



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ ARAGON ”

330  
24

“ ACCION PENAL; EXTINCION Y SOBRESEIMIENTO  
EN EL ESTADO DE MEXICO ”

T E S I S

Que para obtener el Título de:  
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

JOSE ALFREDO RODRIGUEZ TORRES

TESIS CON  
FECHA DE ORIGEN

San Juan de Aragón, Eda. de México 1992



## **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 GENERAL

### INTRODUCCION

#### CAPITULO I "NATURALEZA JURIDICA"

1.1.- Teorias sobre la accion .....	1
1.1.1.- Teoria Clasica.....	2
1.1.2.- Teoria de la tutela concreta.....	6
1.1.3.- Teoria del derecho a la jurisdiccion.....	8
1.1.4.- Teoria del derecho potestativo.....	10
1.1.5.- Teoria del derecho abstracto de obrar.....	14
1.1.6.- Teoria de la instancia proyectiva.....	17
1.2.- Corrientes conceptuales .....	18
1.2.1.- La accion como un derecho.....	18
1.2.2.- La accion como un poder juridico.....	23
1.2.3.- La accion como un acto.....	25
1.2.4.- La accion como una facultad.....	26

#### CAPITULO II "CONCEPTO DE ACCION PENAL"

2.1.- Relatividad del concepto .....	28
2.2.- Consideraciones teoricas .....	33
2.3.- Concepto de accion penal .....	40
2.4.- Nuestro concepto .....	46

#### CAPITULO III "ACCION PENAL; SU EJERCICIO"

3.1.- Necesidad de representacion de la accion penal .....	49
3.2.- Caracteristicas de la accion penal .....	53
3.3.- Condiciones de procedibilidad de la accion penal .....	56
3.4.- El ejercicio de la accion penal .....	61
3.5.- Atribuciones especificas del Ministerio Publico en el ejercicio de la accion penal .....	65

#### CAPITULO IV "ACCION PENAL; SU INEJERCICIO Y EXTINCION"

4.1.- Inejercicio de la accion penal.....	70
4.1.1.- Principios de legalidad y de coartunidad .....	70
4.1.2.- Presupuestos del no ejercicio de la accion penal .....	71
4.1.3.- Acuerdo federal sobre la resolucio del no ejercicio de la accion penal .....	74
4.2.- Extincio de la accion penal.....	76
4.2.1.- Causales de extincio de la accion penal .....	77
4.2.2.- Causales de la extincio de la accion procesal penal ....	85
4.3.- El sobreseimiento como acto en el que culmina la extincio de la accion penal .....	87
4.4.- Extincio de la accion penal e irregularidades de sobre- seimiento en el Codigo de Procedimientos Penales del Es- tado de Mexico .....	89

**CAPITULO V "CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS"**

5.1.- De las teorías de la acción .....	94
5.2.- Del término "acción" .....	95
5.3.- Del concepto de acción penal .....	96
5.4.- De la problemática que reviste el abrogamiento de la extinción de la acción penal en el Código de Procedi- mientos Penales del Estado de México .....	97
5.4.1.- La vía incidental como alternativa regular .....	98
5.4.2.- La Segunda Jurisdicción como solución práctica .....	99
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>101</b>

## INTRODUCCION

"Si lográramos entendernos acerca de cuando hay acción, acerca de la naturaleza de ésta y de ante quién y cómo se ejercita, ese entendimiento nos daría como resultado el concepto y los límites de la jurisdicción...y es posible que entonces pudiéramos fijar los límites del derecho procesal..."

Con la acción (actividad procesal) se propone al juez la acción (pretensión) y el nos dirá si existe acción (derecho).

Hacemos notar que el hecho de hablar de acción, implica necesariamente profundizar en ella, a tal grado que sea posible tratar de entender su relatividad; sin embargo, hasta el momento la doctrina jurídica no ha logrado esclarecer el fenómeno.

Nosotros, sin tratar de eludir el compromiso, nos concretamos a analizar un aspecto de su relatividad, referido al campo del procedimiento penal; en consecuencia, nuestro punto de vista, será tendiente a encontrar su naturaleza jurídica, intentar explicar cuando hay acción, a quién corresponde, ante quién y cómo se ejercita, y de manera especial su extinción y sobreseimiento en el Estado de México. Ante estas consideraciones, citados en el presente estudio, algunos conceptos, pero no por ello, dejamos de referir los puntos de conflicto que despertaron el interés por profundizarse en el tema, pues como dijera Santiago Sentís Melendo, a quien corresponde la cita arriba transcrita, que "...de poco sirven las alucubraciones teóricas y doctrinales si no encuentran su reflejo en la creación de una norma o en la interpretación de ella..."

En el presente trabajo, intentamos hacer notar que se debe establecer en vía incidental, un procedimiento especial, al que ha de someterse el auto que declare extinguida la acción penal. En el Código Penal del Estado de México se contempla, que el perdón del ofendido, en tratándose de ilícitos de querrela; muerte del inculpaado; amnistía y la prescripción, extinguen la acción penal. Sin embargo, en el Código de Procedimientos Penales no encontramos fundamento alguno para decretar su procedibilidad; circunstancia que propicia que los Jueces se vean obligados a equiparar la extinción de la acción penal, con la extinción de la responsabilidad penal, y como veremos, estas figuras son completamente distintas. En conclusión, en tanto no se regule esa situación, se seguirán cometiendo necesariamente violaciones procesales, tales como la imposibilidad de interponer recurso de apelación, entre otros.

Por otra parte, con la nueva Ley Orgánica (1989) de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, se facultó nuevamente al Ministerio Público para resistirse de la acción penal, cuando resulte en el procedimiento que los hechos no sean delictuosos, cuando el inculpaado no haya tenido participación en el delito o cuando existe en su favor alguna eximente de incriminación. Pero resulta que no lo está para resistirse cuando concurren prociamente las causales de su extinción.

Hasta antes de las reformas de 1986 al Código Adjetivo, se contemplaba en su artículo 171 en relación al 170 fracción III, la base legal para que el Ministerio Público (Única Institución por mandato constitucional, que es titular del ejercicio de la acción penal), se desistiera de la acción penal, cuando apareciera plenamente comprobado en autos que tal acción quedaba legalmente extinguida; y si el caso se daba durante la averiguación previa, entonces no se ejercitaba, o por el contrario, se entendía claramente que ya ejercitaba y si las condiciones de procedibilidad habían dejado de tener fuerza legal por desistirse de la querrela, entonces también cabía el desistimiento de continuar con el ejercicio de la acción penal. Es entonces que en esta forma procedía fundada y motivadamente su extinción en forma legal, dando margen a la vez para que se encuadrara en la fracción II del artículo 296 del Código de Procedimientos Penales, en relación a los artículos 171, 172 y 173 de la misma ley, y en esta forma declararla sobreesida con los efectos de Sentencia Absolutoria y de Cosa Juzgada.

Es necesario por otra parte distinguir entre pretensión punitiva, acción penal, ejercicio y desistimiento de esta última. Tales distinciones se enfocarán a determinar de manera especial cuando es que el juzgador puede declarar extinguida la acción penal y cuando el Ministerio Público se conformará con su procedencia, si de una u otra forma su titularidad corresponde solo a él.

Con el presente estudio, se pretende también esclarecer el concepto de lo que por acción penal debe entenderse a efecto de lograr una diferenciación de los criterios jurisprudenciales, que más de las veces nos parecen contradictorios y nos restringen la procedencia del amparo y protección de la Justicia federal.

A nuestro amable lector, invitamos pues a participar en la tradicional polémica de lo que por acción debe entenderse, y especialmente de la problemática que reviste el sobreesimiento de su extinción en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

## **CAPITULO I "NATURALEZA JURIDICA"**

### **1.1.- TEORIAS SOBRE LA ACCION:**

- 1.1.1.- Teoria Clásica
- 1.1.2.- Teoria de la tutela concreta
- 1.1.3.- Teoria del derecho a la jurisdicción
- 1.1.4.- Teoria del derecho potestativo
- 1.1.5.- Teoria del derecho abstracto de obrar
- 1.1.6.- Teoria de la instancia proyectiva

### **1.2.- CORRIENTES CONCEPTUALES:**

- 1.2.1.- La acción como un derecho
- 1.2.2.- La acción como un poder jurídico
- 1.2.3.- La acción como un acto
- 1.2.4.- La acción como una facultad

## 1.1.- "TEORIAS SOBRE LA ACCION"

La palabra acción proviene del latín Actio-Onis que significa efecto de hacer, se concibe también como el derecho de pedir algo en juicio y su modo de ejercitarlo.

Desde el punto de vista gramatical, por acción se entiende el ejercicio de una potencia, un ademán, una fuerza con que los agentes físicos obran unos sobre otros, una expresión o manifestación de gratitud, etcétera.

En la doctrina jurídica, al conceptualizar lo que es acción, se analizan diferentes criterios que en torno a ella se aportan; estos criterios enfocan su atención según sea la perspectiva con que se ve a la acción; la mayoría la contempla como un derecho, ya objetivo o subjetivo, autónomo o concreto, público o privado; otros la entienden como un poder, como un acto, como una facultad, o como un medio. Algunos juristas atentos al conflicto conceptual se adentran en el análisis de los diversos criterios y logran establecer diferencias precisas, surgiendo así nuevos conceptos que revolucionan las bases del derecho procesal, pero no todos quedan conformes y sus aportaciones se bifurcan en diversas teorías.

"...El tema de la acción constituye, para los procesalistas contemporáneos, objeto importantísimo de sus preocupaciones. Sin embargo, en torno al mismo existen todavía considerables lagunas, que la doctrina no ha podido cubrir..." (1)

El concepto de acción es uno de los fundamentos de la ciencia procesal; por otra parte, no existe unanimidad de criterios sobre dicho precepto, es decir, sobre lo que debe entenderse por acción "...el concepto de acción es pues, una preocupación fundamental para todos los procesalistas y es en torno precisamente a este concepto como surge la ciencia procesal moderna, que se edifica sobre un concepto autónomo... Fundamentalmente hay dos tipos de doctrinas o de tendencias que se refieren a la acción, es decir, que tratan de dar respuesta a la interrogante sobre lo que acción sea. Estas dos direcciones doctrinales son: 1°, la teoría clásica (monolítica); y 2°, las teorías modernas o de la autonomía de la acción..." (2)

Las teorías de la acción se bifurcan en dos direcciones: unas que consideran a la acción como un elemento del derecho, o sea, como el derecho mismo en ejercicio; y otras que distinguen entre el derecho material que se hace valer en juicio y que se refieren precisamente a la acción.

- 
- 1.- De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho" México 1977, Editorial Porrúa, 6a. edición p. 26.
  - 2.- Cfr. Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso" U.N.A.M. México 1979, 2a. edición, p. 129.

1.1.1.- TEORIA CLASICA:

Esta teoria es monolitica, porque no tiene variantes y se le denomina así por venir del derecho romano, o sea, desde la concepcion que los romanos tenían de la acción, identificando a esta con el derecho sustantivo. La acción en este sentido es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido.

La acción en Roma generaba el derecho y existia no un sistema de derechos, sino un sistema de acciones, un ejemplo de ello lo constituye la division romana tradicional del derecho en personas, cosas y en las acciones mismas. "... En Roma la acción era *Ius Persequendi In Iudicio* y en consecuencia de ese carácter adquirio una enorme importancia en los tribunales, sin embargo, una vez que se perdió la organización procesal romana, el término acción tiene que ir al concepto del derecho para obtener su significación, y entonces vino a ser concebida como el derecho en ejercicio o el derecho reaccionando contra su violación..." (3)

La historia del procedimiento judicial romano, comprende tres periodos: el de las acciones de la ley, el período formulario y el período extraordinario. El primero es el más antiguo, se extendió desde los orígenes de Roma, hasta la promulgación de la Ley *Aebutia* en los años 577 o 583 A.C.; el segundo comienza con la citada Ley *Aebutia* y llega hasta el año 294 D.C., en la época de Diocleciano; y el tercer período, el extraordinario, se inicia con Diocleciano y se prolonga mientras dura el Imperio Romano. "...En el primer período de las acciones de la ley, la acción era un procedimiento solemne, formalista, de carácter aristocrático, mediante el cual se obtenia justicia; en el segundo período, la acción era al mismo tiempo una fórmula redactada por el pretor y un derecho otorgado al demandante; en el último período, la acción era el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece..." (4)

El período de las acciones de la ley se caracterizó porque sus instituciones jurídicas fueron aristócratas, quirritas y estaban impregnadas de rudeza primitiva; tenían un sello sacerdotal y patricio, con sus símbolos en acciones, palabras y gestos, nos revelan -dice Ortolán-, la existencia de una edad primitiva, de una civilización uniforme y material "...Únicamente los patricios conocían los secretos de la legislación, y como ésta era esencialmente formalista, solemne y sacerdotal, los plebeyos que la ignoraban sufrían considerablemente en sus intereses a consecuencia del monopolio científico de que disfrutaban los quirites..." (5)

---

3.- Cfr. De Pina, Rafael. Op. Cit. pp. 26, 27.  
 4.- Cfr. Pallares, Eduardo. "Tratado de las Acciones Civiles" Comentarios al Código de Procedimientos Civiles. México 1945. Ediciones Andres Botas. 2a. Edición. pp. 7 - 15.  
 5.- Citado por Pallares, Eduardo. Loc. Cit. p. 9.

Las acciones de la ley, a que se refiere Falleres, eran cinco y se encontraban consignadas en la Ley de las Doce tablas; tres de esas acciones: la acción por sacramento, la *Judicis Postulatio* y la *condictio*, eran medios para ventilar el juicio y obtener una decisión judicial, eran acciones propiamente dichas. Las otras, la *pignoris capio* y la *manus iniectio*, constituían lo que ahora llamamos vía ejecutiva o de apremio, según los casos, pero la *manus iniectio*, tanta también por objeto obligar al demandado a comparecer ante la justicia, era un medio material y jurídico de llevarlo ante la presencia del juez. (6)

"...La acción por sacramento fue la más antigua y servía para hacer valer derechos reales y personales. La *JUDICIS POSTULATIO* tenía por objeto obtener del magistrado la dación de un juez; la *condictio* era el procedimiento adecuado y especial para ejercitar los derechos personales. La *pignoris capio* equivale al secuestro del derecho moderno, y la *manus iniectio* era el embargo o aprehensión material de la persona del deudor para obligarlo a cumplir una sentencia, pagar una deuda confesada, o comparecer ante el juez..." (7)

En cuanto al significado de la palabra acción en las acciones de la ley a que nos hemos referido, se ve -dice Ortolán- que "...en este sistema, y en esta expresión técnica, acciones de la ley, que la acción no designa aún ni la persecución especial de cada derecho en particular, ni la facultad de llevar a cabo esa persecución; a cada derecho distinto no responde una acción diversa. Acción en esta frase, acciones de la ley, es una determinación genérica. Es una forma de proceder, un procedimiento considerado en su conjunto, es la serie de actos y de palabras que deben constituirlo..." (8)

La acción judicial, en su primera etapa fue originalmente un procedimiento y no un derecho; una serie de formulas, actos y pantomimas, mediante los cuales se obtenía justicia. (9)

El segundo período del derecho procesal romano, o sea el formulario, se caracterizó, porque en esta faz de la evolución del derecho procesal, las acciones de la ley habían desaparecido casi totalmente. "...En este período los juicios se componían de dos partes: el *Jus* y el *Judicium*. La primera se realizaba ante el magistrado; la segunda ante el juez o el jurado..." (10)

La acción judicial en el período formulario consistía en dos cosas: "...por una parte, era la fórmula que redactaba el magistrado y que daba al demandante para que pudiese

6.- Cfr. Ob. Cit. p. 10.

7.- Falleres, Eduardo. Loc. Cit. p. 10.

8.- Citado de Falleres. Cfr. Ob. Cit. p. 10.

9.- Cfr. Falleres, Eduardo. Loc. Cit. pp. 10 y 11.

10.-Ibidem. p. 15.

realizar la instancia ante el juez, es decir para conseguir que el juez conociera del litigio y pronunciase sentencia. En segundo lugar, la acción consistía en el derecho contenido implícitamente en la fórmula y otorgado al demandante..." (11)

Las fórmulas que redactaba el magistrado "...Eran, dice el jurisconsulto Dommenget, el escrito en el cual el magistrado institúa a un juez, en el que determinaba las cuestiones que éste tenía que examinar y resolver, y los principios de derecho que debía aplicar..." (12)

Dichas fórmulas - dice Gayo- se componían a su vez de las siguientes etapas: la demostración, la intención, la adjudicación y la condenación. En la de la demostración, el magistrado exponía el hecho afirmado por el demandante; en la intención se expresaba la pretensión del demandante; en la adjudicación, el magistrado atribuía al juez el poder de adjudicar (atribuir) a una de las partes un derecho de propiedad que pertenecía a la otra; y en la etapa de la condenación, el juez recibía el poder de condenar o absolver. (13)

Es en el período formulario es donde se comienza a aplicar el concepto de Celso, en el sentido de que la acción es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido "Jus persequendi in Judio quod sibi debentur". Esta conceptualización -dice Pallares- supone las siguientes hipótesis: "... a) Que no todos los derechos tienen una acción para hacerlos efectivos; b) que la acción y el derecho no son una misma cosa sino entidades diversas; c) que el magistrado puede otorgar o no, según lo crea conveniente, la acción que pide el demandante, y; d) que la acción se otorga mediante una fórmula redactada por el pretor..." (14)

Respecto que la acción era otorgada mediante una fórmula redactada por el pretor, esta circunstancia constituyó dentro del período formulario, una auténtica excepción para resolver las controversias sin necesidad de que intervenga el juez. Esta excepción o alternativa adquirió tanta fuerza que tuvo que reconcerse que se trataba de un juicio extraordinario.

El tercer período, o sea el extraordinario aparece precisamente cuando del juicio formulario se presentó la excepción o alternativa antes mencionada, y se caracterizó este nuevo juicio porque principió y concluyó ante el magistrado, terminando así la distinción entre Jus y Judicium.

La acción en el período extraordinario perdió el significado especial que tenía en el procedimiento formulario.

11.- Pallares, Eduardo. Op. Cit. p. 16.

12.- Citado por Pallares. Op.. Cit. p. 18.

13.- Idem.

14.- Op. Cit. p. 16.

respecto de que era una fórmula otorgada por el magistrado para que el demandante acudiera ante el juez y consiguiera que en litigio se pronunciara sentencia. La acción siguió siendo en el período extraordinario el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido, pero ya no fue necesario que ese derecho lo otorgara previamente el Magistrado y el afectado pudo bajo su riesgo y perjuicio promover la instancia. En el período formulario la acción era una fórmula otorgada por un funcionario público; en el período extraordinario adquirió un carácter privado porque se inició mediante la actividad de un particular.

Como podemos apreciar, ha sido entonces en que a partir de Justiniano (período extraordinario), cuando el concepto de acción se puntualiza como una postura clásica al decirse que es un derecho para dirigirse a la autoridad competente para exigir lo que nos es debido o lo que nos pertenece (definición de Celso). En tal sentido, entendemos que se trataba de una pretensión, que bien o mal fundada, era un acto puramente privado.

#### "TEORIAS MODERNAS "

El clásico concepto de Celso de que la acción es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido, fue completado por los glosadores, y se dijo entonces que la acción es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece. La adición de los glosadores motivó a su vez la idea de incluir en el concepto 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 fueran una parte del estudio de las disciplinas sustantivas. Lo que permite precisamente la emancipación y autonomía de la ciencia procesal es la afirmación de que la acción sea algo distinto y diverso del derecho sustantivo..

Las teorías modernas de la acción, al aparecer, hacen al mismo tiempo surgir la ciencia procesal es decir, que el procesalismo científico nace cuando se comienza a sostener posiciones de la autonomía de la acción. Dichas teorías consideradas como modernas o de la autonomía de la acción son: teoría de la acción como tutela concreta; teoría de la acción como derecho a la jurisdicción; teoría de la acción como derecho potestativo; teoría de la acción como derecho abstracto de obrar; y teoría de la acción como instancia proyectiva.

Froylán Bañuelos Sánchez, al respecto de las teorías, nos previene que al conceptualizar la acción desde el punto de vista procesal o técnico, debe considerarse como un derecho autónomo e independiente del derecho subjetivo material que se pretende hacer valer. Nos indica también que en relación a las teorías pueden considerarse como de especial estudio la teoría del derecho

concreto o tutela jurídica, la teoría del derecho potestativo y la teoría de la acción como un derecho abstracto. (15)

### 1.1.2.- TEORIA DE LA ACCION COMO TUTELA CONCRETA:

Esta teoría surge cuando logra diferenciarse a la acción entre el derecho a la prestación en su dirección personal y entre el derecho de acción, como derecho autónomo, encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso.

La distinción, tuvo lugar debido a la polémica Windscheid-Muther; el primero sostenía la identidad de la Actio romana con el derecho subjetivo; Muther, separa el derecho de acción del derecho subjetivo mismo (derecho concreto de acción).

Lo que nace de la violación de un derecho -dice Windscheid- no es un derecho de accionar, sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se hace valer en juicio (Anspruch). En este sentido, la acción es la pretensión jurídica deducida en juicio. Windscheid, en su época tuvo que distinguir entre los términos ACTIO, ANSPRUCH y KLAGE, al primero lo considero como el derecho en sí mismo (potestad inminente del derecho de reaccionar contra su propia violación, o sea, un derecho que nace de la violación); con el término Anspruch designo la tendencia de someter la voluntad de otro (pretensión jurídica); y con el término klage (Klagerecht, derecho de accionar) diferenció el derecho contra el Estado, tendiente a provocar la actividad del poder público (queja, querrela). (16)

Teodoro Muther concibe a la acción como un derecho público subjetivo, mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige, por una parte, contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable, y por la otra, contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha. En este sentido, la acción tiene como presupuestos la existencia de un derecho privado y la violación de ese derecho - agrega Muther - que aun cuando la acción este condicionada por el derecho subjetivo, su objeto es independiente, razón por la cual su regulación corresponde al derecho público. (17)

Adolfo Wach, influenciado por la obra de Muther, llegó a considerar a la acción como un derecho autónomo contra el

15.- Cfr. "Teoría de la Acción y Otros Estudios", México 1983, Cárdenas Editor y Distribuidor, p. 30.

16.- Cfr. cita de Alsina, Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Buenos Aires 1963, Ediar editores. T. I., p. 309, 310.

17.- Idem. pp. 311, 312.

Estado y frente al demandado. De ahí sus caracteres -dice Alsina- de ser un derecho público, del que corresponde por una parte al Estado la obligación de dispensar la tutela, pero también es un derecho concreto en cuanto a que su eficacia solo afecta al adversario. (18)

Es precisamente Adolfo Wach -dice de Pina- quien desarrolla la tesis de un derecho a la TUTELA JURIDICA, pues es dirigido en contra del Estado para que la conceda, y en contra del adversario para que la soporte. (19)

El derecho a la tutela jurídica pertenece al derecho público; al procesal compete la regularización del interés jurídico de obrar, presupuesto de aquél. La acción corresponde a quien tiene derecho de una sentencia favorable (teoría de la acción concreta). (20)

Froylan Bañuelos Sanchez, analizando la obra de Jose Alberto Dor Reis (Teoría de la Acción), nos habla de la teoría del derecho concreto o de la tutela jurídica, y nos dice: "...la acción no puede considerarse como un derecho abstracto, perteneciente a cualquier titular de derecho por el simple hecho de tener personalidad jurídica. Eso no es el derecho de acción, sino una simple posibilidad de acción, una mera facultad abstracta. El derecho de acción supone en quien lo ejercita ciertos requisitos de carácter substancial y procesal (condiciones de acción, presupuestos procesales) que le dan derecho a una sentencia favorable. La acción, por tanto, es el derecho concreto a la tutela jurídica del Estado o, en otras palabras, un derecho público subjetivo, perteneciente al titular de un derecho material, y que tiene como contenido la obligación de la tutela jurídica por parte del Estado mediante una sentencia favorable..." (21)

Concebir la acción como un derecho a la obtención de una sentencia favorable, y reconocer el derecho del quejoso frente al Estado para obtener justicia, constituye un dilema para criterios contrarios a la teoría que se analiza. Bañuelos, cita a Kohler, Chiovenda, Alfredo Rocco y Hugo Rocco, en cuanto a que estos coinciden en señalar que: "...el derecho concreto a la tutela jurídica se confunde, o con el derecho abstracto de accionar, o con el derecho subjetivo material que se pretende hacer valer en el proceso..." (22)

Se reconoce -dice Bañuelos- que el derecho a la sentencia favorable sólo surge al final de la causa; sin embargo, se pregunta "...¿Qué derecho es el que se ejerce y se hace valer en el curso del proceso?... o es el derecho abstracto de accionar, o el

18.- Cfr. Op. Cit. pp. 309, 310.

19.- Cfr. "Diccionario de Derecho" p. 27.

20.- Cfr. Alsina, Hugo. Loc. Cit. pp. 311, 312.

21.- Cfr. "Teoría de la Acción y Otros Estudios" Op. Cit. p. 30, 32.

22.- Ibidem. p. 31.

propio derecho material que se pretende definir"... en el primer caso la teoría se confunde con el concepto de la acción como un derecho abstracto, en el segundo, penetra en los dominios de quienes ven en la acción un elemento, un aspecto o una función del derecho subjetivo material..." (23)

### 1.1.3.- TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA JURISDICCION:

Dentro de esta posición se estima que la acción es un acto provocatorio de la jurisdicción. En tal sentido, Cipriano Sorez Lara, cita como principal exponente a Eduardo J. Couture, porque este distingue entre los conceptos de derecho, pretensión y acción y concibe a esta última como el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción. Couture explica: "...La acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre con derecho (material) o sin él, con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto a tal, existe aun cuando no se ejerza efectivamente..." (24)

Dice Sorez Lara, que Couture entiende a la acción como una forma típica del derecho de petición ante todas y cualesquiera autoridades, sin que haya razón para que el poder judicial quede excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares puedan ejercer el derecho de petición. Agrega, que esta opinión de la acción como un derecho a la jurisdicción, también la encontramos, en cierta forma, en Hugo Alsina, quien establece lo siguiente "...Si concebimos la acción como un derecho contra el Estado para la protección de una pretensión jurídica fundada en el derecho privado, la solución aparecerá más clara, porque el Estado será el sujeto pasivo de una obligación procesal: la que tienen sus órganos jurisdiccionales de aparar 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 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 este cumpla la prestación a que se obliga o para que se declare la inexistencia de una obligación, y para que en su caso el Estado actúe coactivamente para la satisfacción del derecho..." (25)

23.- Op. Cit. pp. 30, 32.

24.- Cfr. "Teoría General del Proceso" Op. Cit. p. 171.

25.- Idem.

Por su parte, Santiago Sentis Melendo, nos dice que Couture concibió primeramente a la acción como sinónimo de facultad de provocar la actividad del Poder Judicial; (en este caso, se trata de un poder jurídico distinto del derecho y de la demanda en sentido formal, que se dirige a lograr la actividad estatal por medio de sus órganos competentes, a efecto de obtener la declaración coactiva de un derecho). Posteriormente la interpretó como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la solución de un conflicto de intereses. (Se entiende a la acción como sinónimo de derecho, como sinónimo de pretensión y como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción -Véase el tema "la acción como un poder jurídico"-). (26)

"...El concepto que se ha utilizado inicialmente para la definición, habla de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión; el hecho de que esa pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón... Entendemos pues, por acción, no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino un poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales..." (27)

El concepto más revolucionado de Couture en cuanto a la acción, es concebirla como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión. Observamos -dice Melendo- que, al final de la definición, aparece el concepto de "pretensión", el cual es básico, aunque la acción siga dominando en su elaboración doctrinal. Respecto de la pretensión, Couture explica: "...la pretensión (Anspruch, pretesa) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que esta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica... pero la pretensión no es la acción, la acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo, aun cuando la pretensión sea infundada..." (28)

A quién va dirigida la pretensión -cuestiona Melendo- "...Si la pretensión es lo que el actor pretende, lo que quiere obtener y por consiguiente, lo que pide, parece natural que la pretensión vaya dirigida a quien pueda darle cumplimiento o, lo que debe considerarse lo mismo, a quien pueda o no oponerse a ella, o todavía mejor, a quien tenga un interés contrario a la pretensión formulada. En ningún momento ni de manera alguna la pretensión, lo que

26.- Cfr. "Estudios de Derecho Procesal" Buenos Aires 1967. Ediciones Jurídicas Europa-América T.I. pp. 148, 149.

27.- Sentis Melendo, Santiago. Loc. Cit. pp. 148, 149.

28.- Cfr. Op. Cit. p. 149.

el actor pide, debe confundirse con la acción...Esto nos lleva a otro problema relativo a quién y cómo van dirigidas la pretensión y la acción. Para nosotros, la pretensión se dirige contra el demandado; de él queremos conseguir una determinada prestación o un determinado comportamiento, o contra él queremos obtener unos resultados; cuando esos resultados son obtenibles fuera de juicio, formulamos la pretensión extrajudicialmente, y, si no es atendida, y ante la imposibilidad legal de tomarnos la justicia por nuestra propia mano, acudimos al Juez. Una acción contra el Juez no tiene sentido; el Juez no es, en ninguna concepción jurídica, el contrario al litigante. La demanda se dirige al Juez; la acción se ejercita ante el Juez; pero nunca en sentido de enfrentamiento..." (29)

Al hablar de la acción, entendida ésta como un derecho a la jurisdicción, tenemos necesariamente que referirnos a la acción misma como una función procesal; para lograr esta distinción, recurrimos a Piero Calamandrei, quien nos dice: "...El derecho procesal se basa en tres nociones fundamentales: jurisdicción, acción y proceso. La jurisdicción presupone la acción; la acción por el contrario, constituye pues iure conditio, en lo civil contencioso y, en lo penal, un límite y una condición de la jurisdicción; de aquí que la acción sea prácticamente, no solamente de dar el primer impulso a el poder de preparar el Juez la materia y el programa de su providencia. En tanto que por concepto de proceso, se determina que es la serie de actos coordinados, regulados por el derecho procesal a través de los cuales se lleva a cabo el ejercicio de la jurisdicción, y el concepto de relación substancial, que es el objeto, el tema, sobre el cual la jurisdicción se ejercita...Se trata de tres nociones fundamentales de orden sistemático, que no están definidas sino supuestas por el derecho positivo, sin cuyo conocimiento previo es imposible dar un paso en la ciencia procesal moderna..." (30)

En correlación con el criterio anterior, Jaime Guasp, en sus "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", establece: "...El concepto de acción debe ser elaborado fuera del ámbito del derecho procesal; su lugar en esta disciplina ha de ocuparlo el concepto de pretensión...la pretensión es una declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración..." (31)

#### 1.1.4. TEORIA DE LA ACCION COMO DERECHO POTESTATIVO:

Esta tesis de la acción como un derecho potestativo, es de Chiovenda y se deriva del concepto que él mismo nos da del

29.- Op. Cit. pp. 164, 169.

30.- Citado por Bañuelos Sánchez, Froylán. Op. Cit. p. 5.

31.- Citado por Sentis Melendo, Santiago. Loc. Cit. p. 151.

término acción, al decirse que es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional.

"...La acción para Chiovenda, es pues un poder jurídico de la categoría de los derechos potestativos, entendidos éstos como los derechos a los cuales no corresponde una obligación, porque el sujeto a quien está dirigido, dicho poder jurídico, no es deudor de una prestación, no debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejercita... Así, mediante la acción, el demandado queda sujeto, aún contra su voluntad, a la actuación de la ley, que es lo que caracteriza la función jurisdiccional. La acción se caracteriza entonces como un derecho contra el adversario y frente a Estado, y mediante ella, 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. Por otra parte, la acción se concibe dentro de esta teoría como un derecho a obtener una sentencia favorable que se concede a quien tiene razón..." (32)

Para examinar los puntos más importantes de esta teoría, acúdase -dice Gómez Lara- a la obra de Alsina (\*), puesto que al analizar los derechos potestativos, nos expone que en muchos casos 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". Por otra parte, encontraremos en Alsina las críticas que se han enderezado contra la teoría de Chiovenda, aunque las principales pueden englobarse en las siguientes consideraciones:

1a.- La sujeción del demandado por virtud de la acción, no depende de esta, sino del acto o providencia del juez. La acción es entonces un derecho al medio y no al fin (Carnelutti).

2a.- Esta teoría es, la consecuencia de estudiar el proceso solamente desde el punto de vista del actor que tiene razón, pero no debe perderse de vista que el proceso no es el instrumento que el actor maneja a su voluntad, y el resultado final del ejercicio de esa acción dependerá de múltiples circunstancias que se irán dando a través del desarrollo del proceso (Liebman).

3a.- La teoría importa un retroceso en el camino de evolución de la ciencia procesal, pues contradice el concepto de autonomía de la acción al hacer depender la existencia de ésta de la violación de un derecho, y no estando dirigida la acción contra el Estado, no adquiere el carácter de derecho público (Rocco).

4a.- Nos expone finalmente Alsina, que también ha sido controvertido

---

32.- Cfr. Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit. p. 132

(\*).- Idem pp. 132, 133.

el carácter potestativo de la acción, haciéndose notar que el cambio de situación jurídica del demandado no deriva del ejercicio de la acción sino de la sentencia del juez (Heinitz).

En relación con las críticas a la teoría de Chiovenda, Froylán Bañuelos, apoyado en la obra del portugués José Alberto Dos Reis (Teoría de la Acción), establece convenientemente y anticipadamente que la acción es un derecho como cualquier otro, al que corresponde una obligación y no un derecho potestativo "...La relación procesal se establece entre las partes y el Estado y no entre actor y demandado. -indica Froylán-, que Chiovenda y Weismann son los principales defensores de la teoría de la acción como derecho potestativo, y que ambos parten precisamente del concepto del derecho potestativo, entendido este como "...derecho al que no corresponde una obligación y cuyo contenido se resuelve en una modificación del Estado Jurídico existente, producida por un simple acto de voluntad individual del respectivo titular..." (33)

En la teoría que se analiza - dice Froylán - "...La acción pertenece exactamente a la categoría de los derechos potestativos, porque consiste en el poder jurídico de poner en movimiento las condiciones necesarias para la realización del derecho objetivo. Los órganos jurisdiccionales del Estado no proceden por su iniciativa a la declaración y realización del derecho; es indispensable que se verifique una condición, que se produzca una manifestación de voluntad individual; esa manifestación de voluntad es la acción. Al proponer la acción, el actor, no hace sino usar un poder jurídico destinado a producir un efecto sobre la persona del adversario, efecto que consiste en la emisión de la sentencia a la que el demandado queda sujeto. Concurren pues, en la acción todas las características del derecho potestativo. La acción es un poder destinado a producir un efecto jurídico sobre la persona del adversario, que tiene que sufrirlo, pero sin estar obligado a ninguna prestación o servicio..." (34)

Entendemos que a todo derecho corresponde una obligación, sin embargo, para los exponentes de la teoría de la acción, al concebiría como un derecho potestativo, vienen a contrariar su significado. "...Antes de construir la teoría del derecho potestativo, sus defensores debieron comenzar por demostrar que realmente puede haber verdaderos derechos sin obligaciones correspondientes; mientras la demostración no se haga, es lícito suponer que los llamados derechos potestativos, o no son derechos autónomos, o en nada difieren de los otros..." (35)

De los derechos potestativos, Hugo Rocco, escribe: "...puesto que a todo derecho debe corresponder una obligación, los llamados derechos potestativos son, en último análisis, o facultades

---

33.- Cfr. "Teoría de la Acción y Otros Estudios" Op. Cit. p. 33.

34.- Idem.

35.- Ibidem. p. 34.

comprendidas en los derechos de cuyo contenido forman parte o, si son derechos autónomos debe corresponder a los mismos cuando menos, la obligación de no hacer o de soportar, que es de naturaleza jurídica, en cuanto el derecho la establece. De aquí que sea admisible la concepción del aspecto pasivo de los derechos potestativos como una pura sujeción material, debiendo más bien considerarse como una sujeción jurídica que implica una obligación negativa - la obligación de no hacer o de soportar... " (36)

Estima Bañuelos, que Chiovenda se influenció con la corriente latina, al considerar que la acción no es un poder dirigido contra el demandado, sino que es un derecho contra el adversario, al que corresponde una obligación y que se agota en una pura facultad. (37)

En el lenguaje común la acción se concibe como un derecho de un particular contra otro; y por ello se confunde con el derecho substancial que se pretende hacer valer, sin embargo, cuando se trate de encontrar su naturaleza jurídica, debe tomarse en cuenta lo que acción es en realidad, y no lo que vulgarmente se designa con ese vocablo, como Chiovenda al considerar a la acción como un derecho autónomo e independiente del derecho substancial que se pretende hacer efectivo. Al proponer la acción, se pretende que el Estado, por medio de sus órganos jurisdiccionales aprecie una determinada situación jurídica y declare los derechos y obligaciones que deriven de la misma, por ello, el Estado, al prohibir la autodefensa, asumió la obligación y el compromiso de poner su actividad jurisdiccional al servicio de quienes se consideran lesionados en sus derechos; de aquí que baste que cualquier particular solicite la intervención jurisdiccional del Estado, para que esa intervención se produzca y ejerza, parece pues, que el derecho de acción y el deber de jurisdicción son términos correlativos y constituyen dos aspectos, activo y pasivo, de la relación procesal. Al derecho de acción del particular corresponde la obligación del Estado de ejercer su actividad jurisdiccional para la declaración y realización del derecho. (38)

En los términos anteriores, es como Bañuelos interpreta la teoría de Chiovenda, y concluye: "...La acción es un derecho contra el Estado representado por los órganos jurisdiccionales; el concepto de acción como un derecho contra el Estado solo significa que al derecho de acción corresponde una obligación por parte del Estado, la obligación de prestar su actividad jurisdiccional para la apreciación de las relaciones jurídicas inciertas o controvertidas. Entendido así, el concepto es exacto, porque en la realidad el actor consigue, por el ejercicio del derecho de acción, forzar a los órganos jurisdiccionales a la prestación de su actividad específica..." (39)

36.- Citado por Bañuelos Sánchez, Froylán, Op. Cit. p. 33.

37.- Cfr. Op. Cit. p. 33.

38.- Idem. p. 34.

39.- Ibidem. pp. 33, 34.

### 1.1.5.- TEORIA DE LA ACCION 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, o sea, de la tutela concreta, aparece frente a las posiciones tradicionales como pálida y débil, esta posición tiene caracteres de mayor intensidad y de una radicalidad definida.

La teoría de la acción como derecho de obrar se proyecta desde el siglo XIX con Degenkolb, pero se puntualiza hasta el siglo XX con las aportaciones de Liebman, Alfredo y Hugo Rocco, así como de Mortara; este último recoge dos conceptos de lo que por acción debe entenderse, uno de esos conceptos es en sentido 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.

Los conceptos o sentidos que Mortara le dió a la palabra acción fueron combatidos con el argumento de que 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 sinonimo de relación jurídica entre las partes y el juez, y el restringido como facultad deducida de demanda judicial, el que hay que utilizar - en opinión de Alcalá y Castillo (4) - es el segundo, puesto que para que exista acción basta la simple afirmación de la violación del derecho privado, sin que sea necesario que esa afirmación sea de buena fe.

A nuestro entender -dice Lara- la teoría de la acción como un derecho abstracto de obrar, representa el punto máximo de la autonomía de la acción. La acción es dentro de esta concepción 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 ella sea favorable o desfavorable a los intereses de quien haya iniciado el proceso. En la teoría de la acción como tutela concreta, por el contrario, se sostenía el derecho a una sentencia favorable. (40)

Hugo Alsina, nos habla de la teoría de la acción abstracta, en la cual "...la acción es dada no solo a quien tiene razón, sino a cualquiera que se dirija al juez en demanda de una decisión sobre una pretensión; la acción, por consiguiente, puede ser deducida aun por quien este equivocado y por ello es abstracta del fundamento de la demanda... los adversarios de esta teoría dicen que ella confunde el derecho de acción con la mera facultad jurídica de

(4).- Citado por Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit. p. 133. Cfr. Alcalá y Castillo, Niceto. Notas tomadas en un curso de Teoría General del Proceso, Doctorado, Mexico 1957. U.N.A.M.

40.- Cfr. Op. Cit. p. 134.

obrar. Indudablemente para poder dar la 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... " (41)

En relación con lo anterior -estima Gómez Lara- que "...no es precisamente la acción lo que se rechaza, sino lo que viene a rechazarse es precisamente la pretensión, porque, entendida esta tesis del derecho abstracto de obrar, en su justa proyección, hace que la acción se limite a ser 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 dable, en la acción en sí misma, predeterminar si el resultado de ella será o no favorable. Por otra parte, es mejor que exista inclusive una posibilidad de abusar de la acción, a que haya un criterio regio 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; es decir, si se sanciona excesivamente el ejercicio de la acción, cuando el actor se equivoca, o se abusa de la misma, la colectividad, o mas bien algunos sujetos de la misma, podrían llegar a atomizarse y a no llevar sus controversias ante los órganos estatales de la jurisdicción..." (42)

Segun la teoría que se analiza -dice Bañuelos- "...La acción es un derecho subjetivo publico del ciudadano con el Estado, y solo para con el Estado, teniendo por objeto la prestación de la actividad de los órganos jurisdiccionales para la eliminación de los obstáculos que la inobservancia o la incertidumbre de la norma jurídica oponen a la realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo..." (43)

Caracterizan a esta teoría dos rasgos: la acción como un derecho para con el Estado; y la acción como un derecho abstracto, que pertenece a cualquier individuo por el simple hecho de tener personalidad jurídica; y que es enteramente independiente de los derechos substanciales que se pretenden hacer efectivos en juicio.

"...Cualquier persona, por la simple circunstancia de ser sujeto de derechos, puede poner en movimiento a los órganos jurisdiccionales del Estado para que ellos se pronuncien sobre el fundamento de la prestación (sentencia de fondo), o sobre la regularidad de la instancia (sentencia de forma o sentencia sobre cuestiones previas o prejudiciales)... lo que importa es que la acción se refiera a un interés tutelado en abstracto por el derecho objetivo, ya que la

41.- Citado por Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit. p. 134. Cfr. Alsina, Hugo. Tratado Teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial Buenos Aires, 1963. Ediar editores, T. I. p. 314.

42.- Op. Cit. pp. 134, 135.

43.- "Teoría de la Acción y Otros Estudios" Op. Cit. pp. 39, 40.

acción tiende a la intervención del Estado para la realización de los intereses protegidos por el derecho. Que el derecho objetivo tutela el interés en el caso concreto, es indiferente; lo que resulta indispensable es que el interés figure en alguna de las categorías protegidas en abstracto por la organización jurídica..." (44)

La teoría de la acción como un derecho abstracto, se distingue con la del derecho potestativo, porque hace corresponder al derecho de acción el deber jurídico de jurisdicción que el Estado también asume por mediación de sus órganos jurisdiccionales; se distingue también con la teoría de la tutela concreta porque emancipa completamente el derecho de acción del derecho que por medio de la acción se pretende hacer valer. "...En vez de considerar la acción como un derecho a una sentencia favorable, o a una sentencia justa, la teoría del derecho abstracto considera a la acción como derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional o derecho a sentencia pura y simplemente, ya que toda la actividad jurisdiccional tiende a preparar la emisión del fallo..." (45)

En la acción se distinguen dos elementos: el substancial y el formal; tal observación la precisó Hugo Rocco desarrollando las ideas de Alfredo Rocco "...El substancial consiste en el interés que tiene todo individuo dotado de personalidad jurídica, en que el Estado intervenga para la apreciación o realización. Desde que fue prohibida la auto-defensa surgió como consecuencia necesaria, el interés en que el Estado ejerza su actividad jurisdiccional para la remoción de los obstáculos que se oponen a la libre y espontánea actuación del derecho...el elemento formal del derecho de acción consiste en el poder atribuido a la voluntad individual de reclamar la intervención del Estado, para la apreciación y realización coactiva de los intereses protegidos por el derecho objetivo...para que el interés de que hablamos, elemento substancial del derecho de acción, una vez creado viniese a tener efectividad, resultaba indispensable reconocer a la voluntad de su titular un poder jurídico tendiente a satisfacerlo. Un interés se convierte en derecho precisamente cuando se atribuye a la voluntad del sujeto el poder de realizarlo coactivamente. El Estado, prohibiendo la defensa privada y monopolizando, por decirlo así, la función de administrar justicia, se impuso por eso mismo la obligación de prestar su actividad jurisdiccional para la declaración de los derechos controvertidos o violados; a esa obligación se hizo después corresponder un derecho subjetivo - el derecho de acción- reconociendo a la voluntad de cualquier individuo de personalidad jurídica el poder de exigir la prestación de la actividad jurisdiccional..." (46)

44.- Bañuelos Sánchez, Froylán. Op. Cit. p. 40.

45.- Idem. pp. 40, 41.

46.- Citados por Bañuelos Sánchez, Froylán. Op. Cit. p. 41 Cfr. Alfredo Rocco (Sentenza Civile p. 84) y Hugo Rocco (L' autorità della cosa giudicata p. 231).

### 1.1.6.- TEORIA DE LA ACCION COMO INSTANCIA PROYECTIVA:

Para explicar esta teoría, Gómez Lara, nos hace referencia a la petición, la denuncia, la querrela, la queja y del resarcimiento, lo mismo que de la acción, considerando a todas estas como una instancia; empero, nos indica también, que la acción tiene una nota distintiva, que es precisamente la de ser una instancia proyectiva. Gómez Lara, a efecto de robustecer su criterio, cita la obra de Humberto Briseño Sierra, quien a su vez nos señala: "...La concepción dinámica del derecho, se basa en el establecimiento de una secuencia entre varias relaciones jurídicas eslabonadas en un orden lógico y cronológico...este sentido jurídico de la acción permite hablar de una proyectividad, pues la dirección del acto provocatorio lleva hasta un tercer sujeto, de manera que resultan finalmente vinculados tres: accionante, juez y reaccionante... La acción no está al principio, sino en toda la extensión del proceso...acciona el actor cuando demanda, cuando prueba y alega, como acciona el demandado cuando prueba, cuando recurre cuando contrademanda y alega su reconvencción...ninguna acción va al final y definitivamente al juez, el proveimiento de este es una mediación, pero la acción se dirige, va directamente a la contraria...el proyectarse de la acción es propio de la hipótesis normativa que regula el proceso, porque el autor de la norma ha querido que tres sujetos colaboren en la graduación de una serie dinámica que progresa gradualmente desde la demanda hasta el auto que cita para oír sentencia esperada..." (47)

De conformidad con las ideas de Briseño Sierra, encontramos - dice Gómez Lara- que en todas las otras instancias, desde la petición hasta el recurso administrativo, la relación gobernado-autoridad, es siempre lineal; por el contrario, en la acción como instancia proyectiva, esa relación deja de ser lineal, porque resurgiendo o naciendo de un gobernado, asciende hasta el órgano estatal jurisdiccional, que es el juez, y, de este, desciende hasta otro tercer sujeto al que liga y vincula. En esto radica la esencia de la proyectividad, y es que el acto provocatorio de la función jurisdiccional, es decir, la acción, es precisamente una instancia proyectiva, porque no se queda ni se detiene en el órgano judicial, sino que se proyecta hacia otro tercer sujeto, vinculándolo y trayéndolo a la relación procesal. (48)

Un tema relacionado con la proyectividad de la instancia de la acción -insiste Lara-, es lo que se ha denominado dualidad de la pertenencia de la acción, y al respecto, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, nos dicen: "... Durante mucho tiempo se ha venido considerando que la acción la ejercita el actor, pero ya se va abrien-

47.- Cfr. Op. Cit. p. 140. Cfr. Derecho procesal T. II. pp. 205 - 209, 210.

48.- Iden.

do paso la corriente de que en realidad la acción tiene dos titulares y que la única diferencia que hay es de carácter cronológico, en el sentido de que el actor es quien primero acciona, pero también el demandado a través de la contestación de la demanda es accionante para recabar en el pronunciamiento de fondo..." (49)

## 1.2.- " CORRIENTES CONCEPTUALES "

Dentro las teorías de la acción, se han elaborado determinados conceptos sobre lo que por acción debe entenderse; así por ejemplo en la teorías clásica y de la tutela concreta, figura como elemento en su conceptualización el término derecho. Por su parte las teorías del derecho a la jurisdicción y del derecho potestativo, como ya incluyen en sí mismas al elemento "derecho", se ocupan por utilizar como término en el concepto, al " poder jurídico "; sin embargo, en la teoría del derecho abstracto de obrar, como su nombre lo anticipa, se confunde el derecho de acción con la facultad jurídica de obrar, al decirse que se trata de un derecho subjetivo público que sirve al derecho objetivo. La teoría de la instancia proyectiva, se aparta de ese continente y se concreta a limitar a la acción como una actividad, que válgame la redundancia, provoca dinamismo en el proceso.

Con independencia del concepto de lo que por acción debe entenderse, las teorías surgen precisamente cuando se logra diferenciar a la acción como un derecho que reacciona ante su propia violación.

En las teorías de la acción se ha visto que los criterios para explicar lo que por acción debe entenderse no son unánimes; sin embargo, pueden considerarse como aportaciones fundamentales, determinados elementos que resultan básicos para obtener el concepto de acción en materia procesal penal y, según sea la tendencia doctrinaria (derecho, poder jurídico, facultad o acto) estaremos en condiciones de aceptar o no, el que más adelante proponemos.

### 1.2.1.- LA ACCION COMO UN DERECHO:

El derecho en términos generales, es la facultad del hombre de hacer o exigir conforme a la moral, las leyes o las costumbres; es pues, el conjunto de principios y leyes a que están sometidas las relaciones humanas.

49.- Op. Cit. pp. 208, 210. Cfr. "Notas tomadas en un curso de Teoría General del proceso, Doctorado"

Al considerar a la acción como un derecho, se le atribuyen cualidades de ser público y subjetivo, pero además con ciertas características como la de ser autónomo, concreto, privado, adjetivo o abstracto entre otros. La acción en el derecho público, es la que regula los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado en virtud de una delegación directa o mediante el poder público. En el derecho subjetivo, la acción es inherente a una persona titular de un derecho real (el que tienen las personas sobre las cosas), porque se tiene la potestad individual de proceder o no, de modificar lo establecido o mantenerlo, dentro de los límites legislados.

Creemos nosotros que ha sido a partir de la aseveración de Savigni (TODA ACCIÓN IMPLICA DOS CONDICIONES, EL DERECHO Y LA VIOLACION DE ESE DERECHO), cuando técnicamente se comienza con el análisis del significado del término "acción". Esta premissa, se convirtió en doctrina cuando los estudiosos del derecho se vieron notablemente motivados y quizás obligados a buscar el concepto de lo que por acción debe entenderse, obteniéndose así, no únicamente un significado, sino una diversidad de ellos, los que a su vez se puntualizaron en diversas teorías, y con ellas quedó latente hasta nuestros días, la problemática por precisar un concepto autónomo.

Dijo Savigni, que toda acción implica dos condiciones: el derecho y la violación de ese derecho; y explicó: "... Si Consideramos en conjunto nuestros derechos, resulta que unos existen en relación con todos los hombres y otros solamente se ejercen respecto de individuos determinados, cuyo último carácter presentan, desde luego, las obligaciones. Pero la violación de nuestros derechos no es concebible sino por el hecho de una persona determinada, hecho que establece entre nosotros y otra persona una relación de derecho especial y nueva cuyo contenido es la reparación de la violación. En consecuencia, esta reclamación ejercitada contra una determinada persona y respecto de un determinado objeto también ofrece el carácter de una obligación, de manera que el que ha sufrido la violación y el que la ha determinado, o el demandante y el demandado se encuentran en la misma situación respectiva de un acreedor y de un deudor. Pero, en tanto que esta nueva relación permanece en el estado de posibilidad y no determina acto alguno de la parte lesionada, no podemos considerarla como verdadera obligación y perfecta, sino como un germen susceptible de transformarse, por virtud de su natural desenvolvimiento, en verdadera obligación... la relación que de la violación resulta, es decir, el derecho conferido a la parte lesionada, se llama derecho de acción... la palabra acción expresa también el ejercicio mismo del derecho, en cuyo caso, bajo la hipótesis de un proceso escrito, designa el acto escrito por el cual comienza un debate judicial... El acto por el cual el derecho se ejerce, entra por sus condiciones y sus formas en la teoría del procedimiento..." (50)

Desde el punto de vista general, se reconoce -dice De Pina- que toda acción implica necesariamente dos condiciones: un derecho y la violación de ese derecho...si el derecho no existe, la violación no es posible; y si no hay violación, entonces el derecho no puede revestir la forma especial de una acción...por otra parte, la violación del derecho puede manifestarse bajo diversos aspectos, que en la práctica suelen confundirse. En consecuencia se distingue entonces a la acción como un derecho y como un acto. El derecho de acción corresponde a la parte lesionada y se le ha conferido en relación con la violación sufrida; la acción como un acto es el ejercicio mismo del derecho ante el órgano correspondiente. (51)

Con la explicación de Savigni, se comienza a distinguir cuando es que la acción corresponde al derecho privado y al derecho público, para el primero se refieren las obligaciones para con determinados individuos; para el segundo se dice que existe en relación con todos los hombres.

Binder, por su parte distinguió el derecho procesal del derecho de accionar, para el primero estima que debe reducirse a la doctrina de la relación jurídica, a la forma y marcha del procedimiento y a los presupuestos procesales de la sentencia. En cuanto al derecho de accionar, influenciado notablemente por la doctrina tradicional, - dice De Pina- produce en su obra el más poderoso intento por reivindicar la acción al derecho privado. (52)

En la teoría de la acción como tutela concreta, citamos ya a Bernhard Windscheid y Theodor Muther, por haber logrado éstos diferenciar entre el derecho a la prestación en su dirección personal y el derecho de acción, como un derecho autónomo, encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso. Windscheid sostuvo la identidad de la Actio Romana con el derecho subjetivo; Muther separó el derecho de acción del derecho subjetivo mismo (derecho concreto de acción) y explicó: "...quien tiene un derecho insatisfecho tiene también el derecho de obtener una sentencia favorable; esto es el derecho de acción independientemente del derecho subjetivo, pero condicionado a la existencia de éste..." (53)

51.- Cfr. Op. cit. pp. 26, 27.

52.- Idem. p. 27. Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, en cuanto que consideran que Binder es quien ha hecho el más poderoso intento reivindicatorio de *klagertch*, o sea, de considerar a la acción como un derecho exclusivo de los particulares. Véase la advertencia preliminar en la edición española del Derecho Procesal de Goldschmidt.

53.- Ibidem. pp. 28, 29. Véase la introducción de Giovanni Pugliese a la "Polémica Intorno All Actio" de Bernhard Windscheid y Theodor Muther; realizada por el mismo Pugliese y por Ernest Heinitz publicada por la Editorial Sansoni, De Firenze, 1934, Colección I. Classici del Diritto.

El derecho de acción que conceptualiza Muther, concuerda con el de Savigni, ya que éste considera, que a la violación de un derecho corresponde la reparación de su lesión (derecho de acción). El derecho subjetivo que menciona Muther incluye la acción y nos dice que aquel corresponde a quien asiste la razón, para que el Estado le conceda la tutela jurídica mediante sentencia favorable. Tal derecho subjetivo público tiene por presupuesto un derecho privado y su violación, el derecho de obrar es diferente del derecho lesionado.

Entendemos entonces que para Muther, la acción es un derecho que puede revestir dos formas: como un derecho de acción en cuanto a que se encamina a la realización de la ley por la vía del proceso; y como un derecho subjetivo público reconocido por el Estado, de quien se ha violado su derecho privado.

Recordemos que Wach desarrolló el concepto de Muther y consideró a la acción como un derecho que se dirige, al mismo tiempo contra el Estado y contra el adversario, como un derecho público, el juicio y a la sentencia. En estos términos Wach desarrolló la tesis de un derecho a la tutela jurídica, dirigido contra el Estado para que la conceda y contra el adversario para que la soporte. Este derecho a la tutela jurídica, según Wach, pertenece al derecho público, al procesal compete la regularización del interés jurídico de obrar, presupuesto de aquél. (54)

Hugo Rocco, dice que el derecho de acción puede entenderse como el "...derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración o realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) protegidos en abstracto por las normas de derecho objetivo..." (55)

El derecho de acción es, según Rocco -dice De Pina- "... un derecho subjetivo público del individuo para con el Estado que tiene como contenido substancial el interés abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos, que la incertidumbre o la inobservancia de la norma aplicable al caso concreto, pueden oponer a la realización de los intereses protegidos. Objeto de este derecho es la prestación, por parte del Estado, de su actividad jurisdiccional para la declaración del derecho incierto, y para la realización forzosa de los intereses de la tutela cierta..." (56)

Hugo Rocco concibe a la acción, no como un derecho que corresponde solamente al que tiene la razón, sino como un derecho abstracto y general, que no depende necesariamente de la pertenencia efectiva de un derecho concreto subjetivo material, ni tampoco de un

54.- Cfr. cita de Rafael De Pina. Op. Cit. p. 28.

55.- Idem. pp. 28, 29.

56.- Ibidem. pp. 29, 30.

elemento subjetivo que se refiere a la existencia de un derecho subjetivo material. (57)

la acción no siempre es un derecho a un acto determinado y favorable, sino que puede, en algunos casos, ser simplemente el derecho a un acto del Estado, independientemente de su contenido. El interés que constituye el contenido del derecho de acción, consiste en obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en el caso concreto, y no la declaración del derecho de un modo uas bien que de otro. El obtener una sentencia favorable es el fin que el derecho no toma en consideración de modo alguno; pero el fin próximo, o sea el interés que únicamente el derecho protege, es el obtener una sentencia, es decir, la declaración de una relación jurídica. "... Solo de este modo se explica que el derecho de acción puede corresponder también al que no tiene el derecho material, y solo así puede darse al proceso una base autónoma, independientemente del derecho privado. La íntima relación de esa autonomía reside precisamente en la naturaleza secundaria y abstracta del interés que forma el contenido substancial del derecho de acción..." (58)

Para Piero Calamandrei, la acción es un derecho subjetivo autónomo y concreto. Autónomo en tanto que puede existir por sí mismo, independientemente de la existencia de un derecho subjetivo substancial; y concreto porque está dirigido a obtener una determinada providencia jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante. (59)

Para Rafael Pérez Palma, "...La acción no es otra cosa más que el derecho o facultad constitucional que nos existe para acudir ante el órgano jurisdiccional y pedirle que intervenga, a efecto de que, dando aplicación a la ley, haga valer o respetar el derecho de orden privado que nos corresponde, en atención a determinada situación de hecho y cuyo derecho nos es desconocido o negado por la parte contraria..." (60)

La acción presupone la existencia del derecho que garantiza y asegura, pero ambos derechos son distintos, inconfundibles entre sí, en una palabra, autónomos. Sin embargo, los dos derechos, el subjetivo que se tiene en contra del deudor, y el público, o sea, la facultad de poner en actividad al órgano jurisdiccional, están entre sí íntimamente relacionados, de manera que de la naturaleza del derecho subjetivo, dependerá la jurisdicción y la vía a seguir en el ejercicio del derecho público. (61)

57.- Cfr. cita de Rafael De Pina. Op. Cit. pp. 30, 31.

58.- Cfr. De Pina, Rafael. loc. Cit. pp. 30, 31.

59.- Idem. véase "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Trad. Santiago Sentís Melendo. E.J.E.A., Buenos Aires 1973, Vol. I, pp. 255.

60.- Teoría de Derecho Procesal Penal México 1975, Cárdenas editor y distribución, 2a. edición, pp. 23, 24.

61.- Cfr. Pérez Palma, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal México 1980, Cárdenas ed. p. 199.

### 1.2.2.- LA ACCION COMO UN PODER JURIDICO:

Couture, puntualizó el concepto de acción como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión y, agrega, que el derecho sin la acción, carecería de protección. (62)

Inicialmente, Couture entendió a la acción como la facultad jurídica de promover la actividad judicial, lo que en opinión de Pérez Palma, equivale a un poder frente al Estado, en busca de la aplicación de la ley. (63)

Eduardo J. Couture, explica que la acción puede ser tanto un derecho, como una potestad, o bien, una facultad o una actividad, el caso es que mediante ella, un determinado sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional.

Por otra parte la conceptualiza también como sinónimo de derecho, de pretensión y demanda y como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción "...como sinónimo de derecho es en el sentido que el vocablo tiene cuando se dice el actor carece de acción, es decir, se identifica a la acción con el derecho de fondo o sustantivo o, en todo caso, se le considera como una prooulgación del derecho de fondo, al ejercitarse ante los tribunales...Como sinónimo de pretensión y demanda, la acción es en este sentido la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. Así, se habla de una demanda fundada o infundada...Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción, se habla entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que erróneamente se consideraran asistidos en razón..." (64) -Véase teoría de la acción como derecho a la jurisdicción-

Con el sentido anterior, entendemos que Couture, antes de aportar su concepto, primeramente ubica a la acción como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; luego la conceptualiza como un poder jurídico que tiene todo individuo como tal y en nombre del cual le es posible acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de amparo a su pretensión; sin embargo, acción y pretensión no significan lo mismo, son figuras completamente distintas, lo mismo que la función jurisdiccional.

62.- Cfr. cita de Gómez Lara, Cipriano. Op. Cit. p. 110. Véase "Fundamentos de Derecho Procesal Civil" Ed. Depalma, J.A. ed. Buenos Aires, 1966, p. 57.

63.- Cfr. "Guía de Derecho Procesal Penal" Op. Cit. p. 24.

64.- Cfr. cita de Gómez Lara, Cipriano. Loc. Cit. p. 110.

Respecto de la función jurisdiccional y para que los órganos del Estado se pongan en movimiento con vistas a la declaración y realización del derecho lesionado, es indispensable que alguno de los interesados en la apreciación de la relación jurídica incierta o dudosa, solicite el ejercicio de su actividad. "...El aparato judicial es inherente, solo se mueve mediante una instancia o impulso externo (ne procedat iudex ex officio). Este impulso es la acción..." (65)

La función jurisdiccional consiste -dice Bañuelos- en la sustitución de la voluntad del Estado a la voluntad de los particulares para la realización del derecho, o en la sustitución de la actividad del Estado o la de los particulares para que sea reconocida la tutela que el derecho objetivo concede a un determinado interés, (fase declarativa) y se de realización efectiva a dicho interés, cuya tutela fue declarada (fase ejecutiva). (66)

Carnelutti conceptúa la acción como el poder de provocar la actuación de un órgano jurisdiccional. "...Pero el poder de acción no corresponde a una parte, sino a las dos. El principio del contradictorio manifiesta la bilateralidad de la acción y sus razones. El contradictorio representa el complemento y correctivo de la acción de parte en el proceso. Cada parte actúa por su propio interés; pero la actuación combinada de estos intereses sirve a los fines del proceso. La acción supone en síntesis, el ejercicio privado de una función pública..." (67)

Chiovenda concibe a la acción como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. Tal poder se corresponde frente al adversario respecto del cual se produce el efecto jurídico de actualizar la ley, aquí, en este poder, el adversario no está obligado a nada, está simplemente sujeto a él. Nos dice también Chiovenda, que la acción es un poder jurídico, pero también que es un derecho potestativo. Al respecto del aludido -dice Santiago Sentís Melendo- que difícilísimo es distinguir entre poderes, potestades y derechos potestativos, por lo que no podría entender a la acción como un derecho subjetivo, por la sencilla razón de que el derecho subjetivo sí que exige la figura del obligado; y esta, al menos para Melendo, no concurre en el juez, quien a su modo de comprenderlo y desde un punto de vista muy particular, tiene deberes como juez, como funcionario del Estado, pero no obligaciones frente a persona determinada. (68)

Para Eugenio Florián la acción es un poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción. (69)

65.- Cfr. Bañuelos Sánchez, Froylán. Op. Cit. p. 17.

66.- Idem. pp. 13, 16.

67.- Citado por de Fina, Rafael. Op. Cit. pp. 29, 30.

68.- Cfr. Cita de Sentís Melendo, Santiago. Op. Cit. p. 148.

69.- "Elementos de Derecho Procesal Penal" Trad. de Leonardo Frieto Castro, Bosch, Barcelona, España. 5/f. p. 173.

Al referirnos al poder que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción, se entiende a la acción como un poder jurídico de actualizar la aplicación de la ley. Se habla de un poder jurídico con el cual se acude en demanda de amparo a la pretensión y no importa que esta sea fundada o no, pues de ninguna manera afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; se comprende entonces, conforme a la opinión de Couture, que aun incluso, aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón, pueden promover sus acciones en justicia. Respecto de la pretensión, ésta es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y de que esta misma se haga efectiva. La pretensión "no" es la acción, la acción es el poder jurídico de hacer efectiva la pretensión.

### 1.2.3.- LA ACCION COMO UN ACTO:

Savigni define también a la acción como un acto, y nos dice que en este sentido expresa el ejercicio mismo del derecho ante el órgano correspondiente, -agrega- que al considerarla como un acto, debe estudiarse dentro de la teoría del procedimiento. (70)

Carlos Eduardo Bonnier nos dice: "...En nuestro idioma la voz acción tiene distintos y diferentes significados, no solamente en un sentido común o general sino también dentro del ámbito jurídico. En el primer aspecto -sentido común no jurídico- traduce la existencia de un estado dinámico; un obrar físico, material (aprehender, tomar una cosa, agredir o repeler una agresión), que en su origen ha sido el único medio idóneo de la realización del derecho, etapa histórica que podría calificarse con el nombre de justicia individual. Pero acción en su significado jurídico, es activo de varias acepciones entre los profesionales del derecho y en la práctica forense, se da ese nombre al título representativo de una cuota o parte del capital en las sociedades comerciales; también se alude con la misma expresión a la demanda -agregáremos a la acusación penal- o sea, el acto jurídico procesal que incoa materialmente el proceso y que es el instrumento por el cual ella se ejercita. Se indica también con ese voz, la existencia de un derecho subjetivo privado, que es el que se hace valer en la acusación por un órgano público...En sentido técnico procesal, la palabra acción designa el derecho, facultad o poder jurídico, acordado al individuo o a un órgano público para provocar la actividad jurisdiccional del Estado..." (71)

Como se puede advertir, de los conceptos que consideran a la acción como un acto, se determina que se refieren precisamente al hecho de incoar materialmente el proceso. Es la

70.- Cfr. cita de Rafael De Pina. Op. Cit. p. 27.

71.- Idem. Véase "Introducción al Estudio del Derecho Procesal" Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959. p. 220.

Inchoatio onis, o sea, comenzar un proceso en el que se denota el principio de la acción progresiva -Inchoativus-.

#### 1.2.4.- LA ACCION COMO UNA FACULTAD:

Promover la actividad jurisdiccional, es una facultad que tiene todo sujeto de derecho frente al Estado, que se traduce como un poder que este último otorga en sus órganos judiciales a efecto de aplicar la ley a la satisfacción de una pretensión reclamada. En este sentido, Couture entiende también a la acción, al decirnos que es una facultad jurídica de promover la actividad judicial. (72)

De Pina y Castillo Larrañaga, expresan que: "...La prohibición del ejercicio de la autodefensa en el Estado Moderno determina la exigencia de dotar a los particulares y al Ministerio Público, en su caso, de la facultad en (aquéllos) y de poder (en éste) que permita provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para la tutela del derecho; esta facultad o potestad es la acción o el derecho de acción..." (73)

Alsina ha conceptualizado a la acción como: "...La facultad de una persona para requerir la intervención del Estado a efecto de tutelar una situación jurídica material..." (74)

"...Acción, es la facultad constitucional que nos existe para acudir ante el órgano jurisdiccional y pedirle que intervenga, a efecto de que, dando aplicación a la ley, haga valer o respetar el derecho de orden privado que nos corresponde, en atención a determinada situación de hecho y cuyo derecho nos es desconocido o negado por la parte contraria... La acción es el medio idóneo que la ley establece para provocar la intervención del estado en los conflictos jurídicos, ya que la actividad jurisdiccional se tiene que poner en movimiento mediante el ejercicio de la acción, ya sea porque los particulares la promuevan o porque el Ministerio Público la ejercite..." (75)

Coviello, rechaza la tesis de la autonomía de la acción, a la que considera como una simple función de derecho subjetivo, e inclinándose por un concepto tradicional de lo que debe entenderse por acción, entiende a ésta como una facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho. (76)

72.- Cfr. cita de Pérez Palma, Rafael. "Gua..." Op. Cit. p. 24.

73.- Citados por García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria. "Prontuario del Proceso Penal Mexicano" México 1985, Ed. Porrúa, 4a. edición, p. 29.

74.- Citado por Pérez Palma, Rafael. Op. Cit. 24.

75.- Pérez Palma, Rafael. Loc. Cit. p. 24.

76.- Citado por De Pina, Rafael. Op. Cit. pp. 27 y 28.

## **CAPITULO II "CONCEPTO DE ACCION PENAL"**

- 2.1.- Relatividad del concepto**
- 2.2.- Consideraciones teóricas**
- 2.3.- Concepto de acción penal**
- 2.4.- Nuestro concepto**

## 2.1.- RELATIVIDAD DEL CONCEPTO:

Hemos visto tanto en las teorías de la acción como en las corrientes doctrinarias, que conceptualizar lo que es acción se ha convertido en una problemática, y ante el fenómeno del proceso, su significado se ha complicado.

Acaso la manera más cómoda de resolver esa relatividad -pregunta Sentis Melendo- sea, la de contemplarla como un confucionismo ideomático. "...En la práctica se utilizan las expresiones accionar y acción también para expresar en si y por si la actividad procesal desplegada ante el juez para pedirle que provea...con la acción (actividad procesal)...se propone al juez la acción (pretensión)...y él dirá si existe la acción (derecho)... y si alguna vez ese significado permanece ambiguo o múltiple, ello puede facilitar, más que perjudicar, a ciertos fines evocativos del fenómeno en síntesis..." (1)

Atentos a la sugerencia, debemos procurar no enfrascarnos en la relatividad conceptual, antes por el contrario debemos preocuparnos por la acción en su sentido específico de relación entre individuo y Estado. "...Para nosotros -dice Melendo- de una manera particular lo que tiene importancia es la necesidad de contemplar con ojos publicistas y no privatistas, lo que se refiere al proceso y en especial a la acción. Ante el fenómeno del proceso, estamos viviendo derecho público y no derecho privado; y así debemos reaccionar..." (2)

Al entender a la acción como un derecho, debemos apreciarla desde un punto de vista del derecho público, encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso. Si persistimos en definirle como un derecho subjetivo-público, autónomo, concreto, etcétera, ello nos conducirá necesariamente a la confusión, porque estaríamos analizando a la acción en el campo del derecho público, y a la vez, en el campo del derecho privado, lo cual nos dificulta su entendimiento y nos lleva entonces a concluir sobre su relatividad. La dificultad reside entonces, en distinguir el derecho que normalmente se hace valer en juicio (derecho subjetivo material), del derecho mediante el cual se hace valer aquél (derecho subjetivo procesal).

Por donde quiera que se penetre en el sentido de la acción -dice Melendo- se nos aparece ese fantasma del derecho subjetivo; fantasma que se nos presenta con dos caras distintas: el derecho subjetivo como objeto o materia de la acción (o de la pretensión, cuando se ha aprendido a diferenciarlas), y la acción como derecho subjetivo (público). (3)

1.- Cfr. "Estudios..." Op. Cit. pp. 156, 157. Véase, Derecho procesal Civil de Redenti. E.J.E.A. Buenos Aires 1957, T. I. p. 52.

2.- Idem. 157.

3.- Ibidem. p. 157.

Con la tradicional definición de que la acción es un derecho, los primeros juristas que trataron de obtener su significado, se vieron influenciados por seguir considerando al derecho como elemento integrante del término acción. Con la división del derecho en público y privado, aparece propiamente el proceso como una institución y los estudiosos de la acción se ven obligados a desarrollar y precisar su concepto para tratar de entender las bases de ese proceso, pero al profundizarse en la glosa, los criterios toman diferentes caminos y el resultado es hasta hoy en día, la creación de diferentes teorías, de las que se estima se bifurcan por no haberse establecido desde un principio el concepto preciso de acción y, por haber perdurado en ella el derecho como elemento integrante de su conceptualización, lo cual provocó que al instaurarse el proceso, éste quedara sin la debida solidez de sus principios.

Retomando el concepto clásico, dijimos ya, que al pretender el concepto de acción, siempre apareció en él, el derecho como elemento indispensable. Pocos han sido los juristas que tratan de excluirlo, entre ellos, se ha citado como principal precursor a Couture, el cual, si bien es cierto, que en un principio se vio influenciado por tal elemento, también lo es, que a lo largo de su obra "Fundamentos", va desglosando y corrigiendo subsecuentemente, la conceptualización de acción, para llegar finalmente a decirnos que la acción es un poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción. La función jurisdiccional es a su vez un poder del Estado (entendida así, debe situarse su estudio dentro del campo del Derecho Constitucional); la pretensión, entonces (usando el concepto de Carnelutti), es la exigencia de la subordinación de un interés ajeno al interés propio. (4)

Couture ya había anticipado el problema conceptual cuando dice que: "...La acción como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión, puede complicarse con el concepto de derecho subjetivo..." (5)

Por su parte Enrique Jiménez Asenjo señala que: "...Pueden distinguirse tres significaciones claras en la acción, delimitadoras de diferentes esferas jurídicas entre sí: 1a. La Clásica, expresa como concepto, en la definición de Justiniano, que se refiere al contenido del derecho. 2a. Como acto de acudir ante los Tribunales pidiendo justicia, y que se refiere al medio o forma de ejecutar oficial y coactivamente aquel contenido. Y 3a. como medio otorgado por la ley para ejecutar judicialmente nuestra pretensión; se fija concretamente en la realización material del derecho por los Tribunales. En la aceptación primera es un derecho, en la segunda un hecho y en la tercera un medio. Aquella es propia del derecho sustantivo, las dos últimas del Derecho procesal. La acción, pues, no

4.- Cfr. Couture. Citado por Sentis Meléndez, Santiago. Op. Cit. p. 136.

5.- Idem. p. 157.

cabe confundirse con el derecho... Aquella es un medio, el derecho, el objeto o el fin; tampoco con el escrito o demanda, acta petitoria por la cual se pone en acción el proceso..." (6)

Jiménez Asenjo distingue la acción en su concepto clásico como un derecho que corresponde a la ley sustantiva; y la diferencia de su concepción como un acto y como un medio, características estas, que corresponden a la ley adjetiva. O sea, que la acción como un derecho se refiere al contenido mismo del derecho (derecho reaccionado contra su violación); y considerada como un acto, es el mecanismo a través del cual se ejercita el derecho, que a pesar de ser subjetivo, se actualiza sustantivamente por conducto de la ley adjetiva, y en consecuencia, materializa a la acción precisamente como un acto. Considerada como un medio, sirve para ejecutar la pretensión a que da lugar como acto.

En consecuencia de lo antes expuesto, tengamos en cuenta que al abordar lo que específicamente por acción en materia penal debe entenderse, debemos tener una clara idea de su relatividad conceptual, en este sentido y logrado que sea un criterio acorde con el derecho público y en especial con el procedimiento penal, será hasta ese momento cuando se logre obtener el concepto que necesitamos. Recordemos que ha sido difícil entender lo que es acción, y peor aun tratar de definirla sin que dejemos de referirnos a las facetas que la complican.

Creemos, que los puntos de vista con que pueda entenderse a la acción penal (como un medio, un derecho o un poder jurídico, entre otros), tienen su origen en la misma evolución del concepto genérico de acción, pero debido a la división de las corrientes doctrinarias o de las teorías de la acción, se ven de igual forma influenciados por los criterios que se bifurcan en las direcciones ya conocidas. Ante esto, y al no existir una base sólida que conciba a la acción como un ente único, autónomo y concreto; entonces y de igual forma en que se ha pretendido dar solución a la problemática tradicional de lo que por acción debe entenderse, nos enfrentaremos consecuentemente al problema de conceptualizar con un solo criterio lo que es acción penal.

A nuestro entender, en el desarrollo genérico del concepto, primeramente se define a la acción como un derecho:

- Derecho reaccionando contra su violación;
- Derecho de pedir en juicio lo que nos es debido.
- Derecho de obtener una sentencia favorable.
- Derecho de pedir algo en juicio y su modo de ejercitarlo.
- Derecho a la jurisdicción.

---

6.- Citado por García Ramírez, y Adato de Ibarra, cfr. Op. Cit. p. 29.

Posteriormente se analizan los elementos de esta primera corriente conceptual y así aparece:

- Pretensión.
- Actividad jurisdiccional.
- Derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional, en su dirección personal.
- Derecho de acción, encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso.

Finalmente se infiere que esos nuevos elementos son distintos entre sí, y se establece:

- Que la acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión.
- Que la pretensión es la exigencia de la subordinación de un interés ajeno, al interés propio.
- Que el derecho implica a la acción y que sin ella carecería de protección.

Si consideramos a la acción penal como un derecho, tendremos que atender a la clasificación del mismo en público y privado, pero entonces tendremos que hacerlo también en su división, y así nos encontraremos con derecho de orden subjetivo, autónomo, sustantivo, concreto, objetivo, material y abstracto, entre otros. Sin embargo, tratar de entender a la acción penal como un derecho, equivaldría a entrar al conflicto tradicional que nos conduce a la confusión. Ante tal situación, tratemos de no incurrir en la relatividad conceptual y concretémosnos limitadamente por entender, que la acción penal como un derecho, entraña un doble aspecto: por una parte puede considerarse como un derecho público subjetivo, porque existe una relación de interdependencia entre Estado y gobernados; y por la otra, porque reviste efectos específicos (al tratarse de los gobernados se habla de derechos subjetivos o privados; y en tratándose del Estado, este presta su actividad jurisdiccional y entonces interfiere el derecho concreto, abstracto, público, autónomo y procesal, entre otros, tales como el derecho a la tutela jurídica y el derecho a la pretensión jurídica). En ambos casos, se distingue, el derecho a la prestación en su dirección personal, y el derecho de acción como un derecho autónomo, encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso.

En la vía civil, la acción la promueve un particular; en la penal, el Ministerio Público, pero ambos, en búsqueda de que el órgano jurisdiccional declare que sus derechos subjetivos y/o públicos, que corresponde a cada uno, que han sido violados, y por consiguiente, que les tutele jurídicamente la reparación de tal lesión (derecho a la prestación en su dirección personal).

Desde el momento en que el particular promueve su demanda o que el Ministerio Público ejercita su acción, desde ese mismo instante pone en movimiento a la maquinaria judicial, o sea,

que hacen uso del derecho de acción, dándose inicio así a un procedimiento propio, cuya finalidad será concluir, reconociendo o negando la razón o pretensión, y consiguientemente en su caso, que es merecedor de que se le restaure su derecho violado (derecho de acción encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso).

Es importante que dejemos claramente establecido que el derecho la acción y la pretensión, son figuras completamente distintas; sin embargo, y para que pueda darse válidamente el proceso, es requisito fundamental, que esas tres figuras autónomas se fusionen, por decirlo así, pero sin confundirse. En este sentido, el derecho implica necesariamente a la acción (la lleva en sí mismo, por eso los romanos decían que la acción es el derecho reaccionando contra su violación, o como dijera Couture, que el derecho sin la acción carecería de protección); pero no a la pretensión (la pretensión es la exigencia de la subordinación de un interés ajeno al interés propio). En cambio, la acción, bicondicionalmente con la pretensión tienden a asegurar la actualización de la ley por la vía del proceso, a efecto de restaurar el derecho originalmente lesionado.

Ante la comisión de un delito, se provoca una revolución de derechos, tanto del orden privado, como del público; el interés aquí es del Estado y del sujeto ofendido por aplicar la ley al caso concreto, uno porque se actualice la pretensión punitiva hasta su total satisfacción, tutelando jurídicamente también los intereses del particular ofendido; y el otro, o sea, el particular, porque se le repare el daño causado, protegido por dicha tutela. En este sentido debemos distinguir que dentro de la acción penal, surge una dualidad de conceptos motivada por la pretensión bivalente antes referida; uno de esos conceptos es el que entiende a la acción penal como un poder o facultad constitucional; el otro se refiere a la acción penal como un derecho.

La pretensión bivalente aparece con la dualidad del concepto dentro del procedimiento penal, debido a que existe unión del particular ofendido con el Ministerio Público y aunque en este último se encuentren fusionados los intereses de aquél, ambos persiguen en la misma vía, la declaración de la violación de un derecho, pero con fines distintos, lo que viene entonces a confundir el concepto, porque específicamente el particular tiene el derecho de perseguir en juicio lo que le es debido, tiene asimismo el derecho de acción para reclamar la reparación del daño; por el contrario, el Ministerio Público tiene la facultad constitucional para ejercitar la acción, y el poder arbitrario para desistirse de ella.

Al respecto del particular ofendido, sus pretensiones van aparejadas con la acción penal, más si el caso se diere, que esa acción penal se extinga por cualquier motivo, sus derechos podrán quedar a salvo, pues esa pretensión individual le puede hacer valer indistintamente, tanto en el proceso penal, como en el civil, pero casi siempre será en esta última en la que reclame la satisfacción a sus derechos violados, pues la sentencia condenatoria procedente de la vía penal, en su caso, le servirá como título de

acción, a hacerse valer en el proceso civil, y con ello se denota que el Estado sigue tutelando jurídicamente al titular de un derecho violado, en este caso un particular (añen del carácter que tiene la reparación del daño como pena pública).

Desde el punto de vista de los intereses de los particulares, la acción penal, es un derecho subjetivo público a la tutela jurídica; la acción es la pretensión jurídica deducida en juicio (teoría de la acción como tutela concreta).

Las teorías de la acción como derecho a la jurisdicción y como derecho abstracto, explican que puede existir acción sin derecho. Nosotros no estamos de acuerdo en ello, pero solo por lo que respecta del procedimiento penal en sí (exceptuamos la averiguación previa), como tampoco que exista acción sin pretensión. Podríamos justificar acaso, que el Ministerio Público ejercitara acción penal (acción procesal penal) en contra de "nadie", esto lógicamente no es comprensible, y no lo es, porque simple y sencillamente en este caso no hay pretensión (responsabilidad penal), o que ejercite la misma acción sin existir un derecho subjetivo público violado (cuero del delito).

En tal orden de ideas, resulta que para el procedimiento penal no puede haber acción sin pretensión (en el civil quizás se dé, y como ejemplo puede ser, la jurisdicción voluntaria o divorcio voluntario, entre otros); como tampoco acción sin derecho subjetivo (en la civil, en cualquier asunto, quizás también se dé, porque a distinción del Ministerio Público, en el no hay averiguación previa). Podrá suceder que dentro del procedimiento penal se desvanezcan los elementos materiales que integran a determinada figura delictiva, o que concurren causales de inculpación o circunstancias privilegiadas para el inculpaado, pero esto no significa que deje de ser requisito básico la pretensión punitiva y la existencia de un derecho subjetivo público violado.

La idea anterior, es precisamente la que nos permite comprender, que la acción penal es el poder jurídico delegado constitucionalmente al Ministerio Público para pedir al órgano jurisdiccional correspondiente, a que haga la justicia que ni él, ni los particulares pueden hacer.

## 2.2.- CONSIDERACIONES TEÓRICAS:

En la TEORÍA CLÁSICA se ha concebido a la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece.

El primer antecedente de este concepto lo encontramos en la historia del procedimiento judicial romano, por existir en este un sistema complejo, no de derechos, sino de acciones,

habiendo siendo estas últimas las que por su parte y conforme a su natural desenvolvimiento las que motivaron la regulación del derecho, por ello se pensaba que la acción era un derecho reaccionando contra su propia violación; la acción es en este sentido un derecho de ejercicio que faculta para perseguir en juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece. El derecho de acción, ha sido entonces, una fuerza de regular la ley del talion y lo que sucedió es que se confirió su titularidad a los tribunales, quienes en algunas materias, a la fecha continúan regulando su natural desenvolvimiento hasta llegar a la meta deseada.

En la actualidad nos parece que la acción, se confunde con un derecho sustantivo o de fondo; lo que sucede es que ante la inobservancia de una norma jurídica, automáticamente nace la obligación coactiva de volver las cosas al estado que guardaban antes de su alteración, por ello se dice que la acción es un derecho de reacción ante la violación de un derecho privado. Es pues, a manera de forajido una reacción en cadena que tiene como meta restituir las cosas a su estado natural, o bien, ante la imposibilidad física absoluta de lograrlo, tiene también como finalidad una serie de alternativas tendientes a la reparación del daño; así como a la facultad de reprimir tal conducta.

Equiparar a la acción como un derecho, es comprensible porque denota existencia real e independiente, y esto nos ayuda a reafirmar su autonomía; sin embargo, desde el punto de vista jurídico procesal, no podemos definir a la acción como un derecho sustantivo, porque éste es la norma jurídica ya establecida, es el deber ser de un patrón de conducta, es el que establece derechos y obligaciones; aquella es la forma de actualizar su inobservancia. Ambas figuras son completamente distintas, y si bien es cierto que existe una relación de interdependencia, también lo es que sus fines son diversos.

Estos comentarios los podemos reafirmar desde el punto de vista de la materia penal, partiendo de la idea del deber ser del patrón de conducta del que se generan derechos y obligaciones, pues observando ese deber ser dentro del eje central de la materia penal se refleja en la pena, puesto que ésta reestablece los derechos y obligaciones en todo su contenido, ya que la pena resanca el daño causado a la sociedad y a los particulares en su doble efecto: sanción, y dentro de ella, la reparación del daño, y desde luego la aplicación de la pena. La pretensión o querer que exterioriza el sometimiento del interés ajeno, no puede pertenecer al derecho sustantivo que se limita a equiparar a la acción como un derecho o facultad que reacciona en contra de la violación, puesto que el hecho de que se cometa el delito no genera la existencia del procedimiento penal, ya que éste según el artículo 1º Constitucional, requiere para su existencia del empleo del requisito de procedibilidad, y aun así, provocando la investigación o averiguación previa, es necesaria la voluntad del Ministerio Público para provocar el ejercicio de la jurisdicción, lo que coloca al procedimiento penal en franca oposición a la aceptación de la conceptualización que sostiene la teoría clásica de la acción.

En la TEORIA DE LA ACCION COMO TUTELA CONCRETA, se concibe a la acción como un derecho subjetivo público mediante el cual se obtiene la tutela jurídica, y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable. Se tienen como presupuestos, que ante la violación de un derecho privado nace la potestad inminente de reaccionar del mismo derecho (lo que nace de la violación de un derecho no es un derecho de acción, sino una pretensión que se transforma en acción cuando se hace valer en juicio); luego, para someter la voluntad de quien ha violado ese derecho, surge la pretensión jurídica (se distingue a la acción como un derecho de prestación en su dirección personal, y como un derecho autónomo encaminado a la realización de la ley); y, finalmente aparece el derecho que se dirige contra el Estado para provocar la actividad jurisdiccional (se separa el derecho de acción del derecho subjetivo).

En la acción, el derecho público adquiere tal carácter desde el momento en que hay intervención del Estado, es subjetivo en cuanto a que es perteneciente o relativo al derecho privado, pero independiente del objeto de éste. La tutela jurídica se entiende como una obligación por parte del Estado de prestar la actividad jurisdiccional. Hasta aquí estamos de acuerdo con la teoría; espero, estimar que la acción nos va a reportar una sentencia favorable, no lo consideramos determinante, pues recordemos que puede haber acción sin derecho.

La crítica para esta teoría, es que surge y se desarrolla pensando en el derecho privado, lo que de entrada la hace ineficaz en materia penal, por pertenecer esta al derecho público. Aunque es cierto, que en el procedimiento penal existe tutela jurídica que lleva a cabo el órgano jurisdiccional, cuando la violación al bien jurídico existe en oposición a los derechos de la sociedad y se realiza dentro de una pretensión punitiva adjetiva, no es menos cierto, que no surge una acción como derecho de prestación personal, y por ello esta teoría no es aceptable por cuanto a la estructura, fines y efectos del procedimiento penal.

Dentro de la TEORIA DE LA ACCION COMO DERECHO A LA JURISDICCION, se concibe a la acción como el poder jurídico de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión. La acción puede existir con derecho o sin él, e incluso con pretensión o sin ella; tal poder jurídico, existe aun cuando no se ejerza. Se entiende también como el derecho a la jurisdicción que se dirige contra el Estado en búsqueda de la protección de una pretensión jurídica fundada en el derecho privado.

Del concepto, resaltan como elementos el poder jurídico, el derecho a la jurisdicción y la pretensión. Al respecto de esta última, se entiende que la acción tiene como fundamento una doble pretensión, una procesal en la que el actor y demandado persiguen que el juez haga actuar la ley, admitiendo o rechazando esa pretensión jurídica mediante la sentencia; y otra pretensión, la que se dirige

contra el demandado a efecto de que cumpla con la prestación a que se obligó, o bien, para que declare la inexistencia de tal obligación, en su caso el Estado actúe coactivamente haciendo cumplir la satisfacción del derecho. La pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva; se dirige contra el demandado y contra quien tenga un interés contrario a tal pretensión formulada.

Aceptamos de esta teoría, que por acción se entienda acertadamente como el poder jurídico de acudir ante el órgano jurisdiccional; el derecho material del actor y su pretensión a que sea tutelado por la jurisdicción, son aspectos que deben estudiarse en forma independiente. Empero, el hecho de que el concepto de acción debe ser elaborado fuera del ámbito del derecho procesal, y que su lugar en esta disciplina ha de ocuparlo el concepto de pretensión, en ello no estamos de acuerdo, para otro procedimiento diverso del penal, quizás el término acción tenga que ser desplazado por el de pretensión pero ello implicaría un exhaustivo estudio, que en su caso dividiría y clasificaría las teorías, tanto para el derecho público, como para el privado; pero como es de advertirse, los juristas hace tiempo que se ocupan del asunto y aún no logran unificar sus criterios.

Con la acción penal, puede conseguirse dentro del procedimiento, la actualización de la pretensión punitiva del Estado; en consecuencia, la teoría de la acción como un derecho a la jurisdicción, sirve al procedimiento penal, le es útil en cuanto a que considera que se trata de un poder jurídico de acudir al órgano jurisdiccional, también en cuanto a que el derecho privado del ofendido y su pretensión son motivo de ese poder, pero no es útil del todo, por cuanto se pretenda equiparar a la acción penal con la pretensión punitiva estatal.

En la teoría se contempla una doble pretensión con características más apegadas al procedimiento civil que al penal, pese a que también en éste, tácitamente se reconoce la pretensión particular del ofendido por el delito, que tiende directamente a lograr la reparación del daño. Afortunadamente en el procedimiento penal se advierte expresamente que en tratándose de dicha pena, podrá el ofendido recurrir a la vía civil o bien puede hacerla valer en la penal. Considerérese también que en el procedimiento penal, la reparación del daño tiene el carácter de pena pública; luego entonces, en la acción penal se actualizará una sola pretensión, la punitiva y corresponde exclusivamente al Estado.

La teoría que se comenta hace de la acción un medio para reclamar una pretensión y la considera como un derecho a la jurisdicción. En este sentido, para todo proceso es válida la teoría, también podría serlo para el procedimiento penal, por cuanto que reafirma la autonomía de la acción y porque establece que puede existir con derecho o sin él, con pretensión o sin ella. Esto sucede comúnmente en materia procesal penal, ante todo hay acción penal y existe como un derecho de su titular para exigir la actualización de la pretensión punitiva estatal, aunque suceda que al llegar a

sentencia, ésta sea absolutoria, pero lo cierto es que en todo momento se ejercitó la acción penal.

En consecuencia de lo expuesto, declinamos espontáneamente la aceptación de la teoría de la acción como derecho a la jurisdicción para el procedimiento penal, a reserva de que tengamos que darle cabida en su conceptualización al Ministerio Público como titular de la acción penal; para esto remitimos a nuestro amable lector, al análisis de la teoría de la acción como un derecho abstracto de obrar.

**En la TEORIA DE LA ACCION COMO DERECHO POTESTATIVO** se concibe a la acción como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional; sin embargo, tal poder jurídico es concebido como un derecho potestativo, entendidos estos derechos a los cuales no corresponde una obligación. Se define así a la acción al considerar que el sujeto a quien está dirigido el poder, no debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejercita, en cambio mediante la acción queda sujeto el demandado sin contra su voluntad a la actuación de la ley. La acción es en este sentido un derecho contra el adversario y frente al Estado, y mediante ella el órgano jurisdiccional se substituye a la actividad del actor para la protección de sus derechos y a la del demandado para el cumplimiento de la obligación; se entiende también esta teoría como un derecho a obtener una sentencia favorable.

Entendida que fuera la acción como un derecho potestativo, consistiría entonces en el poder jurídico de poner en movimiento las condiciones necesarias para la realización del derecho objetivo; los órganos jurisdiccionales no proceden por su iniciativa, es necesario que se produzca una manifestación de voluntad individual, esa manifestación es la acción. El actor hace uso de un poder jurídico destinado a producir un efecto sobre el adversario consistente en la sentencia a que queda sujeto. La acción es pues, un poder destinado a producir un efecto jurídico sobre el adversario, que tiene que sufrirlo, pero sin estar obligado a ninguna prestación o servicio.

Al proponer la acción, lo que se pretende es que el Estado, por medio de sus órganos jurisdiccionales aprecie una determinada situación jurídica y declare los derechos y obligaciones que se deriven de la misma; la acción es un derecho contra el Estado, y esto significa que le corresponde la obligación de prestar su actividad jurisdiccional. En este sentido, se entiende la teoría de la acción como un derecho potestativo, porque lo que en realidad consigue el actor a través del ejercicio del derecho de acción, es forzar a los órganos jurisdiccionales a la prestación de su actividad específica.

Con la teoría de la acción como un derecho potestativo, parece ser que nuestro procedimiento penal encuentra un aspecto de su naturaleza jurídica, al concebirse a la acción como un poder jurídico de dar vida a la condición para la actualización de la ley por parte del órgano jurisdiccional; pero no es así, porque en el

procedimiento penal, el sujeto de la obligación no puede quedar inactivo ni esperar pacientemente a que el Estado le demuestre su responsabilidad penal y por ende, lo acusa irremediabilmente para que comparezca una pena. El Estado, si bien es cierto que es titular del derecho represivo y que indirectamente busca en el Órgano Jurisdiccional, satisfacción una pretensión punitiva conllevada al través de la actividad del Ministerio Público como una facultad constitucional en uso del ejercicio de la acción penal; también lo es, que el Estado, otorga tutela jurídica a todos sus gobernados, y el inculcado en un procedimiento penal no es la excepción, porque aun cuando su extrema ignorancia lo orille a permanecer inactivo, no haciendo nada para oponerse a la imputación del Ministerio Público, el Estado le otorga la garantía de ser defendido, y aun cuando no quiera, se le impone la defensoría de oficio por mandato Constitucional.

Por lo anterior, la teoría de la acción como derecho potestativo no es útil al procedimiento penal; en otros, tal vez encuentre acomodo, siempre y cuando el demandante y el Órgano Jurisdiccional no encuentren oposición, el primero a sus pretensiones y el segundo a declarar la procedencia del derecho que presume el demandante le asiste. Creemos que esto último se da, cuando un asunto es llevado en supuesta rebeldía, pero en el procedimiento penal, nunca y en ningún caso se podrá actuar con semejante aberración.

LA TEORIA DE LA ACCION COMO DERECHO ABSTRACTO DE OBRAR, tiene como antecedente el concepto en sentido amplio y restringido de la acción, en el primero se entiende una relación de derecho público entre las partes y el juez; y restringidamente, es la facultad de deducir la demanda judicial. El concepto a utilizar es el segundo, pues denota que para que exista acción basta la simple afirmación de la violación del derecho, sin que sea necesario que tal afirmación sea de buena o mala fe (aquí encuentran explicación las demandas de carácter temerario).

La teoría de la acción como derecho abstracto de obrar, es la que consideramos, da origen a la ACCION PENAL, pues sus postulados nos ayudan a comprender que la acción en sentido general, se bifurca a varias direcciones, y por decirlo así, a varias ramas del derecho, en especial a la civil, y por ello que la mayoría de los criterios doctrinarios enfocan su atención a esa área.

Para nosotros, la teoría del derecho abstracto, permite que en nuestro Derecho Positivo Mexicano, se encuentre plena justificación de la acción penal, al corresponder su titularidad a un organismo establecido por el propio Estado y que se denomina Ministerio Público. Decimos que es una teoría en donde el Ministerio Público encuentra su justificación, porque permite que sea precisamente cualquiera que esté dotado de personalidad jurídica, sin importar que sea el titular del derecho violado el que puede promover la acción en demanda de una decisión sobre una pretensión. En este sentido, lo que importa es que la acción se refiera a un interés tutelado en abstracto por el derecho objetivo. Ahora bien, para que

interés (elemento sustancial del derecho de acción), tenga efectividad, resulta indispensable reconocer de su titular un poder jurídico tendiente a satisfacerlo, tal interés se convierte en derecho precisamente cuando se atribuye a su titular el poder de realizarlo coactivamente, por ello, el Estado, prohibiendo la defensa privada y monopolizando la función de administrar justicia, se impone la obligación de prestar su actividad jurisdiccional para la declaración y realización de los derechos controvertidos o violados; a esa obligación se hizo después corresponder un derecho subjetivo, o sea el derecho de acción; reconociendo así la voluntad del individuo dotado de personalidad jurídica de que con el poder jurídico otorgado, se le preste la actividad jurisdiccional.

En este sentido es como estimamos, que la teoría de la acción como un derecho abstracto de obrar, cimienta las bases en las que el derecho de procedimientos penales apoya la naturaleza jurídica de lo que por acción penal debe entenderse, y al mismo tiempo nos permite comprender, el por qué en México, una Institución llamada Ministerio Público encuentra en cierta forma, la justificación del principio de legalidad, del monopolio que ejerce, y sobre todo, de la representación social que desempeña; sin embargo, son de estimarse las críticas enderezadas contra esa institución, por los conflictos que en el desempeño de sus funciones se suscitan. Por lo pronto, baste precisar con sano criterio, que la acción penal y el procedimiento penal, pueden apoyar su naturaleza jurídica en las teorías del derecho abstracto y del derecho a la jurisdicción, y que su conceptualización se centrará como un poder jurídico.

LA TEORIA DE LA ACCION COMO INSTANCIA PROYECTIVA, enfoca su atención a la tríada procesal, y se explica en el sentido de que tanto actor o demandante, juzgador y demandado o inculpada, continuamente ejercitan sus derechos, lo que produce como efecto una actividad constante del citado triángulo, que se refleja o proyecta a los otros dos componentes de la relación. En este criterio, se entiende que la acción se encuentra en toda la extensión del proceso, y no al principio del mismo, pues se entendería como si fuese una pretensión. En esta teoría se considera a la acción como una actividad constante de mantener vivo y dinámico al proceso, pues hay acción cuando el accionante demanda, prueba y alega, hay acción también cuando el reaccionante prueba, recurre y alega y, hay acción también para el órgano jurisdiccional, porque su titular no se queda con ella, sino que la proyecta al tercer sujeto, vinculándolo y trayéndolo a la relación procesal.

Consideramos que esta teoría tiene como finalidad única, la de regular el proceso; su conceptualización del término acción, se basa en las leyes de la física (poner en funcionamiento un mecanismo; relación de movimiento con las fuerzas que lo producen). La teoría de la acción como instancia proyectiva, es pues, una hipótesis normativa que regula el proceso; se entiende también como un "acto" provocatorio de la función jurisdiccional.

Esta teoría tampoco es de gran utilidad al procedimiento penal porque se concentra exclusivamente en la trilogía procesal. Al explicar que la acción es actividad constante que mantiene vivo y dinámico al proceso, está en lo cierto, pero lo restringe respecto del titular de la acción penal; la teoría es adecuada al procedimiento civil, en la penal no podemos decir que el Ministerio Público proyecta su acción al órgano jurisdiccional y luego esta la refleja al inculcado vinculándolo y trayéndolo a la relación procesal.

En el procedimiento penal, el titular de la acción penal, siempre es el Ministerio Público y no necesariamente ejercita tal acción ante el órgano jurisdiccional; en muchas de las veces, su actividad queda en la averiguación previa, en la cual no existe trilogía de ninguna especie. En tal averiguación el titular de la acción persigue delitos y a los responsables de su comisión y puede tenerlos incluso privados de su libertad, pero no con ello, no hay proyección ni reflejo alguno de la acción penal, existe monopolio y su titular siempre será el mismo.

Ahora bien, dentro del procedimiento penal y centrados dentro de la etapa de la instrucción, es de considerarse que aún cuando el Ministerio Público sea exclusivo titular de la acción penal, independientemente entramos a la actividad dinámica y constante pero dentro del proceso en sí. En tal sentido el mismo órgano jurisdiccional, actúa también como parte, ya que incluso el juez puede aportar pruebas.

Se dice en la teoría, que la acción está en toda la extensión del proceso y no al principio del mismo, porque entonces se confunde con la prestación.

No podemos aceptar la teoría para el procedimiento penal porque su conceptualización se restringe a la actividad de mantener vivo y dinámico el proceso, pero solo del proceso; luego entonces, dejaríamos de considerar la acción viva y dinámica de la acción penal en la averiguación previa, además de que ha quedado explicado que la acción penal y la pretensión son figuras bien distintas.

## 2.3.- " CONCEPTO DE ACCION PENAL "

En el marco teórico hemos visto los diversos criterios de lo que por acción debe entenderse, pero como no existe acuerdo unánime que los unifique, entonces, nos enfrentaremos con efectos irrefragables, sin tratar de eludir el compromiso y con el riesgo del acierto o del error, a tratar de establecer un concepto que sea válido para el derecho de procedimientos penales.

Hablando específicamente de acción penal, se considera que su conceptualización ha corrido la misma suerte que el término acción en general; al respecto, Rafael Pérez Palma, nos dice "...Su concepto ha tenido a través de los siglos, una larga y lenta evolución, tanto en el derecho civil como en el penal. En el primero hubieron de transcurrir muchos años antes de que los juristas distinguieran el derecho de orden privado que asiste a cada una de las partes, del derecho de orden público que las faculta para acudir ante el órgano jurisdiccional en demanda de justicia; y en el segundo, también pasó mucho tiempo antes de que fuera considerado como público, o como social, el derecho de pedir al juez la imposición de una pena al transgresor de la ley..." (7)

Explica Colín Sánchez que al evolucionar el concepto, no se consideró como un derecho en sí, diverso del derecho material, sino como el derecho mismo en su orden subjetivo, y después como el ejercicio de ese derecho para provocar la jurisdicción. "...La acción en Roma fue considerada como un derecho, debido a que en el proceso civil y en el penal formaban conjuntamente una sola disciplina integrante del derecho material, y se concebía como el derecho de perseguir en juicio aquello que se nos debe. Posteriormente su conceptualización se centró en el derecho material subjetivo y después como un ejercicio de este derecho para provocar la jurisdicción..." (8)

Lograda que fue la separación conceptual de la acción del derecho civil, en el penal se concibió al proceso como algo dinámico, el cual para que así se manifestara era indispensable que un impulso lo provocara, surgiendo en esos términos la acción penal. "...La acción penal está ligada al proceso, es la fuerza que lo genera y que lo hace llegar hasta la meta deseada. Este es uno de los conceptos más discutidos en materia procesal, y aunque no exista acuerdo unánime entre los autores para precisarlo, las principales corrientes lo consideran como un medio, como un poder y como un poder jurídico..." (9)

La acción penal es un poder para acudir al órgano jurisdiccional en demanda de una pretensión, y podemos apoyar esta conclusión, con los estudios de algunos de los juristas que se han preocupado por definir a la acción, y de los cuales, para la materia penal han logrado coincidir en esencia, que la acción penal es un poder jurídico, preocupándose también por excluir el término "derecho" como elemento integrante de la definición. En tal sentido, citamos los siguientes conceptos:

7.- Cfr. "Guía de derecho Procesal Penal", Op. Cit. p. 24.

8.- Cfr. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" México 1979. Ed. Porrúa, 5a. edición, p. 227.

9.- Iden.

Para Eugenio Florián, la acción penal es "...El poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente, la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin..." (10)

Tullio Chiosso, refiere que la acción penal "...es el poder deber del Estado para obtener de quien tiene la jurisdicción y la competencia, la sanción prevista para la realización de un hecho punible..." (11)

Fernando Arilla Bas, explica: "...El poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional con objeto de obtener del órgano de esta una decisión que actualice la punibilidad formulada en una norma respecto de un sujeto ejecutor de conducta descrita en ella, recibe el nombre de acción penal..." (12)

Alcalá Zamora y Levene, nos dice que "...La acción penal es, en la doctrina más generalizada, el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella reputa constitutivos de delito..." (13)

Borja Osorno, define a la acción penal como "...El poder de excitar la jurisdicción y actuar en un proceso frente a una relación de derecho penal, independientemente de su resultado..." (14)

Para Guglielmo Sabatini la acción penal es "...el poder jurídico de provocar la intervención y la decisión del juez acerca de una imputación de delito y de todas las demás situaciones que se determinan en el proceso..." (15)

Otros estudiosos, con términos análogos se refieren al mismo poder jurídico, entre ellos:

Eduardo Fallares, quien considera que: "...puede decirse que la acción penal es una acción pública ejecutada en

10.- Op. Cit. p. 173.

11.- Citado por Arilla Bas, Fernando. "El Procedimiento Penal en México" México 1984, Ed. Kratos, 9a. edición; p. 21. Véase, Manual de Derecho Procesal Penal, Caracas 1967, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, p. 8.

12.- Loc. Cit. p. 20.

13.- "Derecho Procesal Penal" Buenos Aires 1945, Ed. Guillermo Kraft Ltd. T. II, p. 62.

14.- "Derecho Procesal penal" México 1969, Ed. José M. Cajica Jr. S. A. Puebla, p. 128.

15.- Citado por Pérez Palma, Rafael. "Fundamentos Constitucionales del Procedimiento penal" Op. Cit. p. 200, 201.

representación del Estado por el Ministerio Público, y cuyo objeto es obtener la aplicación de la ley penal..."(16)

"...La acción penal -dice Mesa Velázquez- es la potestad de poner en movimiento la jurisdicción para obtener, mediante el proceso, un pronunciamiento judicial sobre un hecho delictuoso o de apariencias delictuosas..." (17)

Francisco Valdés, apunta que las acciones penales "...Son aquellas por las que se pide la pena establecida por las leyes, como las que proceden de hurto u otro delito..." (18)

"...Como lo señala Leone Giovanni, por su particular función y sus particulares aspectos, la acción penal se presenta a una primera visión empírica, como actividad de un órgano del Estado, encaminada a obtener una decisión del juez penal en relación a un hecho que constituye delito y que se supone cometido por alguien..." (19)

Manzini, considera que la acción penal "...es la actividad procesal del Ministerio Público dirigida a obtener del juez una decisión en mérito a la pretensión punitiva del Estado proveniente de un delito..." (20)

Como hemos visto con anterioridad, la conceptualización de la acción penal ha sido motivo de diversa interpretación, según sea el punto de vista con que se analice; en algunos influye la participación del sujeto inculpada, en otros la participación del Estado, en algunos más se le ve como un derecho, como un poder o como una actividad jurisdiccional.

Para no entrar en conflicto y confundir a la acción con las facetas del derecho, Couture y otros más, hablan de la acción como un poder jurídico. Nosotros, independientemente de que esta conceptualización nos ayude con fines didácticos, la aceptamos porque es la única con que puede entenderse la función del Ministerio Público. Por otra parte, y si acaso tenemos que referirnos a la acción como un derecho, nótese que nos anticipamos a explicar el sentido con el cual lo hacemos, además de que el presente estudio lo enfocamos al procedimiento penal; por consiguiente, y como así lo sugiere la doctrina, nuestro criterio será analizar a la acción desde el punto de vista del derecho público.

16.- "Frontuario de Procedimientos Penales" México 1961. Ed. Porrúa. p. 9

17.- Citado por García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria. "Prontuario..." Op. Cit. p. 30.

18.- Idem. Cfr. Diccionario de Jurisprudencia Criminal Mexicana. Tip. de B. Torres, México 1850, p. 10.

19.- Citado por Pérez Palma, Rafael. "Fundamentos..." Op. Cit. p. 200.

20.- Idem.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, la acción penal es para nosotros dentro del procedimiento penal, una facultad constitucional que el estado delega en el Ministerio Público y lo provee del poder jurídico necesario, para la persecución de los delitos. Esta persecución tiene por cometido la investigación del hecho ilícito, su comprobación como cuerpo del delito y probable responsabilidad penal de su autor; luego se prosigue analíticamente la comprobación de tal delito y sus circunstancias propias. Finalmente se concluye y se sintetiza en el ejercicio de la acción penal.

En el concepto elaborado, tenemos que distinguir que hablamos de acción penal y de ejercicio de esa acción, o dicho de otro modo y para establecer diferencia, la denominaremos acción procesal penal.

En tal sentido, aclaremos la acción penal que corresponde al Ministerio Público durante la averiguación previa, y la acción procesal Penal que le corresponde dentro de la actividad del órgano jurisdiccional.

Respecto de la acción penal y de la acción procesal penal, nos distingue Rivera Silva que: "...la acción penal nace con el delito y la acción procesal penal se inicia cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de que éste declare el derecho en el caso en concreto, refiriéndose a nuestro procedimiento legal y a un caso en que no se interrumpe la secuela normal del procedimiento, la acción procesal penal principia con la consignación, y termina con el acto realizado por el Ministerio Público, que precede a la sentencia firme. Así pues, si es exacto que la acción penal nace con el delito; es inexacto que la acción procesal penal nazca con él. La acción procesal penal lógicamente reclama otro presupuesto, la existencia de un delito, más de facto puede suceder que por equivocada estimación del Ministerio Público, aparezca la acción en cita sin que haya delito. Piénsese en los casos que la autoridad judicial resuelve que los hechos consignados no son constitutivos de delito, y sin embargo, el Ministerio Público realizó actividades ante el órgano jurisdiccional, excitándolo para la aplicación de la ley o, lo que es lo mismo, hizo operante la acción procesal penal. Por las razones indicadas, debe independizarse la acción penal de la acción procesal penal, permitiéndonos lo que antecede, reiterar que la primera nace con el delito y la procesal penal tiene como presupuesto forzoso la presencia de un acontecer delictivo..." (21)

Rivera Silva, nos ha referido concretamente, que en nuestro medio debemos hablar también de acción procesal penal, siendo ésta el "...conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante un órgano judicial con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio

Público estima delictuoso...Elementos de la definición: a) conjunto de actividades; la actividad es el cuerpo de la acción procesal penal (del ejercicio de la acción penal), o mejor dicho, el elemento que por poder captarlo con los sentidos, integra lo que bien podría llamarse el elemento material, en el cual nos es posible encontrar el principio y fin de la acción procesal penal. b) finalidades; como primera finalidad tenemos el lograr que el órgano jurisdiccional actúe, que la maquinaria judicial se ponga en movimiento. A su vez, esta finalidad persigue el objeto de que el juzgador decida sobre determinada situación que se plantea, convirtiéndose en su caso, el 'delito real' en 'delito jurídico' y aplicando las consecuencias correspondientes, una segunda finalidad es hacer efectiva una relación entre un hecho y unos preceptos jurídicos, o como diría Florián, obtener una decisión sobre una determinada relación de Derecho Penal. c) poder del que están investidas esas actividades; la acción procesal lleva en sí misma el poder de obligar al órgano jurisdiccional a que decida sobre una situación concreta que se le plantea. Por esto podemos decir que quien tiene la acción procesal penal tiene poder para poner en movimiento la maquinaria judicial, pero este poder no debe entenderse como potestad arbitraria del órgano para hacerla valer, sino como facultad que le impone la ley..." (22)

Finalmente, el mismo Rivera Silve, nos señala la distinción que existe entre la acción procesal penal con la pretensión punitiva y con la acción penal. "...Es menester, para concluir la glosa de la esencia de la acción procesal penal, reiterar que no debe confundirse con el derecho en abstracto que el Estado tiene para castigar a los delincuentes (pretensión punitiva), ni con el derecho que surge con la comisión de un delito (acción penal). Los derechos abstractos pertenecen al mundo normativo, la acción procesal penal es fruto del mundo de la facticidad. Los primeros integran cultura objetiva, en tanto que la acción procesal penal es historia que aún con compromisos con la primera, tiene independencia y perfiles propios..." (23)

He aquí la explícita y marcada diferencia entre acción penal y acción procesal penal; la primera es propia y exclusiva del Ministerio Público y se desenvuelve con perfiles hipertróficos dentro de la averiguación previa. La segunda provoca la actividad del órgano jurisdiccional y constituye la dinámica del proceso, en ésta se dice que el Ministerio Público deja de ser autoridad, para convertirse en parte, en sentido instrumental, sometiéndose en consecuencia a la decisión de la autoridad judicial, la que en exclusiva declara y aplica el derecho.

---

22.- "El Procedimiento Penal" Op. Cit. pp. 62, 63.

23.- Idem.

## 2.4.- NUESTRO CONCEPTO:

De los conceptos que se han transcrito, resaltan en ellos como principales elementos la facultad y el poder otorgados por el Estado como un acto jurídico, que provoca actividad en el titular de la acción penal en base a la existencia de un derecho subjetivo público violado. Se entiende por otra parte, que según sea el momento procedimental, la acción penal reviste efectos específicos como en el caso de la Averiguación Previa, en donde se justifica el poder que el Estado deposita en el Ministerio Público para la persecución de los delitos, y el deber que los particulares y la sociedad en general tienen para exigir se les tutele sus derechos; consiguientemente la facultad y el poder-deber, provocan la vida del acto jurídico materializado en la primera etapa del ejercicio de la acción penal (averiguación previa), que se inicia ante la comisión de un delito y termina con el acto en que se consignan los hechos al órgano jurisdiccional. A partir de este momento, el ejercicio de la acción penal, entra a una segunda etapa, que para efectos didácticos denominamos acción procesal penal, con esta se excita al órgano jurisdiccional para que declare el derecho, aplicando en su caso la sanción prevista en la ley por la comisión de un hecho punible, y se tutela de igual forma la existencia de un derecho subjetivo público y privado, denotemos que son varios los efectos a que conlleva el ejercