajo las órdenes del gobierno tiene cuidado de promover la represión de los delitos, la defensa judicial de los intereses del Estado y la observancia de las leyes que determi--nan la competencia de los tribunales".⁽⁷⁷⁾

"Miguel Fenech, señala al Ministerio Público, como una parte--acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el estado, a quien -- representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimien--

(77) Escriche Joaquín, "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA", Editada por la Librería De Ch Bouret, París, Francia, 1888 , pág. 1247.

to en su caso, en el proceso penal". (78)

"Guillermo Colín Sánchez, sostiene, que el Ministerio Público, es una Institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo), que actúa en re presentación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tute la social en todos aquellos casos que le asignan las leyes". (79)

"Por su parte el maestro Héctor Fix Zamudio, al abordar el te ma de que se trata, afirma que es posible describir, ya que no definir al Mi nisterio Público como el organismo del Estado que realiza funciones judiciales ya sea como parte o como sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales, especialmente en la penal y que contemporáneamente afectúa, actividades administrativas, como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales, realiza la defensa de los intereses patrimoniales del Estado o tiene encomen dada la defensa de la legalidad". (80)

Por nuestra parte consideramos, que todas las definiciones -- son valiosas, pero la más acertada, es la expuesta por Colín Sánchez, en vir tud de que el mérito de esta definición, es hablar de su naturaleza, como re presentante de los intereses sociales y su función en materia penal como es, ser precursor de los delitos. Con esto no queremos menospreciar las otras - definiciones propuestas, que también tienen su valía, a guisa de ejemplo, se

(78) Fenech Miguel, "DERECHO PROCESAL PENAL VOLUMEN I" 3ª edición, Editorial Labor, S.A., Barcelona, España, 1960., pág. 307.

(79) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. pág. 86.

(80) Fix Zamudio Héctor, "FUNCION CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO", Publicado en el Anuario Jurídico, Año V, 1978, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 153.

señalamos que la definición de Franco Villa, atañe a la cuestión administrativa de la Institución, tal como ser subordinado del Procurador General de Justicia etc.

B) Naturaleza Jurídica del Ministerio Público.

La determinación de la naturaleza jurídica del Ministerio Público, ha provocado discusiones interminables dentro del campo doctrinario. Así se le ha considerado:

a) Como un representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales.

Para fundamentar la representación social atribuida al Ministerio Público, en el ejercicio de las acciones penales, se tomó como punto de partida, el hecho de que el Estado, al instituir la autoridad le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esta manera prosiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad.

"Al respecto, Carrara hizo notar, que aunque la potestad para la persecución de los delitos emana la ley social, que crea las formas y facilita los modos de esta persecución y hace más seguros sus resultados, no crea el derecho que tiene un origen anterior a la sociedad civil y es más bien la razón única de la esencia del cambio de la asociación natural en so-

ciedad civil, ya que la constitución de la autoridad en el Estado, es un medio necesario para la tutela jurídica". (81)

Rafael de Pina, considera que el Ministerio Público, ampara en todo momento el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad. Por lo cual en ninguna forma debe considerársele como un representante de alguno de los poderes estatales, independientemente de la subordinación que guarda frente al poder ejecutivo; más bien agrega el autor, la ley tiene en el Ministerio Público su órgano específico y auténtico.

"Por último el maestro de Pina, dice que el Ministerio Público es una Institución encargada de la defensa de la ley, y su papel consiste en obtener de los tribunales, en los casos en que debe intervenir, una aplicación uniforme de las normas jurídicas, que logre encarnar en la realidad, el principio de la igualdad ante la ley de todos los miembros del Estado, en nombre del cual se ejerce la función jurisdiccional". (82)

b) Como órgano administrativo que actúa con el carácter de -- parte.

El Ministerio Público es un órgano administrativo, afirman no pocos autores, fundamentalmente en la doctrina italiana, la cual se ha dividido, mientras algunos lo consideran un órgano administrativo, otros afirman

(81) Carrara Francesco, citado por Colín Sánchez Guillermo, op. cit., pág.89
 (82) De Pina Rafael, "DERECHO PROCESAL, TEMAS", 2ª edición, Ediciones Botas, S.A., 1951, México, D.F., pág. 113.

que es un órgano judicial.

"Guarneri, se manifiesta, por considerarlo, como un órgano administrativo y al efecto señala, que es un órgano de la administración pública, destinado al ejercicio de las acciones penales señaladas en las leyes y por tal motivo, la función que realiza bajo la vigilancia del Ministerio de gracia y justicia, es de representación del poder ejecutivo en el proceso penal y aunque de acuerdo con las leyes Italianas, forma parte del orden judicial, en consecuencia, no atiende por sí mismo a la aplicación de las leyes, aunque procura obtenerla del Tribunal cuando y como lo exige el interés público; de manera que está al lado de la autoridad judicial, como órgano de interés público en la aplicación de la ley". (83)

Asegura el autor citado, que como el Ministerio Público, no decide controversias judiciales, no es posible considerarle órgano jurisdiccional, sino más bien administrativo, derivándose de ésto su carácter de parte, puesto que la represión penaria pertenece a la sociedad y al Estado en personificación de las mismas, para que la ley no quede violada, persigue el delito y al sujetivarse las funciones estatales en: Estado-Legislación, --- Estado-Administración y Estado-Jurisdicción; el Ministerio Público realiza las funciones del Estado-Administración, poniéndose como sujeto ante el Estado-Jurisdicción, pidiendo la actuación del derecho, pero sin actuarla él.

(83) Guarneri, José. "LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL", traducción de Constancio Bernaldo de Quirós, Editorial Cajica, S.A., 1952, Puebla, Pue. pág. 169.

Por otro lado, agrega el autor citado, los actos que realiza el Ministerio Público, son de naturaleza administrativa, lo que justifica -- que se apliquen a ésta los principios de derecho administrativo, tan es así, que pueden ser revocables, comprendiéndose dentro de la propia revocación, - la modificación y sustitución de uno por otro. Además la propia naturaleza administrativa de la actuación del Ministerio Público, reside en la discrecionalidad de sus actos, puesto que tiene facultades para determinar si debe proceder o no, en contra de una persona; situación en la que no podría intervenir el órgano jurisdiccional oficiosamente para avocarse al proceso. Aún más, la sustitución, como consecuencia de la jerarquía que prevalece dentro de la Institución, permite que den órdenes, circulares y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran al Ministerio Público, aspecto que cae también dentro del orden administrativo.

En esas condiciones, el Ministerio Público actúa con el carácter de "parte", señala el autor Italiano, hace valer la pretensión punitiva y de acuerdo con ello, ejerce poderes de carácter indicador, preparatorio y coercitivo, sobre todo presenta a través de su actuación, las características esenciales de quienes actúan como "parte", ejercita la acción penal, propone demandas, presenta impugnaciones, tiene facultades de pedir providencias de todas clases.

Al igual que Guarneri, Manzini, Massari, Florian, José Sabatini y Franco Sodi, consideran que el Ministerio Público dentro del proceso penal actúa con el carácter de "parte", independientemente de que no exista co

mún acuerdo, en relación con el momento procedimental en que debe considerársele como tal.

c) Como un órgano judicial.

Esta doctrina es reciente y es sustentada por Sabatini y Vasalli, quienes sostienen que no puede ser un órgano administrativo, sino más bien de carácter judicial y para eso adoptan la postura de Santi Romano, el cual distingue la potestad fundamental del Estado dentro de las tres funciones comúnmente admitidas (Legislativas, Ejecutivas o Administrativas y Judiciales)

Si la potestad judicial, tiene por objeto el mantenimiento y actuación del orden jurídico, como ésta última abarca al poder judicial y éste a su vez, a las otras actividades no jurisdiccionales comprendidas en el objeto indicado, de esta manera, afirman los autores citados, que el Ministerio Público es un órgano judicial pero no administrativo.

Frosali, manifiesta que dentro del orden judicial, según la etimología de la palabra, debe entenderse todo aquello que se refiere al juicio y en consecuencia la actividad jurisdiccional es por ese motivo judicial.

Es necesario reconocer agrega Frosali, que la actividad del Ministerio Público es administrativa, porque no es legislativa ni jurisdiccional, ni tampoco política, pero amerita la calificación de judicial porque

se desenvuelve en un juicio.

"Colín Sánchez, dice que no considera, que Frosali, esté en lo justo, porque desde su punto de vista, habría que considerar con tal carácter al procesado, a los testigos y demás personas que intervienen en el proceso, lo cual es erróneo". (84)

El Ministerio Público dada su naturaleza y fines, carece de funciones jurisdiccionales; estas son exclusivas del juez, de tal forma que deba concretarse a solicitar la aplicación del derecho, más no a declararlo.

Por último es conveniente señalar que esta teoría es imposible aplicarla al derecho mexicano, en virtud de que el artículo 21 de la --- Constitución General de la República, señala que la imposición de las penas propia y exclusiva de la autoridad judicial y que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial. Tal declaración es suficientemente clara y precisa, concentra exclusivamente en los órganos jurisdiccionales la facultad de aplicar el derecho y en el Ministerio Público la persecución de los delitos; separa e independiza las funciones, auspicando así la exacta y concreta aplicación de la ley.

d) Como colaborador de la función jurisdiccional.

No ha faltado quien identifique al Ministerio Público como un

(84) Colín Sánchez, Guillermo; op. cit., pág. 92.

auxiliar o colaborador de la función jurisdiccional, debido a las actividades que realiza a través de la secuela procedimental, ya que todos sus actos van encaminados a lograr un fin último: la aplicación de la ley al caso concreto.

En cierta forma, es posible, admitir, dice Colín Sánchez, que colabora con la actividad jurisdiccional, a través de sus funciones específicas, porque en última instancia, estas obedecen al interés característico de toda la organización estatal. Para el fiel cumplimiento de sus fines, el Estado encomienda deberes específicos a sus diversos órganos para que en colaboración plena y coordinada, mantengan el orden y la legalidad; razón por la cual el Ministerio Público (órgano de acusación), lo mismo al perseguir el delito que al hacer cesar toda lesión jurídica en contra de los particulares, dentro de esos postulados, es un auxiliar de la función jurisdiccional para lograr que los jueces hagan actuar la ley.

"Colín Sánchez dice, que si en el derecho de procedimientos penales, la acción penal pretende llevar a cabo la tutela jurídica general, el Ministerio Público a quien se le ha conferido, estará representando en todos sus actos a la sociedad ofendida por el delito, no siendo necesario para esos efectos que ésta, en forma directa o inmediata, haya elegido a una persona o personas determinadas para cumplir con tal representación, debido a que la sociedad ha otorgado al Estado el derecho para ejercer la tutela general y éste a su vez, la delega en el Ministerio Público, quien en esa forma se constituye, en un representante de la sociedad, por lo tanto el autor ci-

tado concluye, que es un órgano "Sui Géneris", creado por la Constitución y Autónomo en sus funciones, aún cuando auxilie el poder administrativo y al judicial en determinados campos y formas". (85)

Por otro lado, Colín Sánchez, señala, que tomando como punto de arranque la naturaleza jurídica del proceso y de quienes intervienen en él, el Ministerio Público es un sujeto de la relación procesal, en la que -- participa con el carácter de "parte" sosteniendo los actos de acusación.

El autor señala que concebirlo así, da lugar a que se diga -- que no, en todo momento sostiene su acusación, aunque tal postura la adopta -- cuando el caso lo amerita, porque no siempre persigue el interés punitivo -- del Estado proveniente la sentencia condenatoria; de ser así, no cumpliría -- en forma fiel sus funciones legales, pues debe acusar cuando tenga elementos para ello, no lesionando en ninguna forma los intereses legalmente protegidos que lo coloquen como un órgano arbitrario; debe ser, implacable en la persecución del infractor y oportuno interventor para hacer cesar todo acto que -- lesione a los derechos instituidos legalmente, colaborando así en forma efectiva a una recta administración de justicia.

En la actualidad al Ministerio Público corresponden una esfera muy variada de atribuciones, debido a la evolución de las instituciones -- sociales, las que para cumplir sus fines, han considerado indispensable otorgar

(85) Ibidem, pág. 93

garle injerencia en asuntos civiles y mercantiles, como representante del Estado y en algunas otras actividades de carácter legal.

"Consecuentemente, Colln, concluye, que el Ministerio Público, tiene una personalidad polifacética, actúa como autoridad administrativa durante la fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, como sujeto procesal, como auxiliar de la función jurisdiccional, ejerce tutela general sobre menores e incapacitados y representa al Estado protegiendo sus intereses". (86)

" Niceto Alcalá-Zamora, señala por su parte, que la falla común de las opiniones, sobre la naturaleza del Ministerio Público, consiste en querer definir, mediante un sólo marbete, una institución de cometidos múltiples, administrativos unos y procesales otros. Si en la figura mucho más homogénea del juzgador, no toda su actividad es jurisdiccional, con mayor motivo habrá que descartar la posibilidad de una caracterización única o unitaria respecto del Ministerio Público. El camino a seguir será, por tanto el de etiquetar por separado sus diversas funciones, y dentro de las ligadas con el enjuiciamiento, deslindar aquellas en que como titular de la acción, desempeña el papel de parte en sentido formal, o si se prefiere la fórmula de Carnelutti, de sujeto del proceso, pero no del litigio, respecto de aquellas en que se encarga de otros menesteres (tareas instructoras o dictaminadoras, por ejemplo)". (87)

(86) Ibidem, pág. 94.

(87) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto; "DERECHO PROCESAL MEXICANO", Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1976, pág. 514.

Nosotros apoyamos las ideas expuestas por Colín Sánchez y Alcalá-Zamora, es decir, apoyamos que la institución del Ministerio Público es "Sui Géneris", en el sentido de que tiene una esfera variada de atribuciones, pero que en esencia, se trata de un representante de la sociedad, que en materia penal, juega un papel de primordial importancia, en virtud de que sin éste, definitivamente el procedimiento penal jamás se constituiría.

C) Teoría Abolicinista del Ministerio Público.

Juventino V. Castro dice, que no siempre se han reconocido -- las excelencias de la institución del Ministerio Público, que en términos generales está actualmente admitida.

Musio, ataca con vigor a dicho funcionario, llamándolo instrumento fatalismo, de despótico gobierno y, lo considera como instituto tiránico al que compara con el caballo de Troya, que el ejecutivo ha introducido - en el poder judicial, y el ente más monstruoso y contradictorio, inhumano e inconstitucional, que se mueve como autómatas a voluntad del poder ejecutivo. Carcano, dice que es un invento de la monarquía francesa únicamente para tener de la mano a la magistratura. Lo atacan y piden su abolición Henrion - de Pansey, Bonasi, Ludovico Mortara, Landolfi, Bartolucci, etc.

Sin embargo, todas estas teorías abolicionistas fracasaron, - pues como hace notar Siracusa, sólo podría sustituirse la institución del Ministerio Público, con uno de dos sistemas: el proceso de tipo inquisitorio -

en el cual, el juez asume la función de acusador, o el ejercicio privado de la acción penal; sistemas ambos despreciables.

Manduca, decidido defensor del Ministerio Público, expresa, - que la abolición del Ministerio Público en los juicios penales es una teoría condenada por la historia del derecho, por la ciencia, por la moderna sociología y por la Legislación comparada. El modo de desenvolver la cuestión -- por los funcionarios abolicionistas, demuestra que son impulsados por la pasión, por la ira, por el rencor, por el odio. Y más adelante concluye: el - Ministerio Fiscal, representante, encarnación viviente del Estado social de derecho, no puede, no debe ser del todo extraño; no puede estar ausente en - cualquier parte donde se administre justicia.

"Juventino V. Castro, señala, que en el actual proceso penal y civil, el Ministerio Público, es y debe ser el más fiel guardián de la ley, órgano desinteresado y desapasionado, que representa los intereses más altos de la sociedad, institución que lo mismo debe valer por la defensa de los débiles o los incapaces y los ausentes, que decidido alzarse, pero sin ira ni espíritu de venganza, pidiendo la justa penalidad de un criminal en defensa de la sociedad. Más meticoloso y empeñado en que brille la inocencia de un acusado que su propio defensor, y más severo en el castigo del culpable que la víctima del delito; en una palabra, el más celoso guardián del cumplimiento estricto de las leyes". (88)

(88) Castro Juventino V; op. cit., pág. 17.

Nosotros nos adherimos lógicamente, a lo expuesto, en forma magistral, por el maestro Juventino V. Castro, sin que pongamos en duda, ni siquiera el más mínimo detalle, respecto a la adhesión a la tesis que sostiene la necesidad de la institución del Ministerio Público.

D) Antecedentes del Ministerio Público.

a) Historia del Ministerio Público.

"González Bustamante, dice que la institución del Ministerio Público, ha sido una conquista del derecho moderno, al consagrarse el principio del monopolio de la acción penal por el Estado, se inicia el período de la acusación estatal, en que uno o varios órganos son los encargados de promoverla". (89)

Investigar los orígenes del Ministerio Público es una tarea ardua y más resulta encontrar conexiones en el pasado, con la moderna institución.

1.- GRECIA: se afirma que existieron antecedentes, en esta cultura, donde un ciudadano llevaba la voz de la acusación ante el tribunal de los Heliastas. En el derecho atico, era el ofendido por el delito quien ejercitaba la acción penal ante los tribunales.

No se admitía la intervención de terceros en las funciones de

(89) González Bustamante, Juan José, op. cit., pag. 53.

acusación y de defensa. Regía el principio de la acusación privada. Después se encomendó el ejercicio de la acción a un ciudadano, como representante de la colectividad; era una distinción honrosa, que enaltecía al elegido y el pueblo lo premiaba con coronas de laurel. Sucedió a la acusación privada, la acusación popular, al abandonarse la idea de que fuese el ofendido -- por el delito, el encargado de acusar y al ponerse en manos de un ciudadano -- independiente el ejercicio de la acción, se introdujo una reforma sustancial.

Así la acusación popular significó un positivo adelanto en -- los juicios criminales; su antecedente histórico, se pretende encontrar en -- los "Temosteti", que tenían en el derecho Griego, la misión de denunciar los delitos ante el senado o ante la asamblea del pueblo, para que se designara a la vez a un representante para que llevara la voz de acusación.

2.- ROMA: en esta cultura, todo ciudadano estaba facultado -- para promover la acción penal. Cuando el Romano se adormeció en su indolencia y los hombres de Breno, tocaron a las puertas de la gran urbe; cuando -- las rivalidades entre Mario y Sila, produjeron el período de las delaciones -- secretas, se abandonó la acusación privada y se adoptó la acusación popular -- y el procedimiento de oficio, que es para algunos el germen del Ministerio -- Público. Más tarde se designaron magistrados a quienes se encomendó la -- tarea de perseguir a los criminales, como los Curiosi, Stationari o Irenarcas, que propiamente desarrollaban servicios policíacos y en particular los Prae -- effectus Urbis en la ciudad, los Praesides y Procónsules, los Advocati-Fisci, y los Procuratores Caesaris de la época imperial, que si al principio fueron

una especie de administradores de los bienes del príncipe, adquirieron después suma importancia en los órdenes administrativo y judicial, al grado de que gozaban del derecho de juzgar acerca de las cuestiones en que estaba interesado el fisco.

3.- LEGISLACION BARBARA: en esta época, encontramos a los Galtaldí, del derecho Longobardo, los Canto o los Sayones de la época franca, y los Misci Dominici del emperador Carlo Magno, el procedimiento de oficio implantado en Roma se reconoce por el derecho feudal.

4.- LA EDAD MEDIA: en la Edad media hubo en Italia, al lado de los funcionarios judiciales, agentes subalternos a quienes se encomendó el descubrimiento de los delitos.

Juristas como Bartolo, Guadiano y Aretino, los designan con los nombres de Síndici, cónsules Locorum Vallarum o simplemente Ministrales.

"Miguel S. Macedo, hace notar, que esos funcionarios, no tienen el carácter propiamente de promotores fiscales, sino más bien representan el papel de denunciantes".⁽⁹⁰⁾

En Venecia existieron, los procuradores de la comuna, que ventilaban las causas en la Quarentia Criminale y los Conservatori Di Legge, en la república de Florencia.

(90) Macedo Miguel S. "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO", Editorial Cultura, 1931, México, D.F., pág. 64

5.- FRANCIA: en Francia, la institución surgió en el curso de la antigua monarquía. El procurador, el abogado del rey, no han sido en su origen, sino lo que indica su nombre, un procurador encargado del procedimiento, un abogado encargado del litigio, en negocio que interesaba al rey; lo que no les impedía ocuparse con la misma calidad de otros negocios. El título del procurador general, abogado general del rey, no ha significado antes de volverse un título jerárquico, sino un procurador, un abogado encargado generalmente, el primero de los actos de procedimiento y el segundo del alegato, en todos los negocios que el rey tenía ante determinada jurisdicción, y a los que el propio rey llamaba "Nos Genes" agente del rey. En las antiguas ordenanzas francesas, a partir de los primeros años del siglo XIII, bajo Felipe el Hermoso, se puede estudiar, la transformación, que se opera en estos cargos, que llegan a convertirse en una gran magistratura. La institución del Ministerio Público, después de haber sufrido la influencia de grandes cambios operados por la revolución de 1789, y por las leyes que poco después se expidieron sobre organización judicial, fue reconstituida y asentada, sobre bases que subsisten en Francia aún hoy en día, en la organización imperial de 1808 y 1810 conquistándose desde entonces, principalmente, la unidad y firmeza de la institución. Bajo Napoleón, en que el Ministerio Público, se organiza jerárquicamente bajo la dependencia del poder ejecutivo.

6.- ESPAÑA: en España, existió la promotoría fiscal desde el siglo XV, como una herencia del derecho canónico. Los promotores fiscales obraban en representación del monarca, siguiendo fielmente sus instrucciones. En las leyes de recopilación de 1576, expedidas por el rey Felipe II, se les

señalan algunas atribuciones: "mandamos que los fiscales hagan diligencias, para que se acaben y fenézcan los procesos que se hicieren en la vista privada de los escribanos, así contra los mismos jueces como contra los escribanos" (libro II, título XIII); las funciones, de los promotores fiscales, consistían en vigilar, lo que ocurría ante los tribunales del crimen, y en -- obrar de oficio, a nombre del pueblo, cuyo representante es el soberano. Bajo el reinado de Felipe V, se pretendió suprimir las promotorías en España, por decreto de 10 de noviembre de 1713 y por la declaración de principios de mayo de 1744 y de diciembre del mismo año, pero la idea no fue bien acogida y se rechazó unánimemente por los tribunales españoles.

Por decreto de 21 de junio de 1926, el Ministerio Fiscal, funciona bajo la dependencia del Ministerio de Justicia.

Es una magistratura independiente de la judicial y sus funcionarios son amovibles; se compone de un procurador fiscal ante la Corte Suprema de Madrid, auxiliado por un abogado general y otro asistente. Existen -- además, los procuradores generales en cada Corte de Apelación o audiencia -- provincial, asistidos de un abogado general y de otros ayudantes.

2.- Historia del Ministerio Público en México.

"Refiriéndose al moderno Ministerio Público Mexicano, señala José Angel Ceniceros, que éste se ha transformado por tres elementos a saber: la Promotoría Fiscal Española, el Ministerio Público Francés y un conjunto -

de elementos propios, genuinamente mexicanos".⁽⁹¹⁾

"Juventino V. Castro, es del mismo parecer de Ceniceros, al señalar, que la institución del Ministerio Público, tomó del ordenamiento -- francés, como característica principal el de la unidad e indivisibilidad, -- pues cuando actúa el Ministerio Público, lo hace a nombre y en representación de toda la institución".⁽⁹²⁾

"Javier Piña y Palacios, al igual que los otros autores citados, opina que hay tres elementos en la formación del Ministerio Público en México, el francés, el español y el nacional; de los cuales, del francés, tomó característica fundamental, el de la unidad e indivisibilidad, pues cuando actúa el Ministerio Público, lo hace a nombre y en representación de toda la institución. La influencia española, se haya en el procedimiento, cuando el Ministerio Público formula conclusiones, las que siguen los mismos lineamientos formales, de un pedimento del fiscal en la inquisición. En cuanto a la influencia exclusivamente mexicana, está reservada exclusivamente al Ministerio Público, que es el jefe de la policía judicial".⁽⁹³⁾

Nosotros consideramos, que la exposición más completa al respecto, es la del maestro Piña y Palacios, por lo cual nos adherimos a ella, no obstante que los otros dos autores citados opinan igual que el primero, -

(91) Ceniceros, José Angel, citado por García Ramírez Sergio, op. cit., pág. 233.

(92) Castro Juventino V., op. cit., pág. 75

(93) Piña y Palacios Javier, op. cit., pág. 87.

pero lo hacen en forma incompleta.

Siguiendo a González Bustamante, no buscaremos antecedentes - del Ministerio Público en la colonia, por ser escasos, así es que nos avocaremos a buscarlos, a partir de la Independencia de México.

a) La Constitución de Apatzíngan de 22 de octubre de 1814.

"Luis Cabrera señala, que en esta Constitución se ve el esfuerzo legislativo revolucionario más audaz y más vigoroso, que se ha hecho en toda nuestra historia, se da por supuesta la existencia de los fiscales, como complemento de la administración de justicia, pues esta Constitución, habla de que habrá dos fiscales letrados, uno para lo civil y otro para lo criminal, nombrados por el congreso a propuesta del supremo gobierno, que durarían sus funciones 4 años y que tendrían el tratamiento de "señoría", mientras permanecieran en el ejercicio".⁽⁹⁴⁾

b) La Constitución de 1824.

En esta Constitución, se atribuyó al presidente de la república, la facultad de cuidar que la justicia se administrara pronta y cumplidamente por la Corte Suprema y por los demás tribunales y de que sus sentencias fueran ejecutadas según las leyes. En esa Constitución el poder judicial de la federación se hace residir exclusivamente en la Suprema Corte de Justicia en los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, pero se menciona al fiscal, como un funcionario de obvia existencia, con categoría seme

(94) Cabrera Luis, y Portes Gil Emilio; "LA MISION CONSTITUCIONAL DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA", 2ª edición, Ediciones Botas, México, D. F., 1963, pág. 53.

jante a los individuos de la corte.

c) Las Leyes Constitucionales de 1836.

Estas fueron más adelantadas ya que consideraban al fiscal, como parte integrante de la Suprema Corte de Justicia, que se componía de 11 ministros y un fiscal.

Los fiscales de la corte tenían prohibido recibir comisión alguna del poder ejecutivo, como no fuera con acuerdo del consejo de gobierno y consentimiento del senado, estando también impedidos al igual que los ministros de la Suprema Corte, para ser abogados, apoderados en pleitos, asesores o árbitros.

"Luis Cabrera, señala que lo más interesante, es que los fiscales, al igual que los demás miembros de la Suprema Corte, eran inamovibles en sus cargos y no podían ser suspendidos o removidos, sino por enjuiciamiento ante el congreso".⁽⁹⁵⁾

d) Las bases orgánicas de 1843.

Estas fueron menos lógicas que las leyes de 1836 y establecieron un sistema híbrido, a estima Luis Cabrera.

Atribuían al Presidente de la República, el cuidado de que se administrara pronto justicia por los tribunales y jueces, por medio de exco-
citativas y pidiéndoles informes para el efecto de hacer que se exigiera la-

(95) Ibidem, pág. 54.

responsabilidad de los culpables. Y sin embargo, la composición de la Suprema Corte incluía entre sus miembros a un fiscal, disponiéndose el establecimiento de fiscales generales cerca de los tribunales para los negocios de Hacienda y los demás que fueran de interés público.

e) La Ley de Don Juan Alvarez de 23 de noviembre de 1855.

Esta ley, establece la composición de la Suprema Corte de Justicia, con nueve ministros y dos fiscales. Los fiscales se consideran, en cuanto su capacidad y para su nombramiento, para las causas de recusación, para su responsabilidad y para su remoción exactamente con la misma categoría que los ministros de la Suprema Corte de Justicia.

f) La Constitución de 1857.

"González Bustamante, señala que sin duda alguna los constituyentes de 1857, conocían la institución del Ministerio Público y su desenvolvimiento en el derecho francés, pero no quisieron establecerla en México, -- por respeto a la tradición democrática". (96)

Las discusiones en el seno del constituyente, partió de una idea fundamental, que influenció vigorosamente el pensamiento de los legisladores. El diputado veracruzano José María Mata, sostuvo fogosamente que "la sociedad es para el individuo, y no el individuo para la sociedad", cuando alguien habló de que el Ministerio Público representaba los intereses de la sociedad.

(96) González Bustamante, Juan José; op. cit., pág. 67.

El diputado potosino Ponciano Arriaga, que tuvo tan destacada intervención, en las discusiones, propuso, que el artículo quedase redactado, en la siguiente forma: "en todo procedimiento del orden criminal, debe intervenir querrela o acusación de la parte ofendida o a instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad". El ofendido por el delito, podía ir directamente ante el juez, como denunciante o como querrelante, podía también hacerlo el Ministerio Público, sin que significase, -- que la institución, tuviese el monopolio exclusivo de la acción penal, que se concedía al ciudadano. La proposición de Arriaga fue rechazada, porque los miembros del congreso, palparon los graves inconvenientes que ocasionaría quitar al ciudadano, el derecho de ocurrir directamente ante el juez, -- quebrantando los principios filosóficos sustentados por el liberalismo, según se dijo al final, y el artículo fue declarado sin lugar a votar y se rechazó, no volviendo a mencionarse al Ministerio Público, en el curso de las discusiones. En cambio se estableció la institución de la Fiscalía en los Tribunales de la Federación.

g) La Ley de jurados de 15 de junio de 1879.

Esta ley establece, en sus artículos 4º y 8º, tres promotorías fiscales para los juzgados de lo criminal, los cuales tienen la obligación de promover todo lo conducente en la investigación de la verdad, interviniendo en los procesos desde el auto de formal prisión. Los promotores fiscales representan a la parte acusadora y los ofendidos por el delito, pueden valerse de ellos, para llevar las pruebas al proceso y en los casos en que no estuviesen de acuerdo con el promotor fiscal, solicitarán que se les

reciban las pruebas de su parte y el juez las admitirá o rechazará, bajo su responsabilidad.

"González Bustamante, señala que los promotores fiscales, a - que se refiere la ley de jurados de 1869, no pueden reputarse como verdaderos representantes del Ministerio Público; su intervención es nula en el sumario, porque el ofendido por el delito puede suplirlo y su independencia es muy discutible. Actuaban ante el jurado popular al abrirse el plenario para fundar su acusación y entre los requisitos, para la designación de promotor-fiscal, se señalaba la habilidad en la oratoria".⁽⁹⁷⁾

h) El Código de Procedimientos Penales de 1880.

"En opinión, de Javier Piña y Palacios, en este Código expedido por el Presidente Díaz, la institución del Ministerio Público, tomó cuerpo y se delineó adoptando francamente las características de la institución francesa".⁽⁹⁸⁾

En el capítulo primero, del título primero, del libro primero, de este ordenamiento, se halla determinada la finalidad de la policía judicial, entre cuyos miembros figura el Ministerio Público, expresándose en su artículo 11 que: "la policía judicial tiene por objeto la investigación de los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, -

(97) González Bustamante, Juan José, op.cit., pág. 69.

(98) Piña y Palacios, Javier, op.cit., pág. 62.

cómplices y encubridores"; precepto que diferenci6 por completo a la policia judicial de la preventiva, anteriormente mezcladas uniformemente en el cuerpo administrativo de policia. En el capitulo IV del mismo titulo y libro, - dedicado a reglamentar las funciones del Minsiterio P6blico, se encuentra de terminado el objeto de la instituci6n, tal y como se concebfa en aquella 6po ca, y es decir como auxiliar de la administraci6n de justicia y no como se - le conceptua en la actualidad, de magistratura independiente. El articulo - 28 de este ordenamiento, expresaba que: "el Ministerio P6blico es una magis- tratura instituida, para pedir y auxiliar la pronta administraci6n de justi- cia, en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales, los inte- reses de 6sta, en los casos y por los medios que sefalan las leyes". Y en - la reglamentaci6n que establece, el propio C6digo, de la instituci6n, es de- notarse especialmente la prevensi6n que pone a la policia administrativa, ba jo las 6rdenes del Ministerio P6blico para auxiliario en sus labores de per- secuci6n.

i) El C6digo de Procedimientos Penales de 1894.

El 22 de mayo de 1894, se promulg6 el segundo C6digo de Proce- dimientos Penales, que conserv6 la estructura del de 1880, corrigiendo los - vicios advertidos en la pr6ctica. Pero con tendencia a mejorar y fructifi- car la instituci6n del Ministerio P6blico y a reconocerle autonomfa e in- - fluencia propia en el proceso penal.

j) Ley Org6nica del Ministerio P6blico para el D. F. y Terri- torios Federales, de 1903.

En esta ley, dice González Bustamante, que aún se advierte -- una idea confusa en las funciones que corresponde desempeñar en el proceso penal al Ministerio Público. En el artículo primero, se expresa que el Ministerio Público, en el fuero común, representa al interés de la sociedad ante -- los tribunales del propio fuero, estando encomendado su ejercicio a los -- funcionarios que la ley designe. Se faculta al poder ejecutivo federal, para nombrar al funcionario del Ministerio Público, o encomendar a los particulares, la representación del gobierno para que gestionen el nombre de éste, ante los tribunales, lo que juzgaren conveniente. En el artículo tercero, - se enumeran las funciones que corresponden a la institución, entre las que - destacan las relativas a su intervención en los asuntos en que se afecta el interés público y de los incapacitados y en el ejercicio de la acción penal, quedándose supeditados a éstos, funciones tanto de agentes de la policía judicial, como de la policía administrativa.

"González Bustamante, señala que en esta ley, se contiene el primer intento para hacer practicar la autonomía del Ministerio Público, con relación a las jurisdicciones y para evitar que siguiese siendo una figura - secundaria, que sólo tuviese por objeto fiscalizar la conducta de los jueces y magistrados. Aunque fuese de una manera teórica, el Ministerio Público se convierte en titular del ejercicio de la acción penal, adquiere fisionomía - propia como representante de la sociedad y evita que los jueces lleven exclusivamente la dirección del proceso".(99)

(99) González Bustamante, Juan José; op.cit., pág. 72.

Javier Piña y Palacios, en el mismo sentido, que González Bustamante señala, que en virtud de este ordenamiento, adquiere el Ministerio Público, el carácter de un cuerpo social bien organizado, tal y como se concibe en la actualidad.

k) Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1908.

En esta ley se establece, que el Ministerio Público Federal, es una institución, encargada de auxiliar a la administración de justicia, en el orden federal de procurar la persecución, investigación y represión de los delitos, de competencia de los Tribunales Federales y defender los intereses de la federación, ante la Suprema Corte de Justicia, Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, dependiendo de sus funciones del poder ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Justicia.

l) La Constitución de 1917.

Para poder apreciar con claridad, cual fue el espíritu de la Reforma Constitucional de 1917 y la transformación que desde entonces sufrió la institución del Ministerio Público, es conveniente, señala González-Bustamante, exponer las razones que tuvo la primera jefatura del ejército -- constitucionalista, contenida, en la exposición de motivos del proyecto de Querétaro. Decía el Primer Jefe: "pero la reforma, no se detiene ahí, sino que propone una innovación, que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal, que durante tanto tiempo ha regido al país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias, de las leyes vigentes, tanto en el orden federal, como en el común han adoptado la institución del Ministerio Público,

pero esta adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquel, tiene un carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial, ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces, que ansiosos de renombre veían con positiva fruición, que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La nueva organización del Ministerio Público, a la vez, que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público, toda la importancia que le corresponde, "DEJANDO EXCLUSIVAMENTE A SU CARGO LA PERSECUCION DE LOS DELITOS. LA BUSQUEDA DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCION, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y LA APREHENSION DE LOS DELINCUENTES. CON LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO, TAL COMO SE PROPONE LA LIBERTAD INDIVIDUAL QUEDARA ASEGURADA, PORQUE SEGUN EL ARTICULO 16 , "nadie podrá ser detenido, sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla, sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige".

Al presentarse, para su discusión el artículo 21 Constitucional, en el seno del congreso, se turnó a una comisión integrada por los diputados, General Francisco J. Mujica, Luis G. Monzón, Enrique Recio y Lic. Alberto Roman y Enrique Colunga, para presentar su dictamen. El texto primitivo del proyecto enviado por el primer jefe, se hallaba redactado en los términos siguientes: "la imposición de las penas, es propia y exclusiva de la autoridad judicial, sólo incumbe a la autoridad administrativa, el castigo de las infracciones, de los reglamentos de policía y la persecución de los delitos, por medio del Ministerio Público y de la policía judicial, que estará a disposición de éstos".

Las ideas así expuestas resultaban confusas, pero la comisión, en el dictamen formulado, de 30 de septiembre de 1916, interpretó, el sentir de la primera jefatura, que no fue otra que quitar a los jueces, su carácter de policía judicial e hizo resaltar la importancia de la institución, poniéndola bajo el control y vigilancia del Ministerio Público, los comisionados hicieron notar la vaguedad que había en la redacción del artículo 21 del proyecto, pues se entendía, que era autoridad administrativa, la encargada de perseguir los delitos por medio del Ministerio Público, lo que hubiera originado, que la averiguación previa, continuase en manos de autoridades inferiores, resultando contrario a las ideas expresadas en la exposición de motivos. Los comisionados estimaron que la redacción del precepto debía de ser a la inversa, correspondiendo al Ministerio Público, el ejercicio de la acción penal y la persecución de los delitos ante los tribunales y a la vez ser el órgano de control y de vigilancia de la policía judicial en la investigación de los

delitos. Indicaban que: "desarrollando nuestra opinión acerca de la policía judicial, creemos que cualquiera que sea la forma en que la organicen los estados en uso de su soberanía, siempre habrá necesidad, que las autoridades municipales, además de sus propias funciones ejerzan funciones de policía judicial, siendo auxiliares del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus obligaciones, pero en el ejercicio de tales funciones deben quedar subalternadas al Ministerio Público. "Era claro, el pensamiento de la comisión, al entender que la policía judicial, desempeñaba una función pública, encomendada a las autoridades administrativas, cuando las necesidades lo ameritaran, pero sujeta al control y a la vigilancia del Ministerio Público, con el propósito de evitar, que los actos de policía, se siguiesen levantando en forma arbitraria en perjuicio de los ciudadanos.

Por ello propuso, que el artículo 21, quedase redactado en -- los siguientes términos: "la autoridad administrativa ejercerá las funciones de policía judicial que le imponen las leyes, quedando subalternada al Ministerio Público, en lo que se refiere exclusivamente al desempeño de dichas funciones". Iniciada la discusión, fue el señor diputado Felix F. Palavicini, quien llamó la atención a la Asamblea, sobre la importancia que tenía la creación de la policía judicial en el proyecto del Primer Jefe, indicando -- que se trataba de una policía judicial especial que la comisión no había tomado en cuenta. El comisionado Mujica expresó que fue necesario algunas modificaciones al texto primitivo, porque resultaba contradictorio con las --- ideas contenidas en la exposición de motivos. El diputado Alberto M. González, hizo notar que la idea de la primera jefatura no era establecer una po-

licia judicial especial y con clara visión del problema, el señor diputado - Don Paulino Machorro Narvaéz, observó que la discusión se había desviado por una mala interpretación; que la autoridad administrativa y el Ministerio Público son dos entidades distintas, lo que resulta inexacto porque el Ministerio Público es parte de la autoridad administrativa y el proyecto del Primer Jefe no hace sino establecer el órgano de la autoridad administrativa a ---- quien encomiendan las funciones de policía judicial.

En el debate intervinieron los diputados Mujica, Alberto M. González, Dávalos, Macías, Machorro Narvaéz, Colunga y Jara; sosteniéndose - que la policía judicial a que se refería el proyecto de la primera jefatura, constituía una función encaminada a la investigación de los delitos con exclusión total de los órganos jurisdiccionales; que no se pretendía crear nuevos organismos policiacos en la república o cuerpos especiales de policía judicial, y el pensamiento de la asamblea, se condensó con las ideas expresadas por el diputado Jara, de que no era posible que se tratase de imponer a los municipios la creación de un policía judicial especial, tomando en cuenta los escasos recursos de que disponían que les impedía siquiera contar con un servicio de policía preventiva. "Yo encuentro conveniente, argumentaba - Jara, que la policía preventiva asuma funciones de policía judicial para que su acción sea más eficaz y a la vez quede más independiente, a reserva de -- que en las partes donde no se pueda sostener el cuerpo de policía preventiva, por la penuria en que se encuentran principalmente los pequeños poblados, se admita la idea en el sentido de que la policía administrativa asuma las funciones de la policía judicial.

Retirado el artículo 21 por la comisión con el objeto de modificarlo de conformidad con el sentir de la Asamblea, se presentó en la sesión celebrada el 12 de mayo de 1917, con la siguiente redacción: "también incumbe a la propia autoridad (la administrativa), la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y de la policía judicial, que estará a la disposición de éste". Pero el diputado Colunga, se manifestó inconforme con la redacción del proyecto y formuló su voto particular proponiendo -- que el artículo quedase redactado en los siguientes términos: "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel". La Asamblea rechazó la redacción del artículo como lo propuso la mayoría y aceptó el voto particular del señor diputado Enrique Colunga.

Como consecuencia de la Reforma Constitucional introducida a los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de la República de 1917, la institución del Ministerio Público, quedó sustancialmente transformada con arreglo a las siguientes bases:

1.- El monopolio de la acción penal corresponde exclusivamente al Estado y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio, es el Ministerio Público;

2.- De conformidad con el pacto federal, todos los estados de la república deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, estable-

ciendo en sus respectivas entidades la institución del Ministerio Público;

3.- Como titular de la acción penal, el Ministerio Público -- tiene las funciones de acción y de requerimiento, persiguiendo y acusando ante los tribunales a los responsables de un delito; el juez del penal no puede actuar de oficio, necesita que se lo pida el Ministerio Público;

4.- La policía judicial, tiene a su cargo la investigación de los delitos, la búsqueda de las pruebas y el descubrimiento de los responsables y debe estar bajo el control y vigilancia del Ministerio Público, entendiéndose que la policía judicial constituye una función; que cualquier autoridad administrativa facultada por la ley, puede investigar delitos, pero -- siempre que esté bajo la autoridad y mando inmediato de los funcionarios del Ministerio Público;

5.- Los jueces de lo criminal pierden su carácter de policía-judicial, no están facultados para buscar pruebas por iniciativa propia y sólo desempeñan en el proceso penal funciones decisorias.

6.- Los particulares no pueden ocurrir directamente ante los jueces como denunciantes o como querellantes. En lo sucesivo, lo harán precisamente ante el Ministerio Público para que éste, dejando satisfechos los requisitos legales, promueva la acción penal correspondiente. En materia federal el Ministerio Público es el consejero jurídico del ejecutivo y es además el promotor de la acción penal que debe hacer valer ante los tribunales-

y el jefe de la policía judicial en la investigación de los delitos; también interviene en las cuestiones en que se interesa el Estado y en los casos de los menores incapacitados, deja de ser figura decorativa a que se refería la exposición de motivos de la primera jefatura y su actuación es imprescindible para la apertura del proceso penal; tiene a su cargo la vigilancia en la --- pronta y recta administración de justicia. En el período de averiguación -- previa ejerce funciones de autoridad en la búsqueda de las pruebas que han - de servirle para el ejercicio de la acción penal, desde el momento en que pro mueve la acción ante los tribunales pierde su carácter de autoridad y se con vierte en parte. Interviene también en la ejecución de la sentencia como ór gano de consulta.

El Ministerio Público, es un organismo independiente y sus -- funcionarios están sujetos a una sola unidad de mando y de control: el procu rador de justicia. Debe intervenir en el procedimiento penal desde las primeras diligencias, solicitar las órdenes de aprehensión contra los que apa-- rezcan responsables, buscar y presentar las pruebas que acrediten su respon- sabilidad, pedir la aplicación de las penas y cuidar porque los procesos pe- nales sigan su marcha normal.

m) Las leyes orgánicas del Ministerio Público, en materia fe- deral y común de 1919.

En ésta se consagran en su articulado, las ideas expuestas en lo relativo a la Constitución de 1917 y facultan a los agentes del Ministe-- rio Público para desistirse de la acción penal intentada, previo acuerdo ex-

preso del procurador, que antes escuchará el parecer de sus agentes auxiliares. En el artículo 26, de la ley Orgánica del Ministerio Público; en materia común se dispone, que cuando un agente del Ministerio Público no presentará acusación por los hechos que un particular lo hubiere denunciado como delitos, el interesado podrá ocurrir al Procurador General de Justicia, quien oyendo el parecer de los agentes auxiliares, decidirá en definitiva si debe ejercitarse o no la acción penal, y que contra su negativa, no procede otro recurso que el extraordinario de amparo y el de responsabilidad.

Esto es importante, en virtud de que constituye, la espina dorsal, de nuestro trabajo, pero por ahora sólo se menciona, ya que en el capítulo siguiente, analizaremos minuciosamente este controvertido problema.

El Ministerio Público, en la ley de 1919, se organiza de la manera siguiente: un procurador, como jefe nato del Ministerio Público, seis agentes auxiliares del procurador y los agentes adscritos a los juzgados civiles penales del partido judicial de México y de los demás partidos judiciales en el D.F., y en los territorios.

De acuerdo con el principio de unidad y de control, los funcionarios del Ministerio Público, en el desempeño de sus atribuciones, debía sujetarse a las instrucciones recibidas del Procurador y pedirías expresamente en los negocios en que lo estimaren conveniente. Cuando las instrucciones recibidas, difiriesen de su opinión personal, lo harán del conocimiento del Procurador de Justicia y si éste insistiere en su parecer, se sujetarán-

a sus indicaciones. Los agentes auxiliares del Procurador, estarán en guardia diariamente por parejas, para recibir las denuncias, querellas y consignaciones y decidir si las pruebas obtenidas son suficientes para el ejercicio de la acción penal, turnando las diligencias de los jueces competentes. A la policía judicial se le menciona de un modo limitativo haciéndola depender del Ministerio Público.

n) Ley Orgánica del Ministerio Público de 1929.

Correspondió al entonces Procurador General de Justicia del Distrito, Lic. Don José Aguilar y Maya, la expedición de esta ley el 2 de agosto de 1929.

"En opinión de González Bustamante, constituye esta ley el -- primer intento formal para adaptar el funcionamiento del Ministerio Público y de la policía judicial a los dictados de la carta fundamental de la república". (100)

"Don José Aguilar y Maya, sostenía, que no importaba para los efectos de un nombramiento de un funcionario, que dependa de un órgano determinado, ni que sean inamovibles, nombrados por tiempo fijo o removidos libremente. Lo fundamental añade el autor, es que su actividad esté reglamentada y controlada por la ley, de modo que sólo les esté permitido obrar dentro de lo mandado por ella, con la consecuencia de su responsabilidad personal, por todo desacato de la misma, sea realizando actos que la ley no autorice u omitiendo los que ordena". (101)

(100) González Bustamante, Juan José, op. cit., pág. 80.

(101) Aguilar y Maya, José, citado por Briseño Sierra Humberto, op.cit.pág. 101.

Por otro lado, Don José Aguilar y Maya, señala como funciones fundamentales del Ministerio Público, las siguientes: velar por los intereses del Estado, ejercer la acción penal ante los tribunales, cuando lo juzgue debido conforme a la ley, desempeñar las funciones de consejero jurídico del gobierno y vigilar por el respeto de la legalidad, por parte de los funcionarios públicos, con la obligación de poner en movimiento los órganos judiciales, para hacer que se exijan las responsabilidades de orden civil o penal en que incurren en el desempeño de un cargo oficial". (102)

n) Ley Orgánica del Ministerio Público de 1934.

Al expedirse esta ley, la principal preocupación del titular, que lo era el señor licenciado Emilio Portes Gil fue acomodar la organización del Ministerio Público, al espíritu del artículo 102 Constitucional, en virtud, de que ésta entonces sólo había intervenido en la promoción de la acción penal y en la representación de los intereses del Estado mexicano desentrañando una función tan importante como es la de consejero jurídico del gobierno.

El Lic. Portes Gil, basado en el estudio que representó al -- congreso jurídico nacional en el año de 1932, respecto de la función constitucional que desempeña el Procurador General de la República, como jefe del Ministerio Público, hizo hincapié en los que desempeñan como consejero jurídico de gobierno y apoyándose en antecedentes del derecho constitucional norteamericano, hizo notar la necesidad existente de cuidar el aspecto jurídico,-

(102) Ibidem; pág. 102.

en los asuntos del ejecutivo, evitando la anarquía en materia legislativa, - de tal forma que toda cuestión de derecho que surja en la administración pública, antes de alcanzar la sanción definitiva del Jefe de Estado, debe contar con la opinión del Procurador y de sus agentes mediante la supervisión - legal de la labor desarrollada por todos los abogados del gobierno.

o) Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1941.

La ley Orgánica de 1934, fue derogada, por la ley orgánica de 1941 que entre sus funciones primordiales establece vigilar porqué las autoridades del país sean federales o locales, cumplan estrictamente con los preceptos de la Constitución Federal. La nueva ley Orgánica conservó en lo general la estructura de la ley derogada, estableció entre las facultades del Procurador, emitir su consejo jurídico en el orden estrictamente técnico y -- constitucional respecto de los asuntos que lo ameriten y que sean tratados - en el consejo de ministros, dictaminando en los negocios del Ejecutivo Federal en que se ordene o solicite un consejo o intervenir en la designación de funcionarios judiciales, expresando su sentir respecto al propuesto, cuando fuese invitado por la Suprema Corte de Justicia.

"A estima de González Bustamante, es lamentable, que esta ley, hubiese conservado en su articulado el desistimiento de la acción penal, ya- que no existe fundamento doctrinal, ni legal para que el Ministerio Público, esté facultado para desistirse de la acción penal, una vez ejercitada y debe procurarse que los tribunales tengan toda la dignidad y toda la responsabi- lidad a que se refiere la exposición de motivos del proyecto de Constitución -

de 1917, lo que no es posible continúa el autor citado, privándolos de declarar si el hecho es o no delito y convirtiendo la acción penal en un derecho y a su titular en el árbitro supremo del proceso". (103)

Cabe señalar, que el razonamiento expuesto por González Bustamante, es muy valioso, pero nuestros comentarios al respecto los dejamos para el siguiente capítulo.

p) La Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales de 1954.

Esta ley, fue promulgada, cuando el Procurador General de la República era el señor licenciado Don Carlos Franco Sodi.

En esta ley se establecen las facultades y obligaciones de la institución del Ministerio Público, así como el personal que la forma, encabezado por el Procurador General de Justicia, imponiendo los requisitos que deben reunir los aspirantes en dicha institución, en su artículo 19 señala, entre otras cosas, que son facultades y obligaciones de los agentes auxiliares dictaminar los asuntos que el Procurador deba decidir: a) sobre procedencia del desistimiento de la acción penal; b) sobre formulación de conclusiones de no acusaciones, y c) sobre la falta de elementos para ejercitar la acción penal.

q) Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1955.

(103) González Bustamante, Juan José, op. cit. pág. 83.

En esta ley, se especifican claramente las atribuciones del Ministerio Público Federal y da los lineamientos de organización del personal que debe integrar la institución, apuntando los requisitos que deben llevar los agentes del Ministerio Público Federal, marcando un orden enumerativo de suplencias en su artículo 11, que culmina cuando en sus fracciones VI y VII, indica que en aquellos lugares en que no exista agente del Ministerio Público Federal, lo suplirá el funcionario de mayor jerarquía que pertenezca a la Secretaría de Hacienda, y de no existir ahí este tampoco, la suplencia corresponderá al funcionario de mayor categoría dependiendo de la dirección general de correos. En el capítulo relativo a las facultades y obligaciones del Procurador General de la República, se encuentra la de resolver en definitiva, oyendo el parecer de los agentes auxiliares del departamento de control de procesos y consulta en el ejercicio de la acción penal; y del subprocurador que corresponda en los siguientes casos: cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal, se consulte el desistimiento de la acción penal; se formulen conclusiones de no acusación; y cuando al formularse las conclusiones no se comprenda algún delito que resulte probado durante la instrucción; o si fueren contrarias a las constancias procesales o si en ella no se cumplieren con los requisitos que establece la ley procesal.

r) Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del -- Distrito y Territorios Federal, de 1971.

En términos generales esta ley conserva el formato de estilo de las leyes anteriores, con las adaptaciones necesarias a la época de su expedición, incluyendo en las atribuciones del Ministerio Público, su interven

ción, en los términos de la ley, en la protección de incapaces y en los procedimientos del orden familiar que se ventilen ante los tribunales respectivos, por estimar que los asuntos de esta índole son de interés público.

s) Ley de la Procuraduría General de la República, de 1974.

"Franco Villa, dice que esta ley cambia su denominación y que con mejor técnica trata de ampliar y perfeccionar sus dependencias, señalando en el capítulo de las atribuciones y organización que el Procurador General de la República será el titular de la Procuraduría y presidirá el Ministerio Público Federal, y que a él corresponde resolver en definitiva en los casos de no ejercicio de la acción penal, desistimiento de la misma y cuando se formulen conclusiones inacusatorias, con el auxilio de los subprocuradores quienes revisarán los dictámenes que se emitan por los agentes de la Dirección General de Control de Procesos y Consultas en el ejercicio de la acción penal". (104)

t) Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del -- Distrito Federal de 1977.

Esta ley Orgánica substituyó, a la ley de diciembre de 1971, estableciendo en su artículo primero, un mayor número de funciones que amplía la competencia del Ministerio Público, agilizando su investigación con la inmediata intervención de la policía judicial en los casos de urgencia y que además los amerite el delito denunciado, incluyendo como auxiliar de la investigación a la policía preventiva del Distrito Federal. En la propia --

(104) Franco Villa, José, op.cit., pág., 73.

ley se advierte la creación de varias dependencias con el propósito de atender eficazmente las necesidades de la institución, tales como la Oficialía Mayor, la Visitaduría General, la Dirección General de Auxiliares del Procurador, etc. Por lo demás señala Franco Villa, esta ley sigue los patrones comunes de las anteriores leyes del Ministerio Público.

u) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1984.

Esta ley fue puesta en vigor con fecha 10 de marzo de 1984, - siendo Procurador de la República el señor doctor Sergio García Ramírez, ley que actualmente se encuentra en vigencia.

"La ley se adiciona, dice Franco Villa, con el calificativo de "Orgánica", pues verdaderamente organiza, de conformidad con los artículos 21 y 102 Constitucional, las atribuciones y el funcionamiento de la Procuraduría deslindando con cuidado la materia que debe ser recogida en la ley de aquella otra que ha de ser regulada en su reglamento, logrando claridad y seguridad en las atribuciones y al mismo tiempo modernidad y dinamismo en el despacho de éstos". (105)

El autor citado, señala que en la ley Orgánica que se analiza, se advierte un cambio sustancial de técnica normativa al sistematizar y definir las atribuciones básicas de la institución, dentro de las que destacan las siguientes: a) ampliación de la misión jurídica del Ministerio Público;-

(105) Ibidem, pág. 75.

b) modificación de anteriores prevenciones de colaboración entre autoridades federales y locales que intervienen en la procuración de justicia, estipulando la celebración de convenios; c) intensificación de la presencia y la actividad del Ministerio Público Federal como parte en el juicio del amparo; d) ampliación de funciones de la Procuraduría General de la República, como receptora de quejas e instancias de los ciudadanos y encausadora de éstos hacia las autoridades competentes, con la orientación legal que proceda; e) intervención de la nueva Dirección General Técnica Jurídica, para dictaminar las resoluciones de no ejercicio de la acción penal, así como aquellas otras que determinen un cambio trascendente en materia del proceso, como son las conclusiones no acusatorias y las consultas que el Ministerio Público formule; f) creación de delegaciones de circuito como órganos desconcentrados jurídica y administrativamente, es decir, se trata de unidades dotadas de autonomía para conocer y resolver asuntos, con apego a las directrices e instrucciones, que rige la Procuraduría; g) promoción de la pronta, expedita y debida impartición de la justicia y la intervención en los actos que sobre esta materia prevea la legislación acerca de la planeación del desarrollo; h) cumplir con las actividades requeridas, en el ámbito de su competencia, por el sistema de planeación democrática; i) intervención en controversias que se susciten entre dos o más Estados de la Unión, entre un estado y la federación o entre los poderes de un mismo Estado o bien, en los casos de diplomáticos y cónsules generales, emitiendo un dictamen jurídico sin efectos vinculares y requerimientos de las partes; j) selección y capacitación de servidores públicos para garantizar la eficaz y honesta procuración de justicia; y k) señalamiento de los requisitos necesarios para la expedición de constan-

cias de actuaciones o registros que obren en su poder.

"Por último Franco Villa, hace notar, la desaparición de la facultad del Ministerio Público, para desistirse de la acción penal, una vez ejercitada, pues era una atribución detentada por el procurador, en contra -- del espíritu del artículo 21 Constitucional". (106)

E) Breve Análisis del Artículo 21 de la Constitución General de la República.

"Ignacio Burgoa, señala que lo preceptuado en el artículo 21 de la Constitución General de la República, es una garantía de seguridad jurídica, entendiéndolo por ésta, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria, para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el Summum, de sus derechos subjetivos". (107)

Del precepto citado se desprenden, las garantías específicas de seguridad jurídica siguientes:

a) La primera de ellas, consiste en que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Esta disposición constitucional asegura al individuo el derecho subjetivo, en el sentido de que ninguna autoridad estatal, que no sea la judicial, esto es ninguna sanción -

(106) Ibidem, pág. 76.

de las que verbigracia, conceptúa como tal el artículo 24 del Código Penal - para el D. F.

"Esta garantía de seguridad, indica Burgoa, engendra para -- los órganos autoritarios, formalmente administrativos o legislativos, la -- obligación negativa, en aras del gobierno, consistente en no imponerle ninguna sanción, que tenga el carácter de pena en los términos de los diversos orodenamientos penales sustantivos". (108)

La imposición de las penas, o sea, de las sanciones, que como tales están reputadas en el citado artículo 24, así como en los distintos -- cuerpos de leyes imperantes en las diferentes entidades federativas sobre -- esa materia jurídica; es pues una función que está reservada a las autoridades judiciales, con exclusión de todo órgano autoritario de cualquier otra -- índole.

Para los efectos del artículo 21 Constitucional, dice Burgoa, que se entiende por autoridades judiciales, aquellas que lo son desde un punto de vista formal, es decir Constitucional o legal; en otras palabras, un -- órgano del Estado tiene el carácter de judicial, cuando integra o forma parte, bien del poder judicial federal. de acuerdo con la ley suprema y la ley-orgánica respectiva o bien del poder judicial de las diferentes entidades federativas de conformidad con las distintas leyes orgánicas correspondientes. Por ende no obstante, que una autoridad formalmente administrativa, desempeña una función jurisdiccional, (como sucede por ejemplo, con las juntas de -

(108) Ibidem, pág. 639.

conciliación y arbitraje); está impedida para imponer pena alguna por no tener el carácter de "judicial", en los términos expresados con antelación.

"En síntesis, señala Burgoa, la imposición de las penas, está condicionada a los siguientes requisitos fundamentales:

1.- Que sea llevada a cabo por la autoridad judicial.

2.- Que sea el efecto o consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional, desplegado por dicha autoridad y traducido en "decir el derecho", en el caso concreto de que se trate, mediante la resolución de un conflicto previo producido por el hecho delictivo".⁽¹⁰⁹⁾

b) La otra garantía de seguridad jurídica, que consagra el artículo 21 Constitucional, en materia penal, y que en realidad es la que más nos interesa, es la consistente, en que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. De acuerdo con esta disposición, el gobernado no puede ser acusado sino por una entidad autoritaria especial, que es el Ministerio Público; consiguientemente, mediante esta garantía queda -- eliminado el proceder oficioso, inquisitivo del juez, quien no puede actuar en el establecimiento de los delitos y en la determinación de la responsabilidad penal de los autores, siempre vía acusación del Ministerio Público. Así mismo según tal garantía, el ofendido por un delito debe ocurrir siempre

(109) Ibidem, pág. 640.

a la institución del Ministerio Público, bien sea federal o local, en sus -- respectivos casos, para que se le haga justicia, esto es para que se imponga al autor del hecho delictivo la pena correspondiente y se le condene a la reparación del daño causado al querellante.

Este artículo 21 Constitucional, está corroborado por el artículo 102 de la ley suprema, el cual al referirse en especial a la facultad - del Ministerio Público Federal expresa en su párrafo segundo: "estará a cargo del Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal y por lo mismo a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los reos; buscar y presentar pruebas que acrediten las responsabilidades de éstos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad, para que la Administración Suprema de -- Justicia sea pronta y expedita; pedirá la aplicación de las penas e intervendrá en todos los negocios que la misma ley determinare.

La persecución de los delitos, como ya se señaló, se manifiesta en dos períodos:

1) El denominado de averiguaciones o investigaciones previas, que está integrado por diligencia de comprobación de los elementos consignados en el artículo 16 Constitucional, para el libramiento judicial de la orden de aprehensión, diligencias que se llevan a cabo exclusivamente ante el Ministerio Público, en forma secreta o en su defecto ante las autoridades -- que tengan facultades legales de policía judicial; y

2) Aquel período, en que el Ministerio Público, figura como parte en el procedimiento judicial, tendiente a la determinación de la pena correspondiente, procedimiento que se inicia con el ejercicio de la acción penal ante el juez competente.

Tanto las diligencias de investigación, como el ejercicio de la acción penal y la facultad acusatoria, son propias y exclusivas del Ministerio Público, de tal manera que los jueces que conocen de un proceso penal, en la generalidad de los casos, no pueden oficiosamente allegarse elementos de prueba de un delito o de la responsabilidad del acusado, ni iniciar sin el previo ejercicio de la acción, ni continuar el procedimiento, si ha habido desistimiento de éstas por parte de su titular constitucional o conclusiones de su acusación.

"Burgoa, dice, que la titularidad exclusiva en favor del Ministerio Público, acerca de la facultad investigadora de los delitos y de la acción penal, es relativamente reciente, pues fue hasta el año de 1903, cuando a dicha institución, se le concibió bajo los perfiles autónomos de la jurisdicción, que actualmente ostenta y como entidad de averiguación de los hechos delictivos y perseguidora de los delincuentes. Sin embargo continúa el autor, pese a la adopción del Ministerio Público con anterioridad a la Constitución de 1917, es en este documento, donde se le dió vida efectiva en aras del principio acusatorio en materia judicial penal y en cuya observancia se ha fincado la imparcialidad de la administración de justicia criminal". (110)

(110) Ibidem, pág. 500.

"Por su parte Rafael de Pina, señala, que la aplicación del sistema del monopolio oficial del ejercicio de la acción penal ha dado - en México resultados nada satisfactorios; es esta una realidad, que no puede desconocer nadie que tenga algún contacto con la vida forense del país. ¿Porqué, pues empeñarse en mantenerlo? ¿porqué, pues, no abordar el problema en los términos, que aconsejan la experiencia propia como la ajena?. Pero - la resolución de los problemas que plantea el sistema del monopolio del ejercicio de la acción penal conferido al Ministerio Público corresponde al legislador, no al juez, no se trata de llenar por vía jurisprudencial una laguna de la ley, sino de modificar una realidad legal que presenta grandes inconvenientes, y esto compete, insistimos al poder legislativo, no al poder judicial. La separación de los poderes del Estado constituye una garantía de la que no se puede prescindir sin caer en un totalitarismo más o menos -- consciente!"⁽¹¹¹⁾

De lo expuesto, podemos concluir:

1.- Que el monopolio de la acción penal por el Ministerio Público, legitimado por el artículo 21 Constitucional, es el único facultado - para ejercitar la acción penal y en consecuencia al órgano jurisdiccional para que resuelva, sobre la responsabilidad del presunto culpable.

2.- Que se acabaron los tiempos en que el juez de oficio investigaba los delitos y juzgaba en un mismo momento, con la inclusión del artículo 21 Constitucional, se le ha devuelto, la altísima dignidad al juzga--

(111) De Pina Rafael, op.cit., pág. 112.

dor, en el sentido que éste sólo tiene que cumplir su obligación, para lo cual fue creado, que consiste en juzgar y no desvirtuando su naturaleza, como en tiempos pasados, que pertenecía a la policía judicial y perseguía delictos como un verdadero inquisidor.

F) Principios que Caracterizan al Ministerio Público.

Se atribuyen al Ministerio Público, las características siguientes:

a) Imprescindibilidad; esto significa que ningún tribunal puede funcionar sin que haya algún agente del Ministerio Público en su adscripción ningún proceso puede seguirse, (ni aún prácticamente iniciarse), sin la intervención del Ministerio Público, todas las resoluciones del juez o tribunal se le notifican.

"En una palabra, indica Borja Osorno, aunque el término repugne al Código de Procedimientos Italianos, el Ministerio Público es sujeto imprescindible, en todo procedimiento judicial penal y su falta de apersonamiento oportuno (se entiende apersonamiento legal, no precisamente material), en cualquier asunto nulificaría cualquier resolución judicial".⁽¹¹²⁾

b) Unidad; se dice que el Ministerio Público es uno porque representa a una sola parte: la sociedad. De aquí el axioma de que a plurali-

(112) Borja Osorno Guillermo, op. cit., pág. 84.

dad de miembros corresponde la indivisibilidad de funciones. Los representantes del Ministerio Público, que intervengan en una causa pueden ser muchos y de diferentes adscripciones y aún jerarquías; por su personalidad y representación es siempre única e invariable porque es la misma y única persona representada.

"Julio Acero, dice que podría suceder, que unos agentes del Ministerio Público sustituyan a otros en el curso de un proceso y aún durante la práctica de una sola diligencia sin formalidad alguna. Esto puede hacerse perfectamente en teoría dice el autor, porque basta el carácter de representante social para poder intervenir en toda clase de procesos y las distribuciones y adscripciones que se hayan hecho con tales representantes asignado a cada uno determinados tribunales o territorios, no tiene más que un carácter meramente económico y práctico para facilitar la división de su trabajo que puede hacer valer en todo asunto del ramo". (113)

De lo expuesto se desprende también, que los agentes del Ministerio Público, tienen personería directa y no simplemente delegada o sustituida por su jefe que es el Procurador de Justicia, resultando inadmisibles, que sólo éste, conforme a lo que afirman otros comentaristas, sea el que verdaderamente goza de la plena representación social y pueda transmitirla o retirarla arbitrariamente a sus subordinados reformando o revocando sus promociones, pues aunque esto último lo admite la ley en muy contados casos (particularmente el de las conclusiones no acusatorias), en general no puede im-

(113) Acero Julio, op. cit., pág. 34

pedirse el efecto de las peticiones u omisiones de cualquier agente del Ministerio Público, aunque haya obrado contra las instrucciones de su superior que en lo particular por razones de orden y disciplina debiera obedecer, sin embargo no faltan opiniones en contrario.

c) Prerrogativas;

1.- De independencia; el Ministerio Público es en sus funciones independiente de la jurisdicción a que está adscrito, de la cual por razón de su oficio no puede recibir órdenes ni censuras porque en virtud de -- una prerrogativa personal, ejerce por sí, sin intervención de ningún otro Magistrado de la acción pública.

2.- La irresponsabilidad tiene por objeto proteger al Ministerio Público, contra los individuos que él persigue en juicio, a los cuales no se les concede ningún derecho contra los funcionarios que ejercen la acción penal aún en el caso de ser absueltos.

"Acero señala, que esto no quiere decir que puedan obrar a su capricho o que no se les pueda perseguir por violación a la ley o infracciones de sus deberes". (114)

3.- La irrecusabilidad; es otra prerrogativa acordada por la ley del Ministerio Público, porque de no ser así su acción que es incesante, e interesa directamente a la sociedad, podría ser frecuentemente entorpecida

(114) ibidem; pág. 35.

si el inculgado se concediera el derecho de recusación; sin embargo el Ministerio Público, tiene el deber de excusarse por los motivos establecidos - en el Código de Procedimientos Penales, motivos que la ley califica de impedimentos.

"Borja Osorno, señala que la irrecusabilidad se funda además, en que siendo parte el Ministerio Público en el juicio y no estando por eso en rigor obligado a ser estrictamente imparcial, sería absurdo que como tal - se le tachara, así como es inadmisibles que el deudor demandado recuse a su -- acreedor demandante por tener esa calidad". (115)

d) Buena fe; "Acero señala, que se dice que la misión del Ministerio Público es de buena fe, en el sentido, de que no es su papel, el de ningún delatador, inquisidor, ni siquiera perseguidor o contendiente forzoso de los procesados". (116)

Su interés no es necesariamente el de la acusación o la condena, sino simplemente el interés de la sociedad: la justicia. Precisamente - como a la sociedad le interesa tanto el castigo del culpable como la inmunidad del inocente; el Ministerio Público no puede ser adversario sistemático del procesado y en este sentido es como quiere el Código Italiano que no se le denomine parte en el proceso por sugerir ese nombre una oposición de derechos semejante a la contienda civil que no es regla en lo penal.

(115) Borja Osorno, Guillermo; op. cit., pág. 88.

(116) Acero, Julio; op. cit., pág. 35.

Por el contrario indica Acero, el interés social puede coincidir con el de los enjuiciados en muchas ocasiones y es entonces un deber del Ministerio Público no sólo no oponerse a la defensa, sino apoyarla francamente y en todo caso presentar y promover tanto las pruebas de cargo, como las de descargo y sostenerlas conforme a la ley y a su convicción de conciencia, sin atenerse ni cegarse con un criterio sectario, como desgraciadamente sucede a menudo, por lo demás el Ministerio Público no está revestido de potestad propiamente decisoria.

6) Atribuciones del Ministerio Público.

La Constitución General de la República instituye el Ministerio Público y precisa su atribución esencial; las leyes orgánicas lo estructuran y organizan, señalando además con cierto detalle las actividades que le corresponden.

Aunque del artículo 21 Constitucional se desprende su atribución fundamental, en la vida práctica no sólo persigue el delito; su actuación también se extiende a otras esferas de la administración pública.

De acuerdo con el texto Constitucional, tomando en cuenta el espíritu que animó al constituyente del 17 para instituirlo, el Ministerio Público representa a la sociedad ofendida por el delito y para cumplir su cometido, ahonda sus raíces en la sociedad misma auscultando sus palpitaciones para llevar el producto de sus impresiones al laboratorio, a las oficinas y-

por medio de un proceso de decantación legal, da forma al ejercicio de la función específica que el Constituyente del 17 señaló, estas son palabras -- del maestro Colín Sánchez.

Consecuentes con la norma Constitucional, las leyes que la organizan, los demás textos legales y la jurisprudencia, otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal; sin embargo, prácticamente, la esfera de acción del Ministerio Público se extiende más allá del ámbito del derecho penal, siendo notable su intervención en materia civil, en cuestiones de tutela social, representando a los incapacitados o ausentes y en algunas otras situaciones en las que son afectados los intereses del Estado (tal es el caso del Ministerio Público Federal y del Ministerio Público Local de algunas entidades federativas).

En términos generales, se puede decir que tiene encomienda -- también la delicada misión de preservar a la sociedad del delito.

De lo apuntado, señala Colín Sánchez, que el Ministerio Público tiene asignadas las funciones específicas siguientes:

a) En el derecho penal. Aunque durante el desarrollo de este trabajo prácticamente, se ha dicho todo en esta materia, consideramos necesario señalar, que el Ministerio Público, primordialmente debe preservar a la sociedad del delito y en ejercicio de sus atribuciones como representante de la misma, ejercitar las acciones penales. Dentro de este campo realizará-

las siguientes funciones específicas: 1) investigadora; 2) persecutorias; y 3) en la ejecución de sentencias.

b) El derecho civil. En materia civil, fundamentalmente tiene encomendada, una función derivada de leyes secundarias en aquellos asuntos en los cuales el interés del Estado debe manifestarse para la protección de ciertos intereses colectivos o cuando estos mismos requieren por su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial.

c) En materia de amparo y como consejero del ejecutivo. En el juicio Constitucional, el Ministerio Público, interviene siempre para preservar el imperio de la legalidad, pues en los términos de los artículos 107 fracción XV de la Constitución General de la República y 5ª fracción IV de la Ley de Amparo, aquél es parte en el juicio de amparo, si bien puede abstenerse de intervenir, cuando el asunto carezca a su juicio de interés público.

"Ignacio Burgoa, dice que la intervención concreta que tiene el Ministerio Público en los juicios de amparo, se basa en el fin primordial que debe perseguir, éste es velar por la observancia del orden Constitucional y específicamente, vigilar y propugnar el acatamiento de los preceptos Constitucionales y legales que consagran, las garantías individuales y que establecen el régimen de competencia entre la federación de los estados, por tal motivo el Ministerio Público Federal, no es como la autoridad responsable y el tercero perjudicado o la contraparte del quejoso en el juicio de amparo, sino una parte equilibrada de las pretensiones de los demás, desde el punto-

de vista Constitucional y legal". (117)

Concluye Burgoa, que como parte autónoma en el juicio de amparo, el Ministerio Público, tiene una propia intervención procesal por lo que le competen todos y cada uno de los actos procesales referibles a la actividad de las partes.

Nosotros consideramos exacto y valioso, lo señalado en la fracción IV del artículo 5º de la ley de Amparo y al efecto compartimos la idea expuesta por el maestro Burgoa, en el sentido de que el Ministerio Público sea una parte equilibradora.

En lo que se refiere a las funciones del Ministerio Público, como consejero jurídico del ejecutivo, junto con el Procurador General de la República, es importante evocar aunque sea en forma muy general, aquel célebre debate, en el año de 1932, entre el que fuera Presidente de la República y Procurador General de la República Emilio Portes Gil y el suspicaz jurista Luis Cabrera. Aquél sostuvo razonablemente con apoyo en la indispensable --responsabilidad y subordinación a la ley por parte de todos los funcionarios, la doble misión Constitucional del Ministerio Público Federal: por un lado, como encargado exclusivo del ejercicio de la acción penal; y por el otro y - en lo que respecta al Procurador como consejero jurídico del ejecutivo, a su vez también razonadamente Cabrera señaló la incompatibilidad de ambas funciones y propuso confiárlas a órganos diferentes del Ministerio Público, ajeno-

(117) Burgoa Ignacio, "EL JUICIO DE AMPARO", 21ª edición, Editorial Porrúa, S. A., 1984, México, D.F., pág. 348.

al poder ejecutivo, vigilante del cumplimiento de la Constitución y de la ley y el abogado o Procurador General de la Nación, órgano del ejecutivo, con categoría de Secretario de Estado, consejero jurídico del gobierno, representante judicial de la federación y de las dependencias del ejecutivo y jefe nato de los departamentos jurídicos de éstas.

Nosotros consideramos excelente, la idea propuesta por Cabrera, en el sentido de crear un abogado general, que se encargue de los asuntos administrativos del Estado y que sirva a la vez de consejero jurídico del ejecutivo federal, esto es porque en la actualidad, se desvían, las actividades esenciales, que competen a su institución, dándole atribuciones que realmente puede desempeñar, otro miembro del gabinete del Presidente de la República.

4.- Del Ejercicio de la Acción Penal en Méxicio.-

A) Momento procesal al que corresponde el ejercicio de la acción penal.

En la doctrina, dice García Ramírez, habida cuenta de características del enjuiciamiento mixto, se suele plantear el problema del momento procesal al que corresponde el ejercicio de la acción: si al instante en que se inicia el sumario o instrucción, o al tiempo en que se pone en marcha el plenario, concretándose la acusación por hechos determinados y frente a personas bien identificadas.

En nuestro derecho, dice García Ramírez, que Franco Sodi, Rivera Silva y Colín Sánchez, entienden que son sinónimos los actos de ejercitar la acción penal y de consignar, de donde resultaría que la consignación con la que se promueve el período instructorio, es el primer acto de ejercicio de la acción penal. En igual sentido se pronuncia González Bustamante, quien sin embargo, distingue entre el ejercicio de la acción penal en abstracto, que se da durante el período instructorio y el ejercicio de la acción penal en concreto, que se lleva a cabo en las conclusiones acusatorias cuando el Ministerio Público cuenta ya con pruebas suficientes para ello. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha optado también por esta dirección, al entender que la consignación es lo que caracteriza el ejercicio de la acción penal y que basta que el Ministerio Público promueva la incoacción de un proceso para que se tenga por ejercitada la acción penal.

"García Ramírez, indica que no hay duda, de que la acción se pone en marcha, cuando se consigna, esto es dice el autor, consignar y ejercitar la acción equivale en pocas palabras a lo mismo".⁽¹¹⁸⁾

Por nuestra parte, apoyamos las ideas expuestas por todos los autores citados en este inciso, y más aún que se corrobora con la jurisprudencia de la corte, al señalar que la consignación es lo que caracteriza el ejercicio de la acción, así pues equivale a lo mismo.

(118) García Ramírez, Sergio; op. cit., pág. 205.

"JURISPRUDENCIA"

"La Consignación caracteriza el ejercicio de la acción penal-
(quinta época, tomo XXVII, página 2002, Martínez Inocente)". (119)

B) De la Consignación.

a) Concepto.

"José Franco Villa, dice que la consignación de la averigua--
ción previa es la determinación del Ministerio Público, a través de la cual
ejercita la acción penal ante los tribunales, teniendo como presupuesto la -
comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpa
do, para que se aplique la ley a caso concreto y resuelvan si hay fundamento
o no para seguir un proceso en su contra". (120)

"Colín Sánchez, señala, que la consignación es el acto procedi-
dimental, a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal,
poniendo a disposición del juez las diligencias o indiciado en su caso, ini-
ciando con ello el proceso penal judicial". (121)

"Carlos Franco Sodi, por su parte, indica, que el ejercicio de
la acción penal, es una actividad del Ministerio Público, encaminada a cum--
plir su función y a poner en aptitud al órgano jurisdiccional, para realizar

(119) APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917 a 1965, DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA
FEDERACION, 2ª parte, Primera Sala, Imprenta Murguía, S.A., México, D.F.,
1965, pág., 2002.

(120) Franco Villa, José; op. cit., pág. 239.

(121) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., pág. 262.

la suya. El primer acto de esta actividad, propiamente hablando, es la consignación". (122)

"Por último Osorio y Nieto, dice, que la consignación es el - acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria que se efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado, - en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas -- con la averiguación previa en su caso". (123)

Por nuestra parte, consideramos que todas las definiciones -- aquí planteadas son correctas, esto es, todas tienen en común, el señalar, -- que ésta se practica una vez que se ha agotado la averiguación previa, que -- se trata de un acto procedimental propio del Ministerio Público y lo más importante, que mediante este acto se pone a disposición del juez, las diligencias o al indiciado en su caso y con ello se constituye el procedimiento penal, donde el Ministerio Público se convierte en una parte litigante, el --- juez quien propiamente cumple su función, como autoridad, que al fin de cuentas será quien fije la pena o absuelva al indiciado y por la otra el indiciado y su defensa, en busca de la libertad del procesado y así se constituye - la clásica relación procesal trilateral.

El Ministerio Público, ha terminado su averiguación previa y-

(122) Franco Sodi, Carlos, op.cit., pág.173.

(123) Osorio y Nieto, César Augusto, op. cit., pág. 45.

como resultado de la misma concluye, que en el caso en cuestión, se encuentran satisfechos los requisitos señalados en el artículo 16 Constitucional, esto es, que ya ha mediado denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley castiga con pena corporal y que estén apoyados por declaración bajo protesta de personas dignas de fe y por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Cabe señalar que el Código de Procedimientos Penales para el D.F., y el Federal, contienen disposiciones al respecto; el primero reunidas en un capítulo llamado "consignación ante los tribunales", el segundo, que precisan la actividad que deben desplegar el órgano de la acción penal. Esta actividad expresada en la jerga judicial, se reduce por lo pronto a "hacer la consignación correspondiente", o dicho en otros términos a ejercitar la acción penal.

b) Problemas que la consignación plantea.

La consignación de la averiguación previa a los tribunales, pone en movimiento toda actividad procesal, pues se trata de un acto procedimental de suma importancia en el procedimiento penal, que requiere un detenido estudio sobre los problemas que ésta plantea, tales como: ¿Cómo debe hacerse la consignación? ¿Tiene alguna formalidad especial? ¿Qué exigencias debe llenar? ¿Qué cuestiones surgen en la consignación con detenido y sin detenido?.

La resolución de consignación, dice Franco Villa, se formula-

rá por escrito, expresando el lugar y fecha en que se pronuncie; los nombres y apellidos del indiciado, en resumen de los hechos delictuosos denunciados y relación de pruebas desahogadas, las consideraciones legales que funden y motiven la comprobación del cuerpo del delito y probable responsabilidad del - inculpado, los artículos de la ley que apoyan la resolución de que se trata- y las proposiciones concretas en las cuales se menciona, que se consigna an- te el juez competente la averiguación previa, que se ejercita acción penal - en contra del probable responsable por el delito que se menciona en la misma y se solicitará al juez del conocimiento libre orden de aprehensión o compa- recencia, pidiéndole que inicie el procedimiento judicial correspondiente, - le da al Ministerio Público la intervención que a su representación compete; resolviendo, en su caso, sobre la situación jurídica de detenidos, objetos o instrumentos del delito, la designación de la autoridad que la dicte, los -- testigos con quien actúe y los demás puntos resolutivos que resulten, proce- dentes conforme a la ley.

c) Forma y contenido de la consignación.

"Franco Sodi, dice que formalidad en el sentido de solemnidad especial, no requiere la consignación en virtud de que ni la Constitución General de la República, ni las leyes orgánicas correspondientes, ni los Códigos de Procedimientos Penales señalan requisitos judiciales, solemnidades o formas expresas a que deba ajustarse el Ministerio Público invariablemente y cuya inobservancia tuviera como resultado, por ejemplo, la nulidad de la consignación". (124)

(124) Franco Sodi, Carlos; op. cit., pág. 174

"El autor citado, dice que el apéndice del Semanario Judicial, transcribe la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, íntegramente contenida en el tomo III, página 1402 del Semanario:

Ninguna ley, establece un solemnidad especial para formular la acción penal, basta con que el Ministerio Público, promueva la incoacción, de un proceso, para que se tenga por ejercitada la acción penal relativa, -- tanto más cuanto que el exceso de trabajo de los tribunales penales, no aconsejaría ni permitiría juzgar con un criterio muy riguroso la forma de esa -- promoción, bastado, para los fines de un procedimiento regular con que exista el procedimiento respectivo. (Amparo, Carrasco García Marina)". (125)

No requiere por lo tanto, la consignación formalidad especial y previamente determinada, termina diciendo el ilustre Franco Sodi.

Pero si no requiere formalidad alguna la consignación, entonces ¿cuál será su contenido?, Franco Sodi, con la claridad que lo caracteriza, indica, que si el Ministerio Público, envía al juez competente las diligencias que practicó durante la averiguación previa, diciendo tan sólo: "ahí tienes estas actuaciones, resuelve conforme a derecho"; propiamente hablando no ha ejercitado la acción penal; su consignación realizada en tal forma aparentemente autorizada, pues como se indicó, no se requiere legalmente formalidad, de donde resulta indispensable saber en que consiste esta.

(125) Ibidem, pág. 173.

La acción penal, dice Franco Sodi, surge de un delito, son -- sus presupuestos precisamente delito y delincuente, por lo mismo su ejercicio debe en todo momento, desde el principio hasta el fin, desde la consignación, hasta las conclusiones, referirse a quienes la originaron. De esto resulta que el Ministerio Público, al consignar tiene la obligación de manifestar a quien consigna y por que consigna, es decir debe, de expresar, los nombres del delincuente y del delito que motivan el ejercicio de la acción penal.

El autor citado, señala, que aquí aparece un serio y gravísimo problema que se presenta a cada paso durante el procedimiento penal; ¿al determinar el Ministerio Público, en su consignación el delito por el que se ejercita la acción penal en contra de determinada persona, se obliga a no modificar la clasificación del hecho delictuoso?; y dice el autor, expresaré - con un ejemplo el problema, para entender mejor su solución.

El Ministerio Público, debe "consignar", es decir, ejercitar - la acción penal precisando el delito y la persona a quien se le imputa.

Franco Sodi, dice, supongamos que se imputa el delito de robo a fulano de tal y en dichos términos se consigna. Más sucede que al vencerse el término Constitucional de 72 horas, con las nuevas pruebas aportadas - se ha podido determinar que el hecho mismo por el que ejercitó la acción penal no constituye un robo, sino un abuso de confianza, la pregunta obligada es: ¿puede el Ministerio Público variar la clasificación?.

Se ejercitó la acción penal por robo, delito diverso del abuso de confianza; por lo tanto pueden concluirse que no se puede variar la -- clasificación, ya que no se ha ejercitado la acción penal por este último delito.

Más tal conclusión es falsa, señala Franco Sodi; el Ministerio Público, si puede variar la clasificación entre tanto no modifique los hechos que motivaron el nacimiento a la acción penal, un hecho delictuoso real, existente en el mundo exterior, puesto que se ejecutó; no surge aquella acción del nombre que se da al hecho sino del hecho. El Ministerio Público imputa hechos delictuosos no nombres de delitos. por falta de elementos, por error técnico, por negligencia o por lo que se quiera, el Ministerio Público pudo haberse equivocado al designar el hecho punible, por lo tanto posteriormente puede rectificarse y decir que el hecho, es siempre el mismo hecho, por lo cual ejercita la acción penal, va a llamarlo en lo sucesivo abuso de confianza, en vez de robo, sin que esto implique el abandono de la acción penal ejercitada por este último delito y una nueva consignación por el primero.

En concreto puede afirmarse, que la consignación, se hace por hechos delictuosos, dice el profesor Franco y que estos más las personas a quienes se imputa representan los contenidos indispensables de la propia consignación.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo, con el pensamiento del

maestro Franco Sodi, en el sentido de que el Ministerio Público lo que consigna son hechos delictuosos y no nombres de delitos y que la clasificación es lo de menos, siempre y cuando no se modifiquen los hechos.

"JURISPRUDENCIA"

Para que la clasificación del delito por el cual se dictó el auto de formal prisión puede variarse en la sentencia, es requisito indispensable, que se trate de los mismos hechos delictuosos (Quinta Epoca; Tomo -- XXVII, Pág. 831, Salazar Gregorio Tomo XXVII Pág. 921, Lestegast Pérez Ernesto Tomo XXVII, Pág. 2698, Navarro Efrén Carlos, Tomo XXVII Pág. 2698, Rivera Trejo Pablo, Tomo XXVIII, Pág. 275, Hurtado Aurelia y Coag.)" (126).

En cuanto al contenido y por último, es necesario señalar las bases legales para realizar la consignación; las cuales son:

Las del Orden Constitucional, los Artículos 16 y 21 Constitucionales; el Artículo 16 respecto a los requisitos para el ejercicio de la acción penal y el Artículo 21, ampliamente descrito en este trabajo, por lo que se refiere a las atribuciones del Ministerio Público para ejercitar la acción penal; además, Osorio y Nieto, dice que conforme a cada caso concreto, se invocarán los Artículos del Código Penal para el D. F., en materia del -- fuero común y para toda la República en materia del fuero federal y los artículos del Código de Procedimientos Penales para el D. F., o Federal en su caso que sean aplicables en lo particular. También es fundamento de la consignación en materia de orden común, el artículo 1o. fracción V, de la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del D. F., el cual señala, que corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal.

(126) APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917 A 1965, DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, op. cit., pág. 214.

d) La consignación con detenido y sin detenido;

Aunque en la parte respectiva al contenido de la consignación, se hizo mención a este aspecto, consideramos prudente, abundar más sobre el tema, en virtud de constituir un aspecto importante en el procedimiento mexicano, toda vez que los ciudadanos, no saben, cuando se les ha aplicado -- una detención conforme a derecho.

Así que empezaremos, por señalar, que cuando la consignación-- es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena corporal, va acompañada del pedimento de orden de aprehensión. Si el delito es de lo que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de orden de comparecencia.

Tratándose de la consignación con detenido, se pondrá al indiciado a disposición del juez en la cárcel preventiva, remitiéndole la comunicación respectiva con las diligencias.

Colín Sánchez, señala que es importante hacer notar que el Código de Procedimientos Penales para el D. F., en el artículo 4o., indica que: "cuando del acta de policía judicial, no aparezca la detención de persona alguna, el Ministerio Público, practicará o pedirá a la autoridad judicial, -- que se practiquen todas aquellas diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para la detención."

"Carlos Franco Sodi, al respecto dice: que desgraciadamente --

en esta disposición se faculta al Ministerio Público, para solicitar de los jueces que practiquen diligencias de averiguación en auxilio del órgano de la acción penal, lo que menoscaba su responsabilidad, convirtiéndolos en -- amanuenses de una autoridad administrativa, contraria a la naturaleza de la averiguación previa, que es función exclusiva del Ministerio Público y por último dá un carácter híbrido al proceso, contrariando el texto del artículo 21 Constitucional, que previene como función única del juez la aplicación de la ley y no la persecución del delito, que ha dejado privativamente en manos del Ministerio Público." (127).

"Rafael Pérez Palma, critica el precepto señalado, diciendo al respecto, que si la misión del Ministerio Público, es averiguar sobre la posible comisión de un delito; pues que lo investigue, ya que esa es su misión y una vez que lo haya logrado que consigne y pida la imposición de la pena-- correspondiente, pero no antes porque ello equivaldría a que la autoridad judicial colaborara con el Ministerio Público, en la averiguación de los delitos o en otras palabras a que se volviera a los sistemas anteriores a la expedición de la Constitución de 1917". (128)

"Jorge Obregón Heredia, interpreta el precepto señalado dicen

-
- (127) Franco Sodi, Carlos, "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D. F. Y TERRITORIOS FEDERALES, COMENTADO", Segunda Edición, Ediciones Botas, 1960, México, D. F., pág. 15.
- (128) Pérez Palma, Rafael, "GUIA DE DERECHO PROCESAL PENAL", Segunda Edición, Cárdenas Editor y distribuidor, 1975, México, D.F., pág. 33.

do, que debe limitarse en el sentido de que el Ministerio Público, sólo pedirá al órgano jurisdiccional que practique aquellas diligencias en que no tiene autoridad para realizarlas por ser necesaria la orden del juez, como acontece en los casos concretos de cateo y visita domiciliaria".(129)

"Colín Sánchez, señala, que si el artículo de referencia se interpreta, sin meditar su verdadera razón de ser, tal crítica la consideramos justa, pero que a su entender, no debe confundirse su verdadero espíritu con el abuso que del mismo se hace en la práctica. Es indudable, dice el autor, que en muchas ocasiones, la averiguación previa, no puede integrarse, porque quizá sea necesario practicar diligencias que sólo es posible realizar por medio de la autoridad judicial, por ejemplo, el cateo, la expedición de exhortos, alguna petición de extradición etc.; y en esas condiciones, con lo establecido en el artículo 4o., la situación se resuelve, porque el Ministerio Público, ni aún en averiguación del delito, puede llevarse a cabo. Pero tal precepto sirve para que el órgano de la investigación, en muchas ocasiones, se escude en él, para disfrazar ineptitud, pereza, compromisos políticos, consignas, toda clase de inmoralidades etc., y envíe la averiguación incompleta al juez, para que sea este funcionario quien lo sustituya en una función que debería cumplir aquél"(130).

(129) Obregón Heredia, Jorge, "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D.F., COMENTADO Y CONCORDADO", Editorial Obregón y Heredia, S.A., 1981, México, D.F., pág. 30.

(130) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., pág. 264.

Por nuestra parte, apoyamos la idea expuesta por el maestro Colín Sánchez, en el sentido, de que el artículo 4o. del Código de Procedimientos Penales para el D. F., constituye un apoyo, para el Ministerio Público, con facultades que sólo son del juez, tales como órdenes de cateo, visitas domiciliarias, etc., pero también consideramos, el vicio en que podría constituirse este precepto, fomentando la pereza e ineptitud e inmoralidad de algunos agentes del Ministerio Público.

e) La consignación y los órganos jurisdiccionales.

Determinados ya concepto, contenido y formalidades de la consignación, es preciso saber ante quien debe el Ministerio Público ejercitar la acción penal.

El problema, dice Franco Sodi, puede plantearse en los siguientes términos: ¿a qué tribunal o juez debe consignar el Ministerio Público? todo tribunal o juez es un órgano jurisdiccional y como tal, tiene ciertas limitaciones subjetivas y objetivas, limitaciones que determinan su capacidad para conocer de determinados casos y su incapacidad para conocer de -- otros, plantéase pues el primer problema al órgano de la acción penal. ¿Ante quién va a ejercitarla?; estas limitaciones subjetivas y objetivas del órgano jurisdiccional, le impiden cumplir su función aplicadora de la ley penal en determinadas circunstancias, por lo tanto dice Franco Sodi, el Ministerio Público que persigue precisamente la aplicación o concreción de la ley penal, empezará por cuidar que el juez o tribunal al que consigne determinado asunto esté jurídicamente capacitado para resolverlo.

Precisa entonces recordar, los límites objetivos y subjetivos, de la capacidad del órgano jurisdiccional y preguntarse, si el Ministerio - Público deberá tomar en cuenta ambas limitaciones o una sólo de ellas para saber ante quien, en un caso dado va a ejercitar la acción penal.

Así es que empezaré, señala el autor citado, por distinguir -- si se trata de un hecho que debe ser conocido por un órgano jurisdiccional-ordinario común o un ordinario especial.

En el primer caso, es necesario recordar, que el órgano jurisdiccional ordinario común está capacitado para conocer de aquellos delitos-- que no quedan comprendidas dentro de una jurisdicción especial y en el segundo, es decir en lo referente a órganos jurisdiccionales especiales, es necesario también recordar, que son los que conocen de determinados asuntos en-- razón de la calidad del acusado, naturaleza especial del delito o condicio-- nes particulares del lugar en que éste se ejecutó.

Estas circunstancias que determinan la existencia de diversas- jurisdicciones ordinarias, dan lugar a diferentes Ministerios Públicos que-- ante ella ejercitan la acción penal. Así para la jurisdicción ordinaria co-- mún del D. F., tenemos el Ministerio Público del fuero común, y para las ju-- risdicciones ordinarias especiales, federal y militar, existen los Ministe-- rios Públicos correspondientes.

Por tanto cada Ministerio Público, principiará por ejercitar--

la acción penal ante los órganos jurisdiccionales a los que corresponda.

Más así limitadas las jurisdicciones, sigue en pie el problema planteado en un principio, señala Franco Sodi.

Existen en el D. F., jueces mixtos de paz y jueces de primera instancia: de estos órganos jurisdiccionales, ordinarios comunes, ¿ante - - quien va a ejercitar su acción el Ministerio Público? todos ellos tienen, - como se indicó antes una limitación objetiva y subjetiva de su capacidad. Con relación a esta doble limitación que tienen, es necesario volver a preguntar, dice Franco Sodi si realmente: ¿debe el Ministerio Público inquirir a propósito de ambas o tan sólo de una de ellas?.

La capacidad subjetiva del juez, siguiendo a Florian, presenta dos aspectos: uno abstracto y otro concreto. El primero se refiere a que - el juez como tal esté legalmente capacitado para ejercitar su función y el - segundo, concreto, consiste en que el propio juez no tenga un impedimento es pecial que lo imposibilite para conocer de un caso particular.

Es conveniente, ahora inquirir si el Ministerio Público, debe tomar en consideración tal capacidad subjetiva concreta y abstracta en el mo mento en que va a ejercitar la acción penal.

El primer aspecto será pues saber: si el Ministerio Público - debe incurrir sobre la capacidad subjetiva en abstracto del órgano jurisdic-

cional, como esta capacidad se refiere a que el juez al ser designado haya--satisfecho las exigencias que para ser tal juez señala la ley, si el Ministerio Público al ejercitar la acción penal indaga sobre ella, estaría juzgando sobre la legitimidad o ilegitimidad del órgano jurisdiccional de que se trate, lo que es completamente ajeno a su función. Por lo tanto, al consignar no debe inquirir sobre la capacidad subjetiva en abstracción del juez, concluye Franco Sodi; pero la pregunta es ahora: ¿lo hará con la concreta?

El juez puede tener un motivo especial que lo imposibilite para cumplir su función de determinado caso; este motivo que lo hará incapaz--en concreto, no puede ser más que uno de los comprendidos entre las causas de excusa o recusación expresamente señalados por los códigos procesales. Estas causas que determinan la capacidad en concreto del órgano jurisdiccional imponen a éste la obligación de excusarse y dan al interesado el derecho de recusar; pero no imponen al Ministerio Público la obligación de analizarlo o preguntarse, al consignar, si el juez tiene alguna de ellas. El Ministerio Público pues nada debe hacer, cuando va a ejercitar su acción con relación a la capacidad subjetiva del juez o tribunal ante quien va a ejercitarla, concluye Franco Sodi.

Resta el aspecto objetivo de la propia capacidad del órgano--jurisdiccional. La capacidad objetiva, se refiere, como ya se dijo, a los límites externos de aquélla, límites que se encuentran normados en el D. F.: primero por la gravedad del delito y cantidad de la pena, es decir por lo material; segundo por el lugar en que se ejecuta el hecho delictuoso; y ter-

cero por motivos de conexidad. En resumen: la capacidad objetiva constituye la competencia. ¿Debe el Ministerio Público ejercitar su acción ante -- juez competente?.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en el capítulo - I, de su título primero, en relación con los artículos 473 y 479, contienen una serie de normas sobre la competencia; y el Código de Procedimientos Penales para el D. F., en su capítulo II del título primero, específicamente los artículos 100. y 110.

Los Códigos de Procedimientos Penales mencionados, no contienen ninguna disposición expresa, en el sentido, de que el Ministerio Público deba consignar al tribunal competente y por lo que toca a las leyes orgánicas de ambas Procuradurías, cabe señalar en lo federal, la referencia que hace, en cuanto a la persecución de los delitos, ante los órganos jurisdiccionales, conforme a su competencia, tal como lo estatuye, el artículo 70.-fracción segunda; y en el ámbito local, le corresponde ejercitar la acción penal, ante los tribunales competentes, por delitos de orden común (artículo 30. V, fracción primera), poniendo a disposición de la autoridad competente, sin demora, a las personas detenidas en casos de flagrante delito o de urgencia, de conformidad con el artículo 16 Constitucional. Sin embargo, señala Franco Sodi, de multitud de disposiciones contenidas en las leyes y códigos mencionados, puede inferirse sin titubeos, que el órgano de la acción penal, debe iniciar el ejercicio de ésta precisamente ante el juez o tribunal competente para aplicar la ley en caso concreto e igual conclusión puede desprenderse del artículo 16 Constitucional.

Pero además de poder citar multitud de disposiciones legales - permitan derivar, la necesidad de consignar, un asunto penal precisamente al órgano jurisdiccional capaz, objetivamente, para conocerlo, la más elemental lógica jurídica impone idéntica afirmación. Si la ley crea la competencia - con fines de expeditar la administración de justicia, dice Franco Sodi, debe el Ministerio Público, autoridad que se mueve dentro de la ley, respetar ésta y obedecer la competencia ejercitando su acción penal ante el tribunal co correspondiente.

¿Más hasta qué punto la consignación del Ministerio Público - obliga al juez?, se pregunta el autor citado y al respecto señala, que como regla general, el juez que se cree incompetente no debe conocer del asunto - que considera fuera de su jurisdicción y por lo mismo al recibirlo de manos del Ministerio Público, precisa que desde luego se declare incompetente; pero si no sólo se le consignan diligencias, sino además aún detenido, entonces la garantía que disfruta éste, de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución General de la República, imponen al juez la obligación de resolver - dentro del término de 72 horas, la formal prisión o libertad de aquella persona; reservándose para después la cuestión de la competencia.

Finalmente pudiera presentarse, la situación de que juez y Ministerio Público, considerarán un asunto de la competencia del primero y - aclarar posteriormente que no es así, entonces, subsiste el recurso para el juez de declararse incompetente y para el Ministerio Público, mediante incidente.

CAPITULO IV

DEL CONTROL DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN MEXICO.

1.- Planteamiento del problema.

Cuando el Estado tiene el monopolio de la acción penal, confiándola al Ministerio Público, como es el caso de México, puede suceder que éste se niegue en determinado caso a ejercerla no obstante la presencia de los presupuestos generales de la acción (delito y delincuente), y a pesar de que se hayan satisfecho las condiciones de procedibilidad, cuando sean necesarias o en caso contrario, se niegue a cumplir su misión habiéndose denunciado un delito perseguible de oficio.

¿Qué hacer en semejante caso? todo monopolio conduce al abuso y precisa por lo mismo controlarlo. Franco Sodi, dice que tratándose de monopolios particulares, el Estado interviene y los desbarata; pero tratándose del monopolio de la acción de penal en manos del propio Estado, quien por medio del órgano correspondiente se niega a actuar, escudado en su omnipotencia, ¿cómo proceder? ¿cómo contrarrestar el abuso del Ministerio Público, - que no quiere intentar la acción puesta en sus manos, fundado precisamente en que él es el único capacitado para ejercerla?.

El autor citado comenta, le diríamos al órgano del Estado, que se encuentra en un error o que está cometiendo una arbitrariedad, que el po-

der jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal, es un derecho autónomo de él, pero no potestativo y que de acuerdo con el principio de legalidad que gobierna el ejercicio de la acción penal, debe actuar siempre que se den los presupuestos generales de aquélla y se satisfagan sus condiciones de procedibilidad.

2.- En el Derecho Comparado.

"Eugenio Florian, dice que los monopolios, de la acción penal, no son absolutos, ya que donde impera el del Estado, se acepta en algunos ca sos el concurso de agrupaciones o de particulares y donde rige el monopolio de los ciudadanos interviene a veces un funcionario especial"⁽¹³¹⁾.

Siguiendo al penalista italiano, es necesario señalar, que los diferentes concursos que pueden presentarse donde la acción penal está en ma nos de funcionarios, son:

Un primer concurso, de la parte lesionada, se forma tratándose de ciertos delitos que se persiguen por querrela de parte, en cuyo caso se p^onen en manos del acusador particular, las facultades que por regla general corresponden al Ministerio Público. Este concurso del ofendido se llama - - principal; hay un segundo concurso subsidiario, que se dá en los delitos peru

(131) Florian, Eugenio, op. cit., pág. 180.

seguibles de oficio, cuando el Ministerio Público no actúa o se desiste y el lesionado tiene derecho a ejercitar la acción penal subsidiariamente en vez del representante social.

La segunda forma, es aquella en que órganos estatales diversos, concurren con el Ministerio Público. Esta forma de concurso comprende dos -- grupos: uno propio de Alemania y Francia, conforme al cual, los tribunales ordenan en ciertos casos al Ministerio Público, que ejercite la acción penal; y otro perfectamente tipificado en Francia, donde autoridades administrati-- vas, en delitos especiales, por ejemplo; en materia fiscal, substituyen to-- talmente al órgano inmediato de la acción penal, constituyendo una especie-- de Ministerio Público especial.

Un tercer concurso, es el de ciudadanos, tal es el caso de la llamada acción penal popular, que existe cuando se dá el ejercicio de aqué-- lla a todos los ciudadanos que poseen una determinada capacidad genérica o - específica, fijada por la ley, para que persigan por sí determinados delitos en nombre del Estado.

Por último, existe un concurso de sindicatos, que se presenta cuando la ley, como en Francia, dá personalidad a los sindicatos para ejerci tar la acción penal, tratándose de los delitos que afectan a sus intereses - colectivos.

Por lo que se refiere al primer concurso, hablaremos del siste-- ma, en tres países del mundo; los cuales son:

a) **Francia.**- "González Bustamante, dice que la necesidad de corregir las arbitrariedades, en que suele incurrir el titular de la acción penal, dió origen a que las discusiones habidas, en el parlamento francés, - para adicionar el código de instrucción criminal, se adoptase un sistema de revisión, consistente en que cuando el ofendido por el delito no ha logrado que el órgano de acusación ejercite la acción penal y ordena el archivo de las diligencias, de tal forma que su resolución sea lesiva para los intereses del quejoso, por estimarse que se no encuentra ajustada a las disposiciones legales, puede demandarse la intervención del tribunal de segunda instancia, para que examine las diligencias practicadas en el período preprocesal o de investigación y determine si están satisfechos los requisitos legales para - que la acción se ejercite"⁽¹³²⁾.

La ley procesal y la jurisprudencia francesa, reconocen que el Tribunal de Segunda Instancia ajustándose estrictamente a las disposiciones legales, está facultado para resolver si es o no procedente el ejercicio de la acción penal y devolver las diligencias practicadas al titular de la acción, para que la promueva.

b) **Alemania.**- En esta país, el ofendido por el delito, está facultado para interponer el recurso jerárquico y jurisdiccional, si el Ministerio Público resuelve que a su juicio no debe ejercitarse la acción. El artículo 71 del Código de Procedimientos Penales en Alemania, dispone que el

(132) González Bustamante, Juan José, op. cit., pág. 51.

ofendido que no tenga resultado en las gestiones hechas para que el Ministerio Público ejercite la acción puede ocurrir al Tribunal de Segunda Instancia, quien resolverá lo que sea procedente.

c) Italia.- En este país, se siguió un sistema de control en el examen de las diligencias que anteceden en el ejercicio de la acción y se reconoció la intervención de los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, como en Francia y Alemania. Más tarde se suprimió este régimen de control y se substituyó por una vigilancia por parte de los funcionarios superiores del Ministerio Público.

3.- En el Derecho Mexicano.

En nuestro derecho existen dos sistemas, para el control del ejercicio de la acción penal; uno llamado de control interno; que a grandes rasgos consiste, en un recurso que se interpone al superior jerárquico del Ministerio Público, es decir al Procurador de Justicia, con el objeto de que revise, la decisión de no ejercicio de la acción penal y el otro llamado de control externo, consistente en el amparo interpuesto por el ofendido y víctimas del delito, por violación a las garantías individuales; sistema ya alguna vez adoptado por la legislación mexicana, en el año de 1929, desaparecido por razones que de plano desconocemos; no así el primero de los mencionados, que hasta nuestros tiempos se encuentra reglamentado en el artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales.

a) Sistema de control interno.

"Franco Villa, los define como la facultad concedida al interesado, para que cuando el agente del Ministerio Público que conoce de una averiguación previa, se niega a proceder, ocurra en queja ante el superior jerárquico de dicho funcionario con el objeto de que revise el acto de éste".
(133)

El primer antecedente, de este sistema lo encontramos en la ley orgánica del Ministerio Público del Fuero Común de 1919, la cual en el artículo 26 disponía, que cuando un agente del Ministerio Público, no presentara acusación por los hechos que un particular le hubiere denunciado como delitos, el interesado podría ocurrir, al Procurador General de Justicia, -- quien oyendo el parecer de los agentes auxiliares, decidirá en definitiva, -- si debe o no ejercitarse la acción penal y que contra su negativa, no procede otro recurso que el extraordinario de amparo y el de responsabilidad.

La Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales de 1929, en su artículo 43, expresaba que en el caso de que se hiciera la declaración de no haber elementos suficientes para el ejercicio de la acción persecutoria, el denunciante o querellante podría ocurrir, dentro de los quince días siguientes en que se hubiese notificado la resolución, ante el Procurador de Justicia quien oyendo el parecer de los agentes auxiliares, decidirá, bajo su más estricta responsabilidad, si confirma, revoca o modifica la resolución recurrida, agregando que si dentro del plazo anun--

(133) Franco Villa, José, op. cit., pág. 216.

ciado, no reclamare contra la resolución mencionada, quedará ésta en firme.

Angel Martínez Pineda, señala que no es técnicamente correcta, la ley de 1929, en el sentido de que en la afirmación, "causará estado o quedará firme la resolución del Procurador de Justicia", se encuentra el error, ya que ésta, es propia de las determinaciones del órgano jurisdiccional, in vestido plenamente de facultades decisorias; por otra parte, de aceptarse es te punto de vista dice el autor, ésta quedaría quebrantada si se aportasen nuevos elementos, pues en esta hipótesis, el Ministerio Público, por imperativo del artículo 16 Constitucional tendrá la obligación ineludible de ejercitar la acción penal, a pesar de su resolución.

Cabe señalar que en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1954, desapareció el recurso de control interno. Esta ley señala como facultades y obligaciones del Procurador General de la República en su fracción--VIII inciso "a" resolver en definitiva, oyendo el parecer de los agentes auxiliares del departamento de control de procesos y consultas en el ejercicio de la acción penal y del Subprocurador que corresponda, cuando se resuelva - el no ejercicio de la acción penal.

El mecanismo de este llamado control interno, se encuentra con tenido, como ya se dijo, en el artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales y consiste en: que después de practicadas determinadas diligencias, el agente del Ministerio Público, resuelve, que no están satisfechos - los requisitos del artículo 16 Constitucional, y que por lo tanto debe archi

verse la averiguación. El denunciante, querellante o el ofendido, ocurren -- pues al Procurador General de la República, en un plazo de 15 días, contados a partir, de que se les hace saber tal determinación y éste funcionario, -- oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, decide en definitiva, si debe o no ejercitarse la acción penal; y contra la resolución del Procurador, no cabe recurso alguno, pero puede ser motivo de responsabilidad.

Las críticas que se han desatado, respecto de sistema, son muy severas; y las más sobresalientes, que hemos considerado son las siguientes: González Bustamante, considera inadmisible que se confié al órgano que promueve la acción, decidir libremente si la ejercita o si se desiste de ella, cuando lo estime conveniente. Zurbarán Co., estima que en México, existe un Ministerio Público deformado omnipotente, monstruoso, que se pretende que es té fuera y por encima de la ley; un Ministerio Público que desnaturaliza el principio de donde no hay acusador no hay juez; con la arrogancia de que el acusador será siempre él y cuando quiera hacerlo. Matos Escobedo indica que es ineficaz, poco objetivo y contrario a la unidad del Ministerio Público, el control interno, no se ve la utilidad de tocar las diversas piezas de unteclado, que han de dar una sóla y misma nota, señala el autor.

Finalmente, Paulino Machorro Nárvaez, entiende que si a través del artículo 21 Constitucional se buscó garantizar imparcialidad en favor -- del inculcado, no es posible investir al Ministerio Público de facultades -- omnímodas en la averiguación previa, ya que entonces se desplazaría solamente el problema del juez abusador al Ministerio Público abusador.

Nosotros consideramos absurdo, que el propio órgano que se niega a ejercitar la acción penal, se le pida, que reconsidere, su resolución-- mediante el recurso interpuesto ante el superior jerárquico, como es el Procurador Justicia y todavía, aún las cosas van más lejos, resulta que si fracasa el recurso, el ofendido y la víctima del delito, se quedan en total estado de indefensión ya que el juicio de amparo, no es procedente, según jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así pues, es notorio, que el poder del Ministerio Público en-- nuestro país es asfixiante, pues si el señor Procurador de Justicia, se le-- antoja decir que no hay acción penal ejercitable ¿quien resarcirá a las víctimas del delito?, el resultado pues es un total estado de indefensión, para las víctimas del delito, que el Estado no ha podido remediar.

b) Sistema de control externo.

Una vez que ha quedado determinado que el sistema de control - interno de la actividad del Ministerio Público, no satisface~~r~~ las aspiraciones populares de justicia y siendo patente el abuso del órgano de la acción penal, entre nosotros y por desgracia no en poco se ha manifestado como una realidad. Se hace necesaria, encontrar una forma de control externo del ejercicio de la acción penal a través del juicio de amparo.

Si analizamos los antecedentes, de este control del ejercicio de la acción penal, veremos que no hemos descubierto, el misterio del hilo-

negro, ni mucho menos, pues ya en la Ley Orgánica del Ministerio Público -- para el D. F., en su artículo 26, se disponía, que cuando un agente del Ministerio Público no presentare acusación por los hechos que un particular le hubiere denunciado como delitos, el interesado podría ocurrir al Procurador General de Justicia, quien oyendo el parecer de los agentes auxiliares decidiría en definitiva, si debía o no ejercitar la acción penal y que contra su negativa, no procedería otro recurso, que el extraordinario de amparo y el de responsabilidad; aún cuando no se entendía la verdadera naturaleza del juicio de amparo, en virtud de que no es ningún recurso, sino un verdadero juicio independiente de la causa que lo haya originado; salvo esta cuestión, consideramos que la intención está muy bien planteada, al entender el amparo como un control de la acción penal y la responsabilidad como medio de control al funcionario encargado de ejercitarla.

En términos generales, es prudente señalar, que la doctrina se encuentra muy dividida, respecto de la procedencia del amparo como medio de control del ejercicio de la acción penal, por su titular; y así los adversarios del amparo, en síntesis argumentan lo siguiente:

1. El ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público.

2. La abstención del Ministerio Público, en ejercicio de su función requirente, no lesiona derechos individuales sino sociales y puede dar cauce a un juicio de responsabilidades, pero no al amparo.

3. Si los Tribunales asumiesen el cometido de ordenar el ejercicio de la acción penal, se caería en el erradicado sistema de enjuiciamiento inquisitorio.

4. El interés puramente civil, reparatorio del perjudicado -- por el delito puede ser satisfecho mediante el procedimiento civil ordinario.

5. Cuando el Ministerio Público, resuelve no ejercitar la acción penal, es parte procesal y resulta improcedente la interposición del amparo contra quien no realiza actos de autoridad; y

6. Bajo el pretexto de defender derechos privados, el particular interesado quejoso pretende intervenir en el manejo de la acción pública.

A los puntos indicados, los partidarios de la procedencia del juicio de amparo, replican de la siguiente forma:

1. Si bien es cierto que sólo el Ministerio Público, puede -- ejercitar la acción penal, también lo es que dicho ejercicio o su abstención no pueden ser arbitrarios, ni escapar del control de la justicia federal, de modo que no podría ocurrir si se tratase de actos de otras autoridades en el ámbito de funciones que también se les han confiado exclusivamente (la legislativa, la judicial, por ejemplo).

2. El no ejercicio de la acción penal vulnera derechos individuales a la reparación del daño, que no quedarían salvaguardados a través del

3. Si los Tribunales asumiesen el cometido de ordenar el ejercicio de la acción penal, se caería en el erradicado sistema de enjuiciamiento inquisitorio.

4. El interés puramente civil, reparatorio del perjudicado -- por el delito puede ser satisfecho mediante el procedimiento civil ordinario.

5. Cuando el Ministerio Público, resuelve no ejercitar la acción penal, es parte procesal y resulta improcedente la interposición del amparo contra quien no realiza actos de autoridad; y

6. Bajo el pretexto de defender derechos privados, el particular interesado quejoso pretende intervenir en el manejo de la acción pública.

A los puntos indicados, los partidarios de la procedencia del juicio de amparo, replican de la siguiente forma:

1. Si bien es cierto que sólo el Ministerio Público, puede -- ejercitar la acción penal, también lo es que dicho ejercicio o su abstención no pueden ser arbitrarios, ni escapar del control de la justicia federal, de modo que no podría ocurrir si se tratase de actos de otras autoridades en el ámbito de funciones que también se les han confiado exclusivamente (la legislativa, la judicial, por ejemplo).

2. El no ejercicio de la acción penal vulnera derechos individuales a la reparación del daño, que no quedarían salvaguardados a través del

juicio de responsabilidades.

3. No existe el peligro de la inquisitoriedad, en el procedimiento, ya que el tribunal de amparo no conocerá en ningún caso del proceso penal correspondiente.

4. A la jurisdicción civil llega deformada la pretensión reparadora del perjudicado por el delito, quien sufre agravio definitivo e irreparable, por la falta del ejercicio de la acción penal; más aún los artículos 539 del Código de Procedimientos Penales para el D. F. y 489 del Código de Procedimientos Penales Federales, permiten considerar, que sólo se puede acudir ante los Tribunales civiles, cuando no se ha promovido el incidente de responsabilidad civil en el proceso penal y después de que se ha fallado éste.

5. Al tiempo de la resolución de no ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público actúa como autoridad y no como parte, ya que aún no se ha iniciado el proceso.

6. El particular no manejaría la acción pública, bajo el pretexto de custodiar su interés a la reparación del daño, ya que éste tiene el carácter de pena pública y es objeto por tanto, de la acción penal y no de una acción civil confiada al ofendido; se debe entender que los actos autoritarios del Ministerio Público son susceptibles de control por la vía de amparo, tales actos son aquellos que tienen validez sin necesidad de sanción judicial y que no pueden ser desatendidos por el órgano jurisdiccional, esto -

es, los actos de la averiguación previa, la determinación sobre el ejercicio de la acción penal, el desistimiento de la acción y la formulación de conclusiones no acusatorias, sólo los actos de soberanía están exentos de control y el Ministerio Público no es un órgano directo de soberanía y los artículos 16, 19 y 21 Constitucionales contienen implícitamente el derecho del ofendido.

Cabe aclarar, que los argumentos aquí señalados, no escatiman, para que posteriormente se haga una detenida clasificación de opiniones, de autores mexicanos en la doctrina.

c) Opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El máximo Tribunal del país, constituye uno de los enemigos -- más serios de la procedencia del juicio de amparo, como control del ejercicio de la acción penal; y al efecto ha manifestado en diferentes e interesantes tesis lo siguiente:

"ACCION PENAL; EJERCICIO DE LA.- Conforme al artículo 21 de la Constitución General de la República, el ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público como representante de la sociedad y no a los particulares; de esto se deduce que dicha acción no está ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstas, ni constituye un derecho privado de los mismos. En tal virtud la procedencia del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Público, aún en el supuesto de que sea susceptible de juzgarse indebida, lesionaría en último caso, el derecho social de perseguir los delitos, lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabil

dad, pero de ninguna manera daría materia para una controversia constitucional; pues de establecerse lo contrario, es decir de conceder el amparo, estendería por objeto obligar a la autoridad responsable a ejercer la acción penal, lo cual equivaldría a dejar al arbitrio de los Tribunales de la Federación, la persecución de los delitos, cosa que no está dentro de sus facultades.

(QUINTA EPOCA: Tomo XXXIV, pág. 1180, Zárate Ignacio G., Idem, Tomo XXXIV, pág. 2593. Compañía Mexicana de Garantías, S.A.; Idem, Tomo C, - pág. 1010, 8285/48, Idem, Tomo LXXII, pág. 379. Gutiérrez Anselmo, Idem, - Tomo C II, 3934/46, pág. 898)". (134)

"MINISTERIO PUBLICO, AMPARO CONTRA SUS ACTOS. La abstención - en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, al - - igual que el desistimiento de ella, comprende violaciones sociales y no de - garantías individuales y por lo mismo no puede quedar sometida al control -- Constitucional del juicio de amparo, seguido ante la Autoridad Judicial Fede - ral, que restringe el alcance de la regla general contenida en el artículo - 14 de ese mismo ordenamiento, para los casos en que se afecta a una persona - en sus intereses patrimoniales, pues interpretar nuestra Carta Magna en otro - sentido, equivaldría a nulificar los propósitos que tuvo el Congreso Consti - tuyente de 1917 para aprobar la forma del artículo 21 de la Constitución Fe - deral de 1857 ya que por medio de una indebida y arbitraria interpretación -

del precepto que actualmente nos rige, continuará el Ministerio Público, con el carácter de elementos puramente decorativos, los jueces mexicanos serían los encargados de averiguar los delitos y el ejercicio de la acción penal ya no estaría encomendado exclusivamente al Ministerio Público y a la policía judicial, sino que ambos lo compartirían con la autoridad judicial, quien -- tendría bajo su autoridad y bajo su mando inmediato al Ministerio Público y a la policía judicial a través del juicio de amparo y de las severas sanciones establecidas para toda autoridad que no cumple debidamente las ejecutorias de esta Suprema Corte, todo lo cual retrocedería nuestro sistema procesal a la época anterior a la Constitución Federal de 1917. La anterior interpretación del artículo 21 Constitucional, única que respeta el equilibrio de poderes, en que descansa nuestro régimen político, no queda desvirtuada -- por el hecho de que la debida abstención en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público pueda causar daños patrimoniales a los particulares ofendidos en los delitos denunciados, pues partiendo de la base in discutible de que a esos particulares no pueda reconocérseles ningún derecho desde el punto de vista de la represión de los delitos, sino sólo en cuanto a la reparación del daño, debe considerarse que la correcta interpretación -- del artículo 21 Constitucional; sólo cambia la vía judicial mediante la cual los afectados pueden entablar su acción, pero cuando el Ministerio Público, -- se abstiene de ejercitar la acción penal, tiene a su alcance la vía civil, -- para demandar el pago de daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito -- en el aspecto civil, concepto que no se equipara en derecho al de lo ilícito penal integrante de un delito.

(QUINTA EPOCA: Tomo CVI, 339/50, Pág. 1354)". (134)

La Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejecutoria de 13 de noviembre de 1950 dijo:

"No basta con que exista un acto de autoridad, como lo es el que realiza el Ministerio Público al ordenar el archivo de una averiguación-previa, para que "Ipsa Facto" proceda contra este acto el juicio de amparo, sino que es indispensable, además que viole las garantías individuales, pues si así lo indican los artículos 103 fracción primera de la Constitución Federal y 1º fracción primera de la Ley de Amparo. Se dice que un acto de autoridad, viola garantías individuales, cuando infringe en perjuicio de una persona física o moral, algunos de los derechos establecidos en los artículos 2º a 28 de la Constitución Federal, ya que el artículo 1º contiene una declaración general y el artículo 29, establece el procedimiento para suspender las garantías individuales. Además, es principio de hermenéutica jurídica el que cuando exista contradicción entre dos disposiciones legales, debe investigarse si una de ellas no contiene un principio general y la otra un caso de excepción pues en caso afirmativo no existe en realidad contradicción entre ellas, ya que pueden aplicarse a los casos que respectivamente prevén, por lo tanto, cuando se examina la regla general que contiene el artículo 14 Constitucional, y un poco adelante, ese mismo ordenamiento, dispone en su ar

(134) "APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917 A 1965, DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION" op.cit., pág. 382.

tículo 21, que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial y que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, debe considerarse que la regla general contenida en el citado artículo 14, no puede tener aplicación cuando el particular afecta do pretende que la autoridad judicial se abroge el ejercicio de la acción penal encomendada de manera exclusiva al Ministerio Público y a la policía judicial, ya que en este caso se interpretaría la ley fundamental, en el sentido de que el Congreso Constituyente quiso contradecirse, lo cual está reprobado por los más elementales principios de la hermeneútica jurídica. Además el diario de los debates de dicho Congreso (Tomo I, número 264), que contiene la interpretación auténtica y preferente a cualquier otra fuente de interpretación, respecto de la Constitución Federal vigente, inserta el informe rendido, por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Don Venustiano Carranza, al hacer entrega del proyecto de constitución el cual es suficiente para demostrar hasta la evidencia que la abstención en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, al igual que el desistimiento de ella, comprende violaciones sociales y no de garantías individuales, y por lo mismo no puede quedar sometida al control constitucional del juicio de amparo, seguido ante autoridad judicial federal, fundamentalmente por prohibirlo el artículo 21 de la Constitución Federal ya que de otra manera el ejercicio de la acción penal ya no estaría encomendada exclusivamente al Ministerio Público y a la policía judicial, sino que ambos la compartirían, con la autoridad judicial, quien tendrá bajo su mando inmediato a aquellos, a través del juicio de amparo y de las severas sanciones establecidas para toda autoridad, que no cumple debidamente las ejecutorias de esta Suprema

ma Corte. La anterior interpretación del artículo 21 Constitucional, única que respeta el equilibrio de poderes en que descansa nuestro régimen político, no queda desvirtuada por el hecho de que la debida abstención en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, puede causar daños patrimoniales a los particulares ofendidos en los delitos denunciados, - pues partiendo de la base indiscutible de que a esos particulares no puede - reconocérseles ningún derecho desde el punto de vista de la represión de los delitos, sino sólo en cuanto a la reparación del daño, debe considerarse que la correcta interpretación del artículo 21 Constitucional sólo cambia la vía judicial mediante la cual los afectados pueden entablar su acción, pero cuando el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción penal, tiene a - su alcance, la vía civil para demandar el pago de daños y perjuicios derivados de hecho ilícito en el aspecto civil, concepto que no se equipara en derecho al de lo ilícito penal integrante de un delito. Por todo lo expuesto, cuando se reclama en amparo la resolución del Ministerio Público, por la que ordenó el archivo de una averiguación previa tiene exacta aplicación la jurisprudencia establecida con anterioridad por esta Primera Sala y que aparece publicada, bajo el número 49 en las páginas 124 y 125, del apéndice al Tomo XCVII". (135)

En síntesis, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, dice que la abstención del ejercicio de la acción penal, al igual que el desis

(135) Ibidem, pág. 383.

timiento de ella, no puede quedar sometida al control constitucional del juicio de amparo, seguido ante la autoridad judicial, básicamente por prohibirlo el artículo 21 de la Constitución Federal, ya que de otra forma el ejercicio de la acción penal ya no estaría encomendada exclusivamente al Ministerio Público y a la policía judicial, sino que ambos lo compartirían con la autoridad judicial, quien tendría bajo su mando a aquéllos, al través del juicio de amparo y de las severas sanciones establecidas para toda autoridad que no cumple debidamente las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4.- Algunas opiniones en la Doctrina.

A) Los que propugnan por el control de la acción penal, mediante el amparo.

a) Opinión de Guillermo Borja Osorno.

El gran jurista, de la Universidad de Puebla, señala que los desaciertos de la Suprema Corte de Justicia, cuando en sus ejecutorias, han establecido que cuando el Ministerio Público desiste de la acción penal, o cuando se abstiene de ejercitarla, no lo hace como autoridad sino como simple particular, o parte sustantiva, razón por la cual tampoco es procedente el amparo.

Este criterio dice el autor, no puede llevar sino a los extremos violentos de la venganza privada, ya que al ofendido por el delito se le cierran las puertas de la justicia y decepcionada de ella decide tomársela -

por propia mano, con grave peligro de la paz jurídico social, pues nadie está en condiciones de comprender la excelencia de esta supuesta técnica jurídica, pero mucho menos el que ha sido lesionado gravemente por un delito.

El autor, señala por el contrario que en el caso, hay real y efectiva flagrancia de violación de garantías individuales y que el juicio de amparo es procedente. Y decimos que hay violación de garantías, continúa el autor, puesto que el desistimiento y la abstención del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, es el acto de una autoridad que causa perjuicios irreparables al particular lesionado por el delito, sin que haya recursos ordinarios que puden hacerse valer ante el propio juez del proceso o de ninguna otra autoridad, dejando así sin defensa al propio particular.

"Borja Osorno, concluye, señalando que los efectos del amparo, serían en el sentido de que el Ministerio Público ejercitara su acción en -- los casos que sea procedente y que de ninguna manera serían la autoridad judicial o el recurrente, ofendido por el delito, los que tomarían en sus manos la acción penal". (136)

b) Opinión de Ignacio Burgoa.

"El maestro Burgoa, siguiendo la opinión del que fuera Ministro de la Suprema Corte, Fernando de la Fuente, dice que el ofendido debe tener el derecho de entablar la acción constitucional contra el acuerdo del Mi

(136) Borja Osorno, Guillermo, op.cit., pág. 125.

nisterio Público, en el sentido de no ejercitar su facultad persecutoria, -- pues de esta manera dicha institución y su jefe, que es el Procurador tendrían un dique, a su posible actuación arbitraria de dejar impunes los delitos o irreparados los daños causados por éstos al ofendido". (137)

El autor continúa diciendo, que para el caso de que se determine la procedencia de la acción de amparo contra dichas decisiones del Ministerio Público, la justicia federal tendría oportunidad de establecer, en caso concreto que se presentase a su conocimiento, si la negativa por parte de dicha entidad de perseguir un delito y acusar a su autor, estando o no legalmente fincada, pudiendo obligar a la mencionada institución a ejercitar la acción penal en el caso de que se reunieran los requisitos legales para el efecto. De esta manera quedarían, los derechos de los ofendidos por el delito sustraídos o cuando menos protegidos, de un posible proceder arbitrario del Ministerio Público y por ende, de las supremas autoridades administrativas de los estados, principalmente (gobernadores), quienes son los que nombran al Procurador de Justicia en sus respectivos estados, el cual a su vez es el jefe de tal institución.

c) Opinión de Juventino V. Castro.

"Juventino V. Castro, se proclama, por la procedencia del juicio de amparo contra actos del Ministerio Público que se niega a ejercitar la acción penal, ya que si bien la Constitución establece como función del -

(137) Burgoa, Ignacio, op. cit. pág. 48.

Ministerio Público, la persecución de los delitos, la establece como un deber ineludible que tiene que cumplir y no como un derecho que ingresa en su patrimonio personal y menos estableciendo la posibilidad de que con dicha -- función se prive de su patrimonio a los ofendidos por el delito". (138)

Dice el autor que los efectos del amparo, serían en el sentido de que el Ministerio Público ejercite su acción, en los casos en que se encuentra que sí procede y de ninguna manera sería la autoridad judicial o el recurrente ofendido por el delito, los que tomarían en sus manos la acción penal. Las víctimas del delito tienen derecho a que se les repare el daño que les haya causado éste y cuando el Ministerio Público se niega a - ejercitar la acción, puede privarlos de la posibilidad de obtener dicha reparación.

d) Opinión de Guillermo Colín Sánchez.

Se ha discutido insistentemente en la posibilidad de acudir - al juicio de amparo, como medio de control del ejercicio de la acción penal - y entre otros argumentos se ha dicho, que es improcedente, que no existe precepto constitucional que establezca como garantía la persecución de los delitos.

"Guillermo Colín Sánchez, dice que el juicio de amparo, no de - be entenderse como una institución creada únicamente para la protección de -

(138) Castro, Juventino V., op.cit., pág. 40.

intereses privados, sino por el contrario, para mantener el imperio del orden jurídico frente a todo acto arbitrario de quien detenta el poder". (139)

El autor entiende el juicio de amparo, como Burgoa, esto es - como una institución que tiene como finalidad proteger el orden establecido por la Constitución frente a la actuación autoritaria que lo quebranta en -- perjuicio de todo sujeto que esté colocado en la situación de gobernado; dice que las reformas legales que el caso amerita son obligadas, de no ser así el proceso penal continuará en todo y por todo dependiendo de un monopolio - estatal, que conduce necesariamente al desamparo social.

e) Opinión de Carlos Franco Sodi.

"Franco Sodi dice, que a su modo de ver las cosas, el control del ejercicio de la acción penal preferible, es el representado por el con-- curso de órganos jurisdiccionales y éste consiste en la intervención del Tri-- bunal revisando a petición de parte, la resolución del Ministerio Público, - negándose a actuar, de tal suerte que cuando el propio Tribunal encuentre in-- fundada dicha resolución ordena al órgano de la acción penal que la ejerci-- te". (140)

En México, señala el autor, el juicio de amparo llenaría tan-- importante función, si no fuera por que la Suprema Corte de Justicia de la

(139) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., pág. 262.

(140) Franco Sodi, Carlos, op. cit., pág. 39.

Nación, ha interpretado el artículo 21 Constitucional, en el sentido de que la resolución del Ministerio Público, negándose a consignar no viola las garantías individuales.

A mi juicio, señala el ilustre jurista, semejante criterio es demasiado estrecho. La disposición contenida en el artículo 21 de nuestra Carta Magna tiene un doble contenido o mejor dicho una doble garantía a saber:

Garantiza a todo ciudadano que sólo el Ministerio Público podrá ejercitar en su contra la acción penal; pero además garantiza a los ciudadanos que se perseguirán los delitos por el Ministerio Público, siempre -- que éste sepa su existencia y sufraje las demás exigencias legales.

Se argumenta, que la resolución de la Suprema Corte, concediendo el amparo a un individuo contra una resolución del Ministerio Público de negatoria de justicia, sería violatoria de la Constitución, pues haría intervenir al Poder Judicial en el ejercicio de la acción penal. No me parece sólido este razonamiento, dice el profesor Franco Sodi, pues la Corte en virtud de su amparo obligaría al Ministerio Público a actuar, pero no actuaría por éste, lo que sí resultaría contrario al artículo 21 Constitucional.

f) Opinión de Rafael Matos Escobedo.

Matos Escobedo, citado por Juventino V. Castro, señala que si

la negligencia o voluntaria abstención del Ministerio Público frente a un hecho delictuoso, causa perjuicio en los intereses patrimoniales del ofendido y es abstención es susceptible de considerarse indebida, con perdón del criterio vigente en la Suprema Corte de Justicia, se debe creer, que si da materia a una controversia constitucional, independientemente de que también le proporcione, para instaurar un juicio de responsabilidad que mire a la posición de la autoridad omisa y no a los derechos del damnificado; y es que la abstención produce dos violaciones: la del derecho social de castigar, que da materia a un juicio de responsabilidad y la del derecho que el ofendido tiene a la reparación del daño; violación esta que debe ser materia de un juicio de amparo.

g) Opinión de Angel Martínez Pineda.

Respecto de la abstención del ejercicio de la acción penal, cuando están reunidos los requisitos o exigencias del artículo 16 de la Constitución General de la República; dice el autor que es incuestionable que tiene importancia el control constitucional, para averiguar o vigilar si el acto está contenido en los límites de la competencia atribuida al órgano de acusación o está contenida en los límites del derecho.

El poder del estado, es un poder jurídico y consecuentemente ejercitado en ciertos límites jurídicos, es decir, todos absolutamente todos los actos del estado está sometidos a una apreciación jurídica.

"Ahora bien, la abstención del ejercicio de la acción penal,-

acto del estado dice Martínez Pineda al través del órgano de acusación, va en contra de las garantías de seguridad jurídica que establece el artículo 21 de la Constitución General de la República; y uno de los criterios directivos de la acción penal aceptado entre nosotros, es el principio de legalidad, el que consiste y se funda en que ineludiblemente debe promoverse el ejercicio de la misma, siempre que estén reunidos los presupuestos o exigencias necesarias y aquí estamos frente al imperativo hipotético de que habló Kant, - o como dice Florian, el ejercicio de la acción penal está inspirado en el principio de legalidad cuando esta tiene que ser ejercitada por los órganos necesarios para ello y sin atender para nada a la consideración de la utilidad que del mismo puede derivarse". (141)

El hombre tiene derecho a exigir la garantía de seguridad jurídica y ya estamos frente a la juricidad, cuando una conducta lesiona un bien reconocido y protegido por el estado para la convivencia social. Además como la acción penal es necesaria, porque si están reunidos los requisitos o exigencias legales para su ejercicio, debe promoverse por el órgano de acusación al no hacerlo éste, desatiende un imperativo constitucional, contenido en el artículo 21 y viola insistimos un derecho del hombre denominación correcta, porque se llaman garantías individuales dice el autor, a algunos de aquellos derechos del hombre, que nuestra Constitución reconoce. Y ya se ha dicho que ni todas las garantías individuales son derechos del hombre, ni todos los derechos del hombre han tomado forma de garantías indivi-

(141) Martínez Pineda, Angel, op. cit., pág. 87

duales en nuestra Constitución.

"Las argumentaciones de la Corte, dice Martínez Pineda, con todo respeto nos parece sofisticada. En efecto, al admitirse el control constitucional, no implica que el ejercicio de la acción penal ya no estaría encomendada al Ministerio Público y a la policía judicial, sino que ambas la compartirían con la policía judicial, la que tendría bajo su mando inmediato a aquellos, por que el poder judicial no va a investigar delitos ni va a ejercitar la acción penal. El poder judicial va a comprobar si están o no reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional y es bien sabido que las -- sentencias pronunciadas en el juicio federal no tienen otro efecto, cuando se ampara que nulificar el acto reclamado, obligando a la responsable del mismo a la reparación de la garantía violada, pero sin que la sentencia de la autoridad federal sustituya a la sentencia o autoridad que la motiva; al hacerlo la primera cumple con el mandato constitucional contenido en los artículos - 103 y 107 de nuestro Código Político y permanece intacto el equilibrio de -- los poderes".⁽¹⁴²⁾

El autor dice que si la autoridad judicial, no conoce del juicio de garantías, delata su debilidad ante el tabú, ante la omnipotencia, ante el monstruo del estado: el órgano de acusación pues en nuestro país - democrático, así lo define la Constitución Federal, es la única autoridad -- que no debe justificar la constitucionalidad de sus actos. Si bien es cier-

(142) Ibidem; pág. 88.

to que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal; también es verdad que dicho monopolio no es un cheque en blanco girado a favor del - órgano de acusación y que este pueda llenar como le plazca.

No admitiéndose el juicio de garantías, puede decirse del Ministerio Público, con Brofferio, que es un poder fiscal, lleno de vanidad, - de pompa, de riqueza instrumento de despóticos gobiernos de un control juris diccional de índole constitucional.

h) Opinión de Teófilo Olea y Leyva.

El punto que el autor, llama neurálgico de su estudio; en su obra intitulada "EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LAS VICTIMAS DEL DELITO"; es la cuestión batallona, en la que se esgrime el argumento que el autor, llama de Aquiles, consistente en el amparo, como medio de impugnación contra actos -- del Ministerio Público que es parte en el proceso penal; no puede ser el con trol externo de la institución, porque se entregaría a los jueces federales- el ejercicio de la acción pública, lo cual peca contra el sistema acusatorio instituido por el artículo 21 Constitucional.

El argumento Aquiles; señala el autor, tiene a no dudarlo, su talón vulnerable; todo cuanto se diga en forma analítica; nos llevará de la mano; para herir de muerte a tan deleznable argumento y al efecto, el argumento del autor, puede descomponerse en las tres críticas siguientes, a los sostenedores de la no procedencia del juicio de amparo; por medio de control del ejercicio de la acción penal en México.

a) El Ministerio Público es parte en juicio y no procede el amparo, sino contra actos de autoridad.

"Olea y Leyva, señala que la primera cuestión, sobre si el Ministerio Público es parte en el juicio y no autoridad, le ha parecido siempre un escamoteo de palabras, indigno de juristas, que lo mismo sirve para negar el amparo contra los actos del Ministerio Público, que para concederlo; según convenga que sea parte o autoridad".⁽¹⁴³⁾

El autor señala, que nuestra jurisprudencia ha elucubrado un concepto de parte respecto del Ministerio Público, que por sus mismas palabras le está negando esa calidad; se dice que es parte formal, parte pública, parte social, cuasi parte o parte "sui generis". Para que sea parte en el juicio penal, cuando proceda por vía de acción, le falta el atributo esencial a la acción pública que representa el Ministerio Público y que es el interés en el obrar. La legitimación y la titularidad de ese interés que Chioyenda, llama elemento específico de la acción; y no se diga que en la acción pública se contiene el interés público como atributo específico, pues llegaríamos al absurdo de sostener que el interés público es un interés desinteresado.

Es que la acción pública y el órgano del agente de su representación llevan en su esencia y en su ser el desinterés de que se aplique -

(143) Olea y Leyva, Teófilo y José María Ortiz Tirado, "EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO", Nueva Colección de Estudios Jurídicos (16), Editorial Jus, México, D.F., 1978, pág. 60.

exactamente con las caracteres de una exigencia punitiva; y esa actividad -- nunca es la de una parte sino la del funcionario que en órbita del proceso, -- es un funcionario y una autoridad, que en su función de pedir y obrar puede violar garantías individuales porque no es infalible. Y si para los efectos de la ley de amparo se considera a la autoridad responsable como parte, no -- por ellos se puede concluir que la ley quiera que dicha autoridad responsa-- ble pierda su carácter de tal y se convierta en particular. Parte en juicio y autoridad no son incompatibles; parte en juicio y particular no son sinóni mos, a dicho en forma relevante Octavio Medellín Ostos.

Agrega este autor, que las actividades del Ministerio Público tienen dos aspectos: actos que por sí no son definitivos para crear o deci-- dir una situación de derecho y aquí se acerca a la actividad del particular-- y que necesitan la decisión del juez para que la situación de derecho se -- cree; y actos que por sí solos crean una situación jurídica (tal como el de-- sistimiento o la abstención del ejercicio de la acción penal) y este es el -- caso típico del acto de autoridad. Que contra los primeros no se acepte el -- amparo, no importa; porque ni benefician ni perjudican a los particulares, -- puesto que requieren la intervención del juez para crear o extinguir una si-- tuación de derecho. Pero contra los segundos (desistimientos o abstención -- del ejercicio de la acción, el amparo es indiscutiblemente procedente).

b) La Corte Suprema no puede ser el ansiado órgano de control externo del no ejercicio de la acción penal; porque en último término serfa-- un juez el de obligarse al acusador a ejercitar dicha acción.

En cuanto a esta segunda cuestión, se debe hacer un distingo de gran importancia y muy digno de tener en consideración. El amparo no pue de ser control externo de revisión de los actos del Ministerio Público en -- aquellos casos que ya en la iniciación de la acción o en el curso del proce so, la abstención, el desistimiento o la no acusación sólo afectan intereses públicos que pueden turbar la conciencia social. En este caso, no hay parte agraviada por lesión de los derechos y garantías individuales. En cambio, - el amparo sí es un control mínimo externo cuando el desistimiento, la absten ción o no acusación del Ministerio Público lesiona los derechos de una victi ma como parte agraviada, que tiene y debe tener todo derecho, para hacerlos- valer por medio del juicio de garantías.

En el primer caso, el no ejercicio de la acción necesita del- órgano interno del Procurador y necesita del externo, que en el caso no se-- ría el amparo, especialmente para obligar al Ministerio Público a seguir el- proceso para la imposición de las sanciones penales y pecuniarias, precisa-- mente en aquellos casos en que las víctimas no tienen voluntad de exigir la- reparación del daño en que no aparece parte agraviada, pues entonces obra el Ministerio Público de acuerdo con la ley, (principio de legalidad) como un - sustituto procesal bien definido.

c) La parte civil no tiene derecho a pedir el amparo porque- sopretexto de velar por sus intereses patrimoniales, privados, manipularía-- la acción penal que corresponde al Ministerio Público.

Olea y Leyva señala, que el punto más espacioso de la cuestión que se analiza, es aquél que trata de poner de resalto la confusión -- del Ministerio Público y la del juez en una misma actividad sí, como se pretende, por medio del amparo es la Corte Suprema la que puede obligar al Ministerio Público, bien a no abstenerse de investigar y de iniciar un proceso, o ya contriñiéndole a cumplir con su deber de acuerdo con la ley, continuando un proceso.

En la Suprema Corte, a no dudar, un juez que representa, la-- más alta jurisdicción del país; pero no es un Tribunal de justicia común que por medio de su arbitrio, valora acciones, pruebas y personas para aplicar-- las leyes con el conocimiento inmediato de los hechos que acontecieron en su jurisdicción. Es en cambio la Corte Suprema, un Tribunal de garantías constitucionales, que dejando aparte y respetando la soberanía de los jueces del orden común de cada entidad federativa, en la estimación legal de la acción y la apreciación de las pruebas, solamente juzga a través del amparo, si con motivo de los actos de autoridad, sea ésta judicial, legislativa o administrativa se han conculcado o no los derechos del hombre garantizados por la constitución, amparando o negando esa protección en cada caso concreto.

Por eso es que el Poder Judicial que representa la Corte Suprema, además de ser un Tribunal de garantías, es fundamentalmente un poder-regulador que en su funcionamiento tiene el cometido de limitar a los demás-poderes mediante el noble y generoso juicio de garantías constitucionales, - y proteger y amparar al hombre y al ciudadano en la individuación de una per-

sona humana agraviada contra las leyes o actos de autoridad que vulnere o -- restrinja esos derechos públicos subjetivos. Este poder del amparo no es po der derogatorio de leyes, sino el que anula en casos concretos, el acto mate ria de la queja, sin hacer declaraciones generales de inconstitucionalidad, lo que corresponde al poder que formula la ley quien se ve obligada a derogar la ante la evidencia de la verdad legal mostrada por el poder que la aplica en la actuación de un caso concreto. La Corte Suprema es un Tribunal de ga rantías que se autolimita y limita a los otros poderes. Como Tribunal de ga rantías no es una tercera instancia, para reexaminar la sentencia sustituyén dose y suplantando a los jueces naturales: el amparo, dice Vallarta, juzga de la constitucionalidad de los actos de las autoridades, no de la injusticia de esos mismos actos. Si bien el juez federal juzgará de los procedimientos de un juez común cuando éstos violen una garantía individual nada tendrá que hacer cuando este mismo juez obre con injusticia, falte a sus deberes, se de je cohechar, etc.; nosotros dice Olea y Leyva, no sólo proclamamos el princi pio de que el amparo no fue instituido para entorpecer el curso de la justi cia, ni para establecer la anarquía de los procedimientos judiciales y aún - en el orden jerárquico de la magistratura, ni para subvertir todo orden y to da ley, sino que lo practicamos dándole vida en nuestras mismas leyes, señalando el límite hasta donde la justicia federal puede llegar, amparando ga-- rantías y límites que respeta el ancho campo en que se ejerce la jurisdicción ordinaria.

¿Se podría pedir mayor autoridad para dejar sentado definiti vamente que el juez federal, que conoce de la constitucionalidad de los ac--

tos de toda autoridad, no es el juez del proceso que decide sobre la justicia o injusticia en el cual forma parte activa el Ministerio Público?. Se dirá que el suplir la deficiencia de la queja en el amparo penal es una aplicación del principio de la investigación de la verdad real, material o histórica; pero esta institución no tiene en verdad una aplicación en la substancia del proceso penal, sino sólo en cuanto al juez federal se sustituye al agraviado, para ser valer exclusivamente la realidad jurídica generadora de una violación de garantías que por torpeza el defensor del acusado deje de hacer valer en la demanda propuesta, al entablar el juicio de amparo.

Si como queda demostrado, la Corte Suprema es un poder de control de las garantías constitucionales susceptibles de violarse por toda autoridad supuesta responsable, asegurando así la unidad jurisdiccional sobre todos los demás poderes, solamente un simplicismo ajurídico, o una tendencia o utranche de conservar la omnipotencia actual del Ministerio Público, podrá continuar sosteniendo que el juez del amparo de garantías, al controlar los actos del Ministerio Público como los de cualquiera otra autoridad, reúne las funciones de acusador y de juez en el proceso penal con detrimento del sistema acusatorio, lo cual Franco Sodí no lo estima como argumento de buena fe.

Y no puede serlo, indica Olea y Leyva, toda vez que el efecto del amparo contra actos por omisión del Ministerio Público, en su función procesal, no es el de que el juez federal lo obligue a acusar, fijándole hasta la clasificación del delito, modalidades y aún la pena aplicable, toda vez que la concesión del amparo sólo significa: que por medio de un juicio -

concentrado de anulación, como es el amparo, se invalida el acto reclamado - por inconstitucionalidad y esta anulación no trae como consecuencia inmediata el obligar al Ministerio Público a que obre en determinada forma, pues es to podrá ser en todo caso, una consecuencia mediata, según su criterio, para seguir en su actividad procesal un camino diverso de inicial que le ha sido cerrado por violatorio de la Constitución. Y esto, que es el ABC, del juicio de garantías, no reclama mayor insistencia, concluye Olea y Leyva.

d) La postrera cuestión del aquiliano argumento completa el cuadro de las falacias esgrimidas por los sostenedores, de la nefasta actitud de la Corte Suprema, ante la cuestión que se analiza, y que se traduce en una perfecta denegación de justicia al declarar improcedente la demanda de amparo de las víctimas del delito. A pretexto de los intereses patrimoniales privados, se dice, la parte civil o coadyuvante pretende manejar la acción pública y al Ministerio Público. Para evitarlo se depositaron en éstas ambas acciones y a fin de lograrlo, se le puso el nombre de "Pena Pública", a la acción civil proveniente del ámbito del delito. De ahí, en más será el representante social quien tenga que cargar en sus espaldas con el interés privado y con la acción pública; repetimos, concluye Olea y Leyva, que este sistema no es nuevo y fue ensayado en Italia.

1) Opinión de Javier Piña y Palacios.

Javier Piña y Palacios, señala que el problema, puede plantearse de la siguiente forma: dado el criterio de la Corte Suprema y el texto del artículo 21 Constitucional; si el Ministerio Público quiere ejercitar

al particular por el delito, la reparación puede consistir en la restitución o en la indemnización del daño causado, cualquiera que sea el patrimonio violado. Cuando se trata de una lesión cuya reparación es posible por la vía civil, queda restituida aquélla con la indemnización por el pago de los daños y perjuicios; pero tratándose de la sociedad, no puede decirse que quede reparada la lesión que le causó el delito mediante el pago de daños y perjuicios, porque el patrimonio de la sociedad es de naturaleza distinta a la del particular.

"El Lic. Piña y Palacios, estima que dentro del patrimonio-- de la sociedad, está el derecho que tiende a que no se altere el orden social y cuando ese orden sufre alguna alteración, el patrimonio de la sociedad se vulnera; por lo mismo la reparación del daño. En ese caso no puede consistir en la indemnización de daños y perjuicios, ni tampoco queda reparado el daño causado a la sociedad porque se le repare al particular. Con la indemnización no vuelve la sociedad a adquirir el orden que ha sido alterado; para ella la lesión en su patrimonio queda reparada, cuando se aplica al miembro que alteró el orden, el tratamiento mediante el cual está la sociedad segura de que regresara a su seno readaptado"⁽¹⁴⁵⁾

De lo anterior se puede concluir que existe claro y preciso un derecho de la sociedad: el que tiende a que se le repare el daño causado por el delito, el que tiende a que regrese a su seno readaptado, el que violó su patrimonio. Este derecho que queda vulnerado sino se aplica la pena;

(145) Ibidem, pág. 93.

ya sea porque el Ministerio Público no pida su aplicación, ya porque se desista del ejercicio de la acción penal o porque no la ejercitó estando comprobados, delito responsabilidad y participación propuestos de la pena. Es te derecho, ya se ha dicho, no se repara porque se siga un proceso al Ministerio Público y se le aplique una sanción. La aplicación de ésta, sólo produce como efecto, el que el agente del otro delito, regrese al seno de la so ciedad readaptado.

Pero la violación queda en pié, la aplicación de una sanción al Procurador o agente no reeduca, ni readapta al que quedó en libertad, por que el Ministerio Público no ejercitó la acción, se desistió de ella o formuló conclusiones no acusatorias, existiendo elementos para pronunciar sen- tencia condenatoria.

Ahora bien, si ese derecho que tiene la sociedad a que se le readapte, es tan claro y preciso; el autor se pregunta ¿porqué no iniciar -- con él un nuevo capítulo, en nuestra Constitución, capítulo que se intitularía, "DE LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD", y que estarían garantizados por aquélla? ¿porqué no erigir en garantía social ese derecho e incorporarlo a la Constitución?; no vemos ningún inconveniente, señala Piña y Palacios, en que se dé ese primer paso, aún cuando desde luego, confesamos que el sólo no resuel ve el problema, pero sí podemos afirmar que es el antecedente necesario de la solución del problema.

"Dice Piña y Palacios, si es tan típicamente nuestra la téc-

nica que emplea el artículo 21 Constitucional, si lo es igualmente la del amparo; ¿Porqué no tratar de solucionar el problema empleando una técnica parecida a la del amparo?; no digo que sea la misma, pero ¿Porqué no utilizar la experiencia, que nos ha dado esa institución para con ella organizar una nueva, que permita el funcionamiento de la garantía social con el objeto de salvar definitivamente el escollo que presenta al libre desarrollo del Ministerio Público, la actividad equivocada del mismo, que puede tener por origen, - la pasión, el error o la ignorancia; si mediante una técnica parecida a la -- del amparo erigiéndose en garantía social ese derecho, la Suprema Corte pudiera intervenir en el exámen y decisión de si la garantía había sido o no violada; por la abstención del Ministerio Público en el ejercicio de su acción penal, creo que la solución del problema se habría encontrado dice el autor". (146)

El licenciado Piña y Palacios, dice que a quienes a plantea do la solución, hacen las siguientes objeciones; a las cuales responde en los términos que a continuación se expresan; se dice que si quien provocara la actividad de la Corte fuera el particular ofendido quedaría en manos de él, en último término el ejercicio de la acción penal. A este respecto, el autor hace observar, en primer lugar, que en el caso del particular, ya no obraría como tal, sino como un miembro de la sociedad intercedido ya no en la reparación de su daño, sino en la del causado a la sociedad y en este caso también podrían acudir al juez, el secretario o cualquiera otro que tuviera conocimiento de la violación y acudirían no como juez, ni como secretario, ni como par-

(146) Ibidem, pág. 94

titular, sino como miembro de la sociedad, como interesados en que a esa sociedad de la que forma parte, se le repare el daño que le ha causado el delito; de esta forma sería la sociedad misma, por medio de uno de sus miembros, la que provoque la actividad de la Suprema Corte, para que ésta, revisando el procedimiento, decidiera si existía o no la violación; pero se sigue objetando; en este caso tampoco se conservaría la técnica del artículo 21 Constitucional, porque la Suprema Corte, al decidir, en último término, si hay o no violación, estaría ejercitando la acción penal, a este respecto recordando al maestro Rabasa dice el autor, cabría preguntar ¿No podría decirse que aquí la Corte no obra como juez, sino que obra como "PODER", y que como tal está obligado a velar por la conservación del orden social, que una de sus funciones principales es cuidar de que la sociedad no esté en peligro de desaparecer y que desaparecería si se permitiera que estando comprobados delitos, responsabilidad y participación, sólo por que el Ministerio Público, es el único titular del ejercicio de la acción y está facultado para desistirse de ese ejercicio, dejando así sin reparación el derecho de la sociedad violada?.

Por otro lado, si es el delito el que da origen a la acción, en tanto que el delito quede impune, en tanto que no se aplique el medio readaptados, no se lo cumplido con el objeto que tiene la acción y en consecuencia ¿No podría estimarse que al desistirse el Ministerio Público, se ha desistido del ejercicio y no de la acción misma y que en consecuencia, ha habido una especie de desistimiento de la instancia, pero no de la acción y que en otra nueva acción, está en que la Suprema Corte de Justicia, actúa como poder, no habiendo desaparecido la acción podría reanudarse el ejercicio de la misma?

Concluye el autor señalando; "no nos atrevemos a decir que con los elementos a que se han hecho referencia, pueda obtener la resolución del problema en forma definitiva; pero me pregunto ¿No estará ahí el camino - o por lo menos señalado el rumbo?.

B) Los que propugnan por la procedencia del amparo como control del ejercicio de la acción penal.

a) Opinión de Sergio García Ramírez.

García Ramírez dice, que aún cuando existan algunos argumentos sólidos por parte de los partidarios de la procedencia del amparo como -- control del ejercicio de la acción penal y por parte de los que no lo consideran procedente. Es claro que la no consignación involucra un acto de autoridad y una decisión de quien todavía no es parte en el proceso, no es posible dejar de reconocer, continúa el autor, que ni la Constitución ni la ley secundaria consagran derecho alguno del ofendido al proceso penal del inculcado.

Así parece admitirlo Guillermo Colín Sánchez, partiendo de la procedencia del amparo en caso de no ejercicio de la acción penal; cuando recomienda se reformen las leyes para hacer procedente el amparo en esta hipótesis. El interés del ofendido sobre la reparación del daño queda suficientemente protegido mediante el acceso a la vía civil, sobre la base de lo que ya no podría ser calificado de ilícito penal sino de ilícito civil; empero no por ello se causaría al perjudicado daño en sus derechos patrimoniales únicos, que en su favor emana del delito.

"García Ramírez concluye, señalando, que con base en los -- elementos por él expuestos, es improcedente el amparo, en los casos de no -- ejercicio de la acción, desistimiento de la misma o formulación de conclusiones inacusatorias por parte del Ministerio Público".⁽¹⁴⁷⁾

b) Opinión de Rafael de Pina.

De Pina dice, que la atribución al Ministerio Público del - ejercicio de la acción penal, con carácter exclusivo, plantea en la práctica - serios problemas, uno de ellos, sin duda no el menos importante, se refiere - al estado de indefensión en que puede considerarse colocado el particular, -- cuando no obstante la inactividad del Ministerio Público, estima que existe - una infracción penal que directamente le afecta.

Los tratadistas mexicanos, en general, consideran como fórmula aceptable, para salvaguardar al interés de la persona directamente perjudicada por la infracción penal, en los casos de inhibición del Ministerio Público; la declaración de procedencia del amparo contra la abstención del representante de dicha institución. La Suprema Corte de Justicia ha rechazado reiteradamente semejante fórmula, aunque los argumentos en que se basa, no de ben considerarse como felices.

La declaración de procedente del amparo, en los casos de inhibición del Ministerio Público, para decidir si debe o no ejercitarse la ac-

(147) García Ramírez, Sergio, op. cit., pág. 201

acción penal, es de todas las fórmulas que puedan imaginarse para resolver el problema a que estamos refiriéndonos, la menos recomendable.

Tiene aparte de otros inconvenientes, el de que dada la naturaleza del acto reclamable, permitirá siempre al culpable de la infracción penal, aprovechar el tiempo que transcurra desde la interposición del amparo hasta su resolución, para colocarse fuera del alcance de la justicia o para preparar su defensa en la mejor forma que le sea posible. El remedio en la generalidad de los casos, llegará tarde. Esta solución no servirá prácticamente para otra cosa que para agravar, el perverso problema del "REZAGO", para el cual tampoco hay otra salida, que una reforma radical del amparo, con un criterio muy distinto de aquel con el que se ha intentado otras veces infructuosamente,

"De Pina, dice, que dada la naturaleza del Ministerio Público, es indudable que los funcionarios al servicio de esta institución, no pueden, ni deben ser sometidos a la orden de ningún órgano jurisdiccional, por elevada que sea su categoría, en cuanto afecta al ejercicio de sus funciones sin destruir el sistema de separación entre los juzgados y tribunales y los órganos del Ministerio Público establecidos en atención a la naturaleza misma de su cometido".⁽¹⁴⁸⁾

Imponer al Ministerio Público el ejercicio de la acción pe-

(148) De Pina Rafael, op. cit., pág. 117.

nal, como consecuencia de una resolución judicial, que es la conclusión a que conduce la concesión del amparo como remedio a la situación de indefensión de los derechos de la víctima del delito, creada por la inhibición del Ministerio Público, en un régimen de monopolio oficial del ejercicio de la acción penal, aparte de que no conducirá prácticamente al resultado apetecido, equivale a desconocer peligrosamente la autonomía de la función del Ministerio Público frente a los tribunales, necesaria para que el juego de los distintos órganos que contribuyen a la administración de justicia en el ramo penal garantice igualmente el interés público y privado, inseparables en los resultados de las actividades procesales.

En consecuencia dice el autor, la única forma de control admisible en cuanto se refiere al ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, es la que se produce en todo servicio público ejercido por el superior sobre el inferior con o sin órgano específico; forma de control que no existe en la Legislación Mexicana, aunque su eficacia sea tan discutible como discutida y que no habría de desaparecer, aunque se provase a los funcionarios de esta institución del monopolio de la acción penal, pues una fiscalización de esta naturaleza sobre la actividad de los funcionarios afectados a cualquier servicio oficial es siempre necesaria.

"De Pina, señala, que frente al problema abordado, existen dos soluciones, entre las cuales es posible escoger la de acabar con el monopolio de la acción atribuido al Ministerio Público, estableciendo el sistema de la ley española de enjuiciamiento criminal de quince de septiembre de 1882,

que permite el ejercicio de la acción de parte junto a la oficial del Ministerio Público y que puede ejercitarse aún en el caso de desistimiento de éste y otra otorgar al Ministerio Público para el ejercicio de la acción, pero reservando a los perjudicados directamente por el delito, el derecho de ejercerla, cuando el Ministerio Público, no lo haga por cualquier motivo". (149)

El Ministerio Público cuando desiste de alguna acusación o cuando no se cree en el caso de iniciarla, no infringe ningún deber, puesto que su deber está no sólo en acusar, sino en no acusar también, cuando proceda hacerlo, según las circunstancias. En presencia de un acto delictivo -- (cuando deba actuar, como en México, de acuerdo con el principio de legalidad o con arreglo al de la oportunidad), tendrá el deber de mantener la acusación, pero ante uno que no lo sea, aunque tenga apariencia de tal, su deber consistirá en inhibirse; la apreciación del caso le corresponde a él y a nadie más.

Establecer que algún juez o tribunal, pueda sustituirle en esta apreciación supondría autorizar una confusión peligrosa entre dos funciones radicalmente distintas: la de juzgar y la de provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para que juzguen cuando se afirma que el Ministerio Público "JUZGA", porque su inhibición en el sistema de monopolio de la acción, equivale a la absolución del inculpado, se desconoce que ello es simplemente el resultado característico del principio que exige para su existencia de un proceso de tipo acusatorio o mixto, la presencia de un acusador.

(149) Ibidem, pág. 119.

El autor se pregunta ¿Cuáles son las características del -- sistema ecléptico o español, que nosotros hemos juzgado preferible al del sistema del monopolio del ejercicio de la acción penal?; la ley de enjuiciamiento criminal española de 1882, da a juicio del autor, una regulación perfecta del ejercicio de la acción penal.

El ejercicio de la acción penal, corresponde de acuerdo con esta ley (artículo 10), al Ministerio Público, pero no con carácter exclusivo; todos los ciudadanos españoles y desde luego el ofendido por la infracción penal pueden ejercitarla con arreglo a las prescripciones legales.

Los funcionarios del Ministerio Público, tienen la obligación de ejercitar con arreglo a las disposiciones de la ley, las acciones penales correspondientes, haya o no acusador particular, salvo en los casos en que el código penal reserve exclusivamente la persecución al querellante particular. También deben ejercitarlas en los procesos por delitos contra la honestidad que con arreglo a las prescripciones del Código Penal deban denunciarse previamente por los interesados o cuando el Ministerio Público mismo deba a su vez denunciarlos o recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltos de personalidad (artículo 105 de la ley citada).

La amplitud con que se concede en la Ley Española de Enjuiciamiento Criminal, el ejercicio de la acción penal, tiene sin embargo sus limitaciones, en virtud de ellos, no pueden ejercitarla (artículo 102):

I.- El que no goce de la plenitud de los derechos civiles;-

II.- El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme, como reo de delito de denuncia o querrela calumniosa.

III.- El juez o magistrado.

Esta última limitación, en cuanto a las personas a que se refiere, no comprende el ejercicio de la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes, contra las personas o bienes de sus cónyuges ascendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines; y por lo que -- respecta a los condenados por denuncia o querrela calumniosa, jueces y magistrados, también podrán ejercitarla por delito o falta cometido contra las personas o bienes de las que estuvieren bajo su guarda legal.

En cuanto a los extranjeros, de acuerdo con la ley española, pueden ejercer la acción penal y la civil derivada del delito por los cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados; presentando fianza para responder de las resultas del juicio, salvo lo dispuesto en los tratados o por la citada ley de enjuiciamiento criminal.

"El sistema ecléctico cuyas características han quedado señaladas someramente, señala de Pina, es sin duda, el más perfecto de los -- tres a que nos referimos, pues reúne las ventajas que se atribuyen a los -- otros dos y elimina los inconvenientes, que de la acción exclusiva, oficial o

particular, pueden sin duda derivarse". (150)

En la práctica de éste sistema, la acción es ejercitada, - únicamente en la generalidad de los casos por el Ministerio Público siendo ex ceptional la presencia del querellante particular, que sólo se produce, cuando las circunstancias lo aconsejan especialmente, (siempre con la asistencia obligatoria de un letrado y la representación de la parte por medio del procu rador) y verdaderamente rara la del actor popular, figura del proceso penal - que sólo surge con ocasión de aquellos delitos que por su gravedad o reiteración son susceptibles de producir singular alarma a la sociedad.

El ejercicio caprichoso o malicioso de la acción penal, no está por otra parte libre de riesgos, para quienes la intentan, por lo que el azar de correrlos no deja de ser un freno en esta clase de intervenciones.

"De Pina dice, que la experiencia profesional de muchos - - años, le ha permitido considerar este sistema como excelente y sin género alguno de duda, como muy superior al del monopolio oficial de la acción pe - - nal". (151)

De cualquier modo, si se estimase preferible adoptar el de-

(150) Ibidem, pág. 121

(151) ibidem, pág. 122.

al acción de parte subsidiaria del Ministerio Público, no cabe duda de que es también superior al del monopolio oficial y no presenta ninguno de sus inconvenientes.

Con lo que hay que acabar, concluye el autor, y en forma urgente, es con el monopolio absurdo de la acción penal, atribuido en México al Ministerio Público.

C) Nuestra Opinión.

El sistema de control interno de la actividad del Ministerio Público, a nuestro juicio, no satisface las aspiraciones populares de justicia, creemos que; el abuso del órgano de la acción penal, entre nosotros es factible y por desgracia en no pocos casos se ha manifestado como una realidad. De aquí se sigue la necesidad de encontrar una forma de control externo del ejercicio de la acción penal a través del juicio de amparo.

La Suprema Corte, como ya se dijo en cuartillas anteriores, se ha negado a la procedencia del juicio de amparo, como control del ejercicio de la acción penal, en caso de abstención por el Ministerio Público, aduciendo que no hay violación de garantías individuales, que el Ministerio Público no es autoridad responsable para efectos del amparo etc.

Este criterio de la corte ha sido muy debatido. En principio puede afirmarse que la mayoría de los tratadistas mexicanos están de --

acuerdo en que este criterio ha hipertrofiado el alcance del artículo 21 de la Constitución General de la República; en este sentido son claros, Franco Sodi, Piña y Palacios, Martínez Pineda, etc.

El objeto de la acción de amparo pretendida por su titular y quejos, consiste en que se le imparta la protección jurisdiccional, por los órganos jurisdiccionales de control, contra cualquier acto de autoridad; en sentido amplio, que sea inconstitucional y concretamente que viole las garantías individuales o que entrañe interferencia entre las órbitas competenciales de las autoridades de la federación y de los estados; según lo señala el artículo 103 de la Constitución Federal de la República.

La imposibilidad para que el órgano de control estudie y dirija la cuestión fundamental, planteada al ejercitarla la acción de amparo, debe ser jurídica, es decir debe estar prevista normativamente.

Ahora bien, los impedimentos que provocan esa imposibilidad, denominados también causas de improcedencia del amparo, propiamente como acción o como juicio, se señalan en la Constitución o en la ley de amparo; -- cuando la improcedencia del amparo, se contiene en la Constitución, estaremos hablando de la improcedencia del amparo, es decir en la Constitución, estaremos hablando de la improcedencia Constitucional y cuando se consigna en la ley de amparo se referirá a la improcedencia legal, cuyo modo de señalamiento en el artículo 73, es limitativa, es decir que únicamente en los casos y circunstancias previstas en dicho precepto pueden constituir la causa de la im-

procedencia; por lo que por exclusión, fuera de las causas legalmente enumeradas, no debe deducirse ninguna otra causa al respecto. Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte al afirmar que: la Corte ha estimado -- que no existen más causas de improcedencia en el amparo, que las expresamente señaladas en la ley. Independientemente de la consignación legal de las causas de improcedencia del juicio de amparo, la Suprema Corte en distintas tesis jurisprudenciales y basándose en distintos factores, tales como la naturaleza del acto reclamado, la índole especial del quejoso, las prohibiciones --- Constitucionales, etc.; ha elaborado algunas reglas que establecen la improcedencia de la acción de amparo, en varias hipótesis determinadas y dada la importancia que alguna de tales reglas reviste, haremos referencia con razgos - generales a ella.

Interpretando el artículo 21 Constitucional, en la parte relativa a las facultades del Ministerio Público; la Suprema Corte ha señalado que: "los particulares no pueden tener ingerencia en el ejercicio de la acción penal, que en el artículo 21 encomienda al Minsiterio Público y por consiguiente, el querellante de un delito, no puede combatir mediante el juicio de garantías, desplegada con aquel fin, puesto que esas providencias, no afectan directamente sus derechos patrimoniales o personales, sino que tales determinaciones atañen al interés social;" tesis 190 (152)

El fundamento que la tesis jurisprudencial, aduce para in--

(152) JURISPRUDENCIA CITADA POR JOSE FRANCO VILLA, op. cit., pág. 225

terdecir a los particulares ofendidos la acción de amparo contra actos del Ministerio Público, que se relacionan con el ejercicio de la acción penal, consiste en las circunstancias de considerar a éste organismo como titular exclusivo y excluyente de tal facultad, de conformidad al artículo 21 Constitucional.

Los defensores de éste punto de vista que ha suscitado en la Primera Sala de la Corte Suprema apasionadas polémicas, afirman que si se autorizara al particular ofendido para atacar por vía de amparo, la resolución del Ministerio Público, en funciones de investigador o acusador público, se pondría la persecución de los delitos en manos de una persona privada y como consecuencia, la acción respectiva se concedería a los órganos jurisdiccionales federales, quienes estarían en posibilidad de resolver sobre su ejercicio al otorgar la protección federal al quejoso, lo cual pugnaría con nuestro sistema penal, en el que la acción persecutoria, está prohibida a los jueces.

Nuestra opinión, en el sentido, de que no estamos de acuerdo con la improcedencia del juicio de amparo, contra actos del Ministerio Público, cuando realiza o deja de realizar funciones persecutorias de los delitos. Si bien es verdad que cuando dicha institución resuelve no ejercitar la acción penal, está obrando conforme a una facultad, que le confiere la Constitución, pero ésta en manera alguna excluye la posibilidad de que cuando, el no ejercicio de dicha acción no se justifica, la decisión negativa sea impugnabile. Más aún la Constitución Federal, en su perseguir ante los tribunales, todos los delitos de índole federal. En otras palabras nuestras, la Ley Su-

prema, no solamente consagra en su artículo 21, en favor del Ministerio Público o Local, la facultad de perseguir delitos, sino que impone la obligación de perseguirlos.

Ahora bien se ha dicho que la improcedencia Constitucional de la acción de amparo, diferente de su improcedencia legal, solamente puede establecerla la Constitución, en otras palabras, es únicamente la Carta Magna, la que puede consignar las hipótesis en que no sea factible la procedencia -- del juicio de amparo por modo absoluto, esto es, sin que ésta dependa de factores, que puedan o no ser en cada caso concreto; pueden vedar el ejercicio - válido de la acción de amparo, pero no impiden que el juicio de garantías - prospere respecto de otras situaciones concretas análogas, pertenecientes a - la misma hipótesis genérica; por ejemplo; puede suceder que la acción de amparo, sea improcedente, contra una sentencia judicial, porque no haya agotado previamente el recurso ordinario de impugnación; etc. "Improcedencia legal"; -- más esta circunstancia no implica que en una situación concreta análoga al -- procedente, es decir, perteneciente a la misma situación general (impugnación de una sentencia judicial); no puede válidamente establecerse el juicio de amparo si no concurre ninguna de tales causas o circunstancias especiales.

Por el contrario, cuando se trata de la improcedencia Constitucional de la acción de amparo, ésta no prospera en ningún caso concreto - que puede englobarse dentro de la hipótesis genérica, respecto de la cual se veda el juicio de garantías, como es por ejemplo; la de los concesionarios -- particulares de una autorización para establecer un centro educativo, por vir

tud de que el artículo tercero de la ley fundamental, dispone, que contra la revocación de las concesionarias correspondientes, no procederá recurso o juicio alguno.

Pues bien, debiendo estar la improcedencia Constitucional - de la acción de amparo consagrada únicamente en la Constitución, es obvio que cuando ésta no lo establece, el juicio de garantías es procedente, desde un punto de vista abstracto y genérico, es decir, sin perjuicio de las causas de improcedencia legal que pueda haber. Tratándose del Ministerio Público; la improcedencia Constitucional de la acción de amparo, contra sus actos (que es en lo que se traduce la interdección del juicio de garantías contra la resolución de no ejercitar la acción penal), no está contenido en la Constitución - por lo que atendiendo a los términos generales e incondicionales en que está concebido el artículo 103 de la Constitución, tal medio de impugnación es procedente.

Por otra parte, es verdad, que cuando el órgano jurisdiccional de control, concede la protección federal del ofendido quejoso, para el efecto de que el Ministerio Público responsable ejercite la acción penal, que se negó a entablar, obliga a éste a desplegar una función que le es propia; - más de esta consecuencia, no se desprende que el poder judicial se atribuya - facultades de acusador y perseguidor de los delitos, ya que se concreta a desempeñar su papel de mantenedor del orden Constitucional y legal que haya sido contravenido. Toda sentencia de amparo, en efecto obliga a la autoridad responsable, cuando el acto reclamado es de índole negativa, a realizar el he

cho cuya inejecución implica la violación legal o Constitucional; pero ello no entraña que el órgano jurisdiccional de control se sustituya a la autoridad contraventora, ni que el mismo desempeñe el acto omitido. Adoptando el -- criterio, sustentado por los propugnadores de la improcedencia del juicio de garantías, contra actos del Ministerio Público, en funciones investigatorias y acusatorias y en especial cuando deja de ejercitar la acción penal, en el -- sentido de que, al otorgar al ofendido quejoso la protección federal, el órgano jurisdiccional de control asumiría atribuciones de fiscal, llegaríamos a -- la conclusión de que en todo caso de concesión de un amparo, el poder judicial federal invadiría la esfera de competencia de la autoridad responsable, -- al obligar a éste a realizar el acto omitido reclamado. ¿Qué acaso cuando la Suprema Corte ampara a un individuo contra una ley, desempeña una función legislativa e invade el ámbito competencial del Poder Legislativo que la expidió? y ¿Cuándo protege a una persona contra actos judiciales o administrativos por violación a la garantía de audiencia, para el efecto de que se oiga -- al agraviado reponeinedo el procedimiento respectivo, ejercita dicho alto Tribunal facultades que incumben a las autoridades responsables?; ¿Se convierte en tales casos la Corte en un juez de orden común, en un órgano administrativo o en el Tribunal Fiscal de la Federación, por ejemplo?.

Es conveniente, por otro lado, analizar el problema, desde el punto de vista, de saber, si el Ministerio Público es autoridad de la investigación de los delitos, para los efectos de la procedencia del juicio de amparo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado -- que: "durante la investigación el Ministerio Público, tiene doble función; el de parte ante el juez de la partida y el de autoridad con relación con la -- víctima del delito. Por virtud del primero, es el encargado de aportar pruebas con el objeto de que la investigación se perfeccione y solicitar la práctica de las diligencias tendientes a dejar comprobados los requisitos del artículo 16 Constitucional; en cuanto al segundo carácter, que está en relación con la víctima del delito, es de autoridad, en la medida, que tiene una potestad legítima que ha recibido de la Constitución y que no es otra que la de -- ejercer la acción penal. (QUINTA EPOCA, Tomo CI, pág. 2027; 9489/46)". (153)

Un criterio que disiente del anterior, es el siguiente:

"Al ejercer la acción penal, el Ministerio Público, obra como parte en el proceso, no como autoridad, porque su acto, no es unilateral, imperativo, ni coercitivo y no es reclamable, en el juicio extraordinario de amparo". (Informa 1970, Tribunal Colegiado del 8º Circuito, 573/69. José -- Echeverría Vázquez).

Olea y Leyva, ha dicho, que la cuestión sobre si el Ministerio Público es parte en el juicio y no autoridad; le ha parecido siempre un - escamoteo de palabras, indigno de juristas, que los mismo sirve para negar el amparo, contra los actos del Ministerio Público, que para concederlo; según -

(153) "APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917 A 1965, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION", op. cit.; pág. 280.

convenga que sea autoridad o parte. El criterio de la Corte, continúa el autor, ha sido elucubrar conceptos de "parte", respecto del Ministerio Público; se dice que es parte pública, parte social, o cuasiparte o parte "sui generis" para que sea parte en el juicio penal, cuando proceda por vía de acción, le falta el atributo esencial a la acción pública, que representa el Ministerio Público y que es el interés en el obrar, la legitimación y la titularidad de ese interés que Chiovenda, llama elemento específico de la acción.

Y no se diga, que en la acción pública se contiene el interés público como atributo específico. Es que la acción pública y el órgano agente de su representación llevan en su esencia y en su ser, el desinterés de que se aplique la ley exactamente con los caracteres de una exigencia punitiva. Y esa actividad, nunca es la de una parte, sino la de un funcionario y una autoridad, que en su función de pedir y obrar puede violar garantías individuales, porque no es infalible y si para los efectos de la ley de amparo, se considera a la autoridad responsable como parte, no por ello se puede concluir, que la ley quiera que dicha autoridad responsable, pierda su carácter de tal y se convierta en particular.

"Por su parte, octavio Medellín Ostos, señala que parte en juicio y autoridad, no son incompatibles; parte en juicio y particular no son sinónimos y agrega que las actividades del Ministerio Público, tienen dos aspectos: actos que por sí no son definitivos, para crear o decidir una situación de derecho y que necesitan la decisión del juez para que la situación de derecho se cree; y actos que por sí solos crean una situación jurídica (tales

como el desistimiento, o la abstención en su ejercicio de la acción penal); y este es el caso típico de autoridad, que contra primeros no se acepta el amparo, no importa, porque ni beneficia ni perjudica a los particulares, puesto - que requieren de la intervención del juez para crear o extinguir una situación de derecho; pero contra los segundos (desistimiento y abstención); el amparo es indiscutiblemente procedente". (154)

"Nuestra ley de amparo, en su artículo 11, proporciona, un concepto muy simplista de lo que debe entenderse por autoridad responsable, - indica el maestro Juventino V. Castro, al señalar, que es la que dicta u ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado sin distinguir la naturaleza de la función o del funcionario, o del acto que lleva a cabo y que como acto reclamado se señala por el quejoso en su demanda, en forma tal que provoca muchas dudas al captar que debemos entender por autoridad responsable para los efectos del amparo". (155)

"La Corte ha dicho: que el término autoridades, para los -- efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas, que disponen de la - fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho y que por lo mismo están en posibilidad de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen". (QUINTA EPOCA: Tomo IV, pág. 1067. TORRES MARCOLFO F; Tomo XXIX, pág. 1180; RODRIGUEZ CALIXTO A; Tomo XXXIII, pág. 2942; DIAZ BARRIGA MIGUEL: Tomo LXV, pág. -

(154) Medellín Ostos, Octavio, citado por Juventino V. Castro, op. cit., pág. 44.

(155) Castro Juventino V, "LECCIONES DE GARANTIAS Y AMPARO", 3ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1981, México, D.F., pág. 417.

2931; SANDI MAURICIO; Tomo LXX, pág. 2269, MORAL PORTILLA JORGE DEL).⁽¹⁵⁶⁾

Nuestra opinión al respecto, es de que el Ministerio Público es autoridad y no parte en el momento de la consignación, como lo ha querido institucionalizar el Supremo Tribunal del país. Cabe señalar, como desde el punto de vista jurisprudencial, demostrando las contradicciones de tesis expuestas por la Corte Suprema.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho que "autoridad es aquella que dispone de la fuerza pública, en virtud de circunstancias legales", asimilando este concepto al de Ministerio Público; podemos decir que el Ministerio Público desde luego posee esa fuerza pública.

Y como muestra cabe señalar, el uso de la policía judicial en la persecución de los delitos; otro caso sería el de la facultad de detener al presunto responsable, para el caso de flagrancia en la comisión de delito, etc.

Por su parte la doctrina más generalizada ha dicho que no es autoridad responsable para los efectos de amparo, aquella que carezca de imperio, para mayor claridad de esto hemos considerado pertinente seguir la opinión del gran jurista Juan José González Bustamante; el cual dice que el Ministerio Público antes de acudir a los tribunales en el ejercicio de la acción penal que se compete, obra con imperio, su actuación en esta fase constituye un acto de-

(156) APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917 a 1965, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION", op. cit., pág. 284.

soberanía, sin embargo agrega el autor, es conveniente aclarar este concepto. El Minsiterio Público actúa como autoridad ordenadora, cuando por propia iniciativa dicta disposiciones en el período llamado pre-procesal, es también autoridad responsable y obra como ejecutora cuando procede a la detención de una persona por órdenes de una autoridad judicial; lo es igualmente en el período postprocesal, cuando en el ejercicio de sus atribuciones, pronunciada una sentencia condenatoria provee a su cumplimiento, tomando las providencias del caso para que el sentenciado que goza de libertad caucional sea nuevamente detenido para que cumpla su condena.

Pero las cosas no quedan ahí, por que resulta que la Corte en forma clara y rotunda ha negado el carácter de autoridad al Ministerio Público; y al efecto se señalan las siguientes tesis jurisprudenciales: MINISTERIO PÚBLICO, AMPARO CONTRA SUS ACTOS. - Si el artículo 21 de la Constitución establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, y que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial que está bajo su autoridad, y si el Minsiterio Público por imperativo legal, tiene una doble función, al intervenir en la persecución de los delitos, ya como autoridad, al practicar diligencias públicas y dentro de estas comprobar el cuerpo del delito y asegurar al delincuente o al abstenerse de ejercitar tales actos; o ya como parte pública cuando ejercita la acción penal ante los tribunales, para el castigo del culpable, y la civil en representación de la víctima del delito y del mismo estado, el amparo en el primer caso es procedente, supuesto que en el ejerce el Ministerio Público, funciones con imperio y decisión, y no lo es en el segundo, por que el

que las ejercita están sujetas a la estimación de la autoridad judicial. La justificación de esta interpretación de funciones del Ministerio Público, no puede estar más atinada si se advierte que aún el artículo constitucional comentado, divide en forma categórica las actividades de imperio de la actividad judicial.

Y, del Ministerio Público; las de aquella, como exclusiva - para la imposición de las penas y las de este como a quien incumbe la persecución de los delitos. El empleo del transitivo, persecución y del tiempo verbal neutro, (incumbe), uno a otro empleados en la redacción del artículo citado, denotan que la acción al Ministerio Público es ya, de por sí imperativa, supuesto que está a cargo de él o en su obligación ejercer esa persecución. Pero si esta acción es función de imperio, al igual que la del juez, en cuanto ejerce la de imponer penas, y la de este último está sujeta al control, en final término y por provenir de autoridad, del juicio de garantías, no obstante su exclusividad, cuando más debe estarlo aquella que no siendo exclusiva, sino sólo de su incumbencia, es proveniente también de autoridad.

De aquí procede concluir, que si el Ministerio público no intenta la acción penal, porque su voluntad de ejercer la función persecutoria no se incline a ello, su acto decisivo, aún cuando de calidad negativa debe estar sujeto por los efectos positivos que entraña, a una revisión, a un control constitucional que permita apreciar si aquel se estructura o no, con apego a los presupuestos de legalidad. Lo contrario equivaldría a ampliar -- las facultades del Ministerio Público y órbitas que el artículo 21 Constitu--

cional no concentra en el y a darle una primacía de imperio y de acción decisoria, superiores a las que el texto aludido confiere a la autoridad judicial, supervisada por el juicio constitucional no obstante que la facultad que el artículo citado otorga, le es propia y exclusiva. Tomo XCIX.- 4153/1947/1º. pág. 1545.

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

QUINTA EPOCA: Tomo XXV, pág. 1551, LOPEZ REVUELTA, JUAN, -- SUC.DE. Tomo XXVI, pág. 1055, NETKEN HOWARD. Tomo XXVII, pág. 1668, ELIZONDO, ERNESTO. Tomo XXXI, pág. 594, ARCINIEGA, ANASTASIO. Tomo XXXIV, pág. -- 594, COMPAÑIA MEXICANA DE GARANTIAS.

Pero en otra tesis, señala la doble naturaleza del Ministerio Público, sin distinguir, en que momento deja de ser autoridad para conver

tirse en parte; y al efecto la tesis dice así:

MINISTERIO PUBLICO, AMPARO CONTRA SUS ACTOS.- Durante la investigación el Minsiterio Públco tiene doble carácter el de parte ante el juez de la partida y el de autoridad en relación con la víctima del delito.

Por virtud del primero es el encargado de aportar pruebas con el objeto de que la investigación se perfeccione, y solicitar la práctica de las diligencias tendientes a dejar comprobados los requisitos del artículo 16 Constitucional; en cuanto al segundo carácter, que está en relación con la víctima del delito, es el de autoridad, en la medida que tiene una potestad legítima que ha recibido de la Constitución, y que no es otra que la de ejercer la acción penal, conforme lo establece el artículo 21 de la carta política, que prescribe que al Ministerio Público le incumbe tal ejercicio.

De ahí que si el quejoso se dirigió a este funcionario que solicitara la práctica de ciertas diligencias en el proceso, el Ministerio Público recibió la petición en su condición de autoridad, por razón de que según el mandato constitucional, está encargado de poner en movimiento el -- ejercicio de la acción penal, si omitió solicitar la práctica de esas diligencias, no fue omisión que realizara el Ministerio Público en relación con el juez de la partida, sino con referencia a la víctima del delito por lo -- que no pudo hacerse valer para esta víctima, la calidad de parte que solamente conserva el Ministerio Público ante el juez ni menos confundir las consecuencias de los actos que el funcionario de que se trata, lleva a cabo, por-

que son distintas; bien que actúe como parte ante el juez, que es autoridad en relación con el ofendido.

Si esto es así, y de acuerdo con el régimen de derecho organizado por nuestra constitución política, cabe afirmar que la actuación -- del Ministerio Público, cuando es autoridad, es susceptible del control constitucional, pues no existe acto de funcionario alguno que pueda evitar el ta miz de la constitucionalidad o inconstitucionalidad. En estas condiciones -- si durante el período de investigación de los hechos se impone un deber al -- Ministerio Público, tal como el obtener los datos que hagan probable la responsabilidad del acusado, en la forma en que lo establece el artículo 16 de la Constitución, si el Ministerio Público se niega a obtener datos, o bien -- por su propia determinación, no obtiene los que cumplan con el requisito cons titucional, entonces se opera la infracción del artículo 16 de la Carta Polí tica. Apareciendo esa infracción procede el juicio de garantías dado el ca-- rácter de autoridad de que el Ministerio Público participe y proceda para -- que se cumplan los requisitos del artículo 16 a que antes se ha aludido.

QUINTA EPOCA: Tomo CI, pág. 20-27. 9489/46.- 3 votos.

Así las cosas, el lector se podrá percatar que no estamos en presencia de un asunto sencillo ni mucho menos. La Corte incurre en se-- rias contradicciones porque "por un lado señala que cuando el Ministerio Pú-- blico ejercita la acción en un proceso, tiene el carácter de parte y no de-- autoridad"; y por otro lado señala que durante la investigación, el Ministe--

rio Público tiene doble carácter, el de parte ante el juez de la partida y el de autoridad en relación con la víctima del delito; también señala que en el momento de consignar es parte pública; ¿Entonces en qué quedamos?; es parte o es autoridad o es mitad parte y mitad autoridad o vamos a seguir creando figuras jurídicas sui generis, para llegar a la verdadera naturaleza de éstas.

Nosotros creemos que el Ministerio Público realmente posee la doble naturaleza, es decir, que es autoridad es parte, solamente que el problema radica en que ni la Corte a través de sus criterio, ni la ley señalan en que momento esta institución es autoridad y cuando es parte. Así pues consideramos que el Ministerio Público es autoridad durante la etapa investigadora, hasta el auto de formal prisión en que se inicia el proceso; con este, el Ministerio Público cambia, para convertirse en parte y así estar en la misma posición del procesado es decir, a lo que dice el juez que conoce del asunto.

Vemos pues comoremitiéndonos a la teoría general del proceso, encontramos una lógica deducción; esto es, si todo proceso está constituido, por la famosa relación trinagular, en que el juez se encuentra en la cúspide y actor y demandado a los lados; así se dice que si no existe este triángulo, de plano no hay proceso; lo mismo sucede en el proceso penal; durante la averiguación previa, solamente participan Ministerio Público y presunto responsable; el primero en su calidad de autoridad; y no es hasta el auto de formal prisión, en que propiamente se inicia el proceso, cuando el

Ministerio Público se convierte en parte.

En conclusión, el Ministerio Público es autoridad para -- efectos del juicio de garantías , en virtud de que si fuera "parte público"- tal y como lo alude el Supremo Tribunal del País, tendríamos que estar en -- presencia del proceso; y para que haya éste, necesita existir la relación -- procesal.

Triangular entre juez, actor y demandado, y en la etapa -- averiguatoria, sólo existen dos personas: ofendido o víctima del delito y Ministerio Público en calidad de autoridad. El proceso terminaría hasta que -- la autoridad judicial tenga participación en la contienda y esto sucede hasta que procede a dictar el auto de formal prisión; hasta aquí propiamente se dice que inicia la etapa procesal; nosotros diríamos que la anterior etapa -- es decir la averiguatoria y por ende la consignación, se construye el período pre-procesal.

De lo expuesto en este trabajo, se desprenden las siguientes:

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El ministerio Público al abstenerse de ejercitar la acción penal en forma injustificada, no viola garantías sociales, como ha dicho la Carta Suprema; sino que lo que efectivamente viola es una garantía individual, del gobernado; llamada de seguridad jurídica y contenida en el artículo 21 de la Constitución General de la República; la cual consiste en el imperativo, de que el Ministerio Público y la Policía Judicial, corresponden al ejercicio de la acción penal. Para estos efectos entendemos por garantía de seguridad jurídica, el conjunto de condiciones, requisitos y elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria, para generar una afectación válida de diferente índole, en la esfera del gobernado, integrada por el *sumum* de sus derechos subjetivos.

SEGUNDA.- En nuestra exposición, señalamos que un amparo podría ser improcedente, Constitucional y legalmente, entendiéndose por las -- primeras, las que expresamente se hayan señaladas en la Constitución General de la República; y por los segundos, los que están contenidos en forma limitativa en el artículo 73 de la Ley de Amparo. Así pues por exclusión; si en tales ordenamientos no se señala, la causa de improcedencia del amparo interpuesto por la abstención del ejercicio de la acción penal; no encontramos la razón por la cual la Corte ha dicho que tal amparo es improcedente.

TERCERA.- Se ha señalado en la doctrina, e incluso por la Corte, que para los efectos de amparo, el Ministerio Público no es autoridad, sino parte.

Nosotros creemos, que definitivamente el Ministerio Público, cuando realiza el acto de consignación, lo realiza en calidad de autoridad y no de parte pública como lo ha señalado la Corte, y esto es porque - - mientras no se inicie el proceso, no se puede decir que haya partes y como consecuencia en la etapa de averiguación previa únicamente intervienen dos - personas, presunto responsable y Ministerio Público como autoridad.

CUARTA.- Es mentira que al conceder el juez federal el amparo, esté actuando en lugar del Ministerio Público y que este decida por él; porque el efecto del amparo es restablecer el orden constitucional violado; ordenando que el Ministerio Público; reconsidere los elementos de su averiguación; pero esto definitivamente no significa que la autoridad judicial -- ejercite la acción penal en lugar del Ministerio Público.

QUINTA.- También es mentira que el particular al excitar a los órganos judiciales federales, a través del amparo quede en manos de éste; el ejercicio de la acción penal, pues como ya se señaló, lo que busca el restablecimiento de la garantía constitucional violada, además de que el artículo 21 Constitucional, es claro al señalar que la persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público.

SIXTA.- El llamado recurso de control interno a nuestro juicio, no es otra cosa, que un abrir las puertas, para que los Procuradores de Justicia, se erijan en dueños y señores de las vidas e intereses de los miembros de la sociedad, al dejar impunes los delitos que se cometan contra éstos.

SEPTIMA.- Por medio del juicio de responsabilidades no se van a restablecer las garantías individuales violadas. Creemos que como medida secundaria es buena, puesto que servirá como ejemplo, para todos los demás agentes del Ministerio Público y funcionarios de éste; pero aún con esto ¿Quién restablecerá las garantías constitucionales, de la víctima del delito?.

OCTAVA.- Creemos que es imperiosa la derogación del artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales; para acabar en definitiva con el recurso de control interno, y en su lugar considerar procedente el juicio de garantías, contra la abstención injustificada de la acción penal por el Ministerio Público.

NOVENA.- En la Ley de Amparo, se habla en el capítulo respectivo a la capacidad y personalidad; de casos excepcionales como la capacidad del menor para interponer el juicio de amparo; artículo 6 de la Ley de Amparo, o la del ofendido en la reparación del daño; artículo 10 de la Ley de Amparo. Así mismo, creemos que es conveniente, dejar asentado claramente, en el mencionado capítulo, del ordenamiento legal invocado; la capacidad y -

personalidad de la víctima del delito, para interponer el amparo, contra la abstención injustificada del ejercicio de la acción penal.

DECIMA.- La suprema Corte de Justicia; debe olvidarse de inventar conceptos que sólo ella entiende, tales como las llamadas "garantías sociales", o "la parte pública"; y entender que el problema que tiene en sus manos; es un problema en esencia de carácter jurídico constitucional; como es la violación, a la garantía de seguridad jurídica, contenida en el artículo 21 Constitucional; además de dejar en estado de indefensión a la víctima del delito.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- **ACERO, JULIO**; "PROCEDIMIENTO PENAL", 7ª edición, Editorial Cajica, S. A., 1984, Puebla, Pue., México, pág. 497.
- 2.- **ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO**; "DERECHO PROCESAL MEXICANO TOMO I", -- Editorial Porrúa, S.A., 1976, México, D. F., pág. 638.
- 3.- **ALCALA ZAMORA, NICETO Y LEVENE (HIJO), RICARDO**; "DERECHO PROCESAL PENAL TOMO II", Editorial Guillermo Kraft, 1967, Buenos Aires, Argentina, pág. 647.
- 4.- **ARILLA BAS, FERNANDO**; "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO", 9ª edición, - Editorial Kratos, S. A. DE C. V., 1984, México, D. F., pág. 397.
- 5.- **BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO**; "EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO", 2ª edición, Editorial Trillas, S. A., 1982, México, D. F., pág. 493.
- 6.- **BORJA OSORNO, GUILLERMO**; "DERECHO PROCESAL PENAL", 3ª reimpresión, Editorial Cajica, S. A., 1985, Puebla, Pue., México, pág. 478.
- 7.- **BURGOA, IGNACIO**; "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES", 19ª edición, Editorial - Porrúa, S. A., 1985, México, D. F., pág. 758.
- 8.- **BURGOA, IGNACIO**; "EL JUICIO DE AMPARO", 21ª edición, Editorial Porrúa, - S. A., 1984, México, D. F., pág. 1080.
- 9.- **CABRERA, LUIS Y EMILIO PORTES GIL**; "LA MISION CONSTITUCIONAL DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA", 2ª edición, Ediciones Botas, 1963, México, D. F., pág. 114.
- 10.- **CLARIA OLMEDO, JORGE**; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO I", Editorial Ediar, S. A., Buenos Aires, Argentina, 1968, pág. 602.

- 11.- **CARNELUCCI, FRANCESCO**; "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, TOMO - I", Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, Buenos Aires, Arentina, pág. 756.
- 12.- **CASTELLANOS, FERNANDO**; "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 10ª edición, Editorial Porrúa, S. A., 1976, México, D. F., pág. 337.
- 13.- **CASTRO, JUVENTINO V.**; " EL MINISTERIO PUBLICO EN MÉXICO", 6ª edición, - Editorial Porrúa, S. A., 1985, México, D. F., pág. 259.
- 14.- **CASTRO, JUVENTINO V.**; "LECCIONES DE GARANTIAS Y AMPARO", 3ª edición, -- Editorial Porrúa, S. A., 1981, México, D. F., pág. 555.
- 15.- **COLIN SANCHEZ, GUILLERMO**; "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", 8ª edición, Editorial Porrúa, S. A., 1984, México, D. F., pág. 687.
- 16.- **COUTURE, EDUARDO J.**; "FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL", 3ª edición póstuma, Editorial Nacional, 1983, México, D. F., pág. 524.
- 17.- **CHIOVENDA, JOSE**; "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL, TOMO I", Traducción al castellano del profesor José Casals Santalé, Cárdenas Editor, S. A., 1980, México, D. F., pág. 751.
- 18.- **DÍAZ DE LEON, MARCO ANTONIO**; "TEORIA DE LA ACCION PENAL", Editorial Textos Universitarios, S. A. , de Manuel Porrúa, S. A., 1974, México, D. F. pág. 471.
- 19.- **ESCRICHE, JOAQUIN**; "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA", Librería de CH. Bouret, París, 1888, pág. 1002.
- 20.- **FENECH, MIGUEL**; "DERECHO PROCESAL PENAL VOLUMEN I", 3ª edición, Editorial Labor, S. A., 1960, Barcelona, España, pág. 722.

- 21.- **FIX ZAMUDIO, HECTOR**; "FUNCION CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO", Publicado en el anuario jurídico, año V, 1978, Universidad Nacional Autónoma de México.
- 22.- **FLORIAN, EUGENIO**; "ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", Traducción al castellano de Leonardo Prieto Castro, Editorial Bosch, 1934, Barcelona, España, pág. 734.
- 23.- **FRANCO SODI, CARLOS**; "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", Editado por los Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal, 1937, México, D. F., pág. 414.
- 24.- **FRANCO SODI, CARLOS**; "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D. F., Y TERRITORIOS FEDERALES:COMENTADO", 2ª edición, Ediciones Botas, 1960, México, D. F., pág. 230.
- 25.- **FRANCO VILLA, JOSE**; "EL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL", Editorial Porrúa, S. A., 1985, México, D. F., pág. 445.
- 26.- **GARCIA RAMIREZ, SERGIO**; CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", 4ª edición, -- Editorial Porrúa, S. A., 1983, México, D. F., pág. 675.
- 27.- **GARCIA RAMIREZ, SERGIO Y VICTORIA ADATO DE IBARRA**; "PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO", 3ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., 1984, México, D. F., pág. 723.
- 28.- **GOLDSCHMIDT, JAMES**; "DERECHO PROCESAL CIVIL", Traducción al castellano de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, S. A., 1936, Barcelona, España, pág. 774.
- 29.- **GOMEZ LARA, CIPRIANO**; "TEORIA GENERAL DEL PROCESO", 3ª reimpresión, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., - - 1981, pág. 363.

- 30.- **GONZALEZ BLANCO, ALBERTO**; "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", Editorial-Porrúa, S. A., 1975, México, D. F., pág. 255.
- 31.- **GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE**; "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", 7ª edición, Editorial Porrúa, S. A., 1983, México, D. F., pág. 417.
- 32.- **GUARNERI, JOSE**; "LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL", Traducción de Bernaldo de Quiróz, Editorial Cajica, S. A., Puebla, Pue., México, 1952, pág. 364.
- 33.- **LEONE, GIOVANNI**; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO I" Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, - Buenos Aires, Argentina, pág. 713.
- 34.- **MACEDO, MIGUEL S.**; "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO", Editorial Cultura, 1931, México, D. F., pág. 329.
- 35.- **MANZINI, VICENZO**; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO IV", Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, - 1945, Buenos Aires, Argentina, pág. 737.
- 36.- **MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL**; "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", Editorial Trillas, S. A., 1986, México, D. F., pág. 307.
- 37.- **MARTINEZ PIENDA, ANGEL**; "ESTRUCTURA Y VALORACION DE LA ACCION PENAL", - Editorial Azteca, S. A., 1968, México, D. F., pág. 172.
- 38.- **OBREGON Y HEREDIA, JORGE**; "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL --- D. F., COMENTADO", Editorial Obregón. y Heredia, S. A., 1981, México, - D. F., pág. 318.
- 39.- **OLEA Y LEYVA, TEOFILO Y JOSE MARIA ORTIZ TIRADO**; "EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LAS VICTIMAS DEL DELITO", Nueva Colección de Estudios Jurídicos- (16), Editorial Jus, 1978, México, D. F., pág. 113.

- 40.- **ORNOZ SANTANA, CARLOS M.**; "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL", 2ª edición Cárdenas Editor, 1983, México, D. F., pág. 233.
- 41.- **OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO**; "LA AVERIGUACION PREVIA", 2ª edición, -- Editorial Porrúa, S. A., 1983, México, D. F., pág. 406.
- 42.- **PEREZ PALMA, RAFAEL**; "GUIA DE DERECHO PROCESAL PENAL", 2ª edición, Cárdenas Editor, 1975, México, D. F., pág. 464.
- 43.- **DE PINA, RAFAEL**; "DERECHO PROCESAL TEMAS", 2ª edición, Ediciones Botas, 1951, México, D. F., pág. 223.
- 44.- **PIÑA Y PALACIO, JAVIER**; "DERECHO PROCESAL PENAL", Editado por los Talleres Gráficos de la Penitenciaría del D. F., 1948, México, D. F., pág.-261.
- 45.- **RIVERA SILVA, MANUEL**; "EL PROCEDIMIENTO PENAL", 14ª edición, Editorial-Porrúa, S. A., México, D. F., 1984, pág. 397.
- 46.- **ROCCO, UGO**; "DERECHO PROCESAL CIVIL", Traducción de Felipe de J. Tena,- Editorial Porrúa Hermanos y Cía., 1944, México, D. F., pág. 417.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.-

- 1.- **NUEVA LEGISLACION DE AMPARO REFORMADA, DOCTRINA, TEXTOS Y JURISPRUDENCIA**, por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, 43ª edición, actualizada, Editorial Porrúa, D. A., México, D. F., 1982.
- 2.- **CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CON UNA EXPLICACION SENCILLA DE CADA ARTICULO PARA SU MEJOR COMPRESION**; Editado por -- Trillas, S. A., México, D. F.
- 3.- **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D. F.**, 33ª edición, Editorial - Porrúa, S. A., México, D. F., 1984.
- 4.- **CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES**, 33ª edición, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1984.
- 5.- **CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**, 36ª edición, Editorial Porrúa, - - S. A., México, D. F., 1983.
- 6.- **LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL**, contenida en el Código de Procedimientos Penales, 33ª edición, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1984.
- 7.- **LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA**, contenida, en - el Código de Procedimientos Penales, 33ª edición, Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1984.
- 8.- **APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917 a 1965, DEL SERVICIO JUDICIAL DE LA FEDERACION**, segunda parte, Primera Sala, Imprenta Marquía, S. A., 1965, México, D. F.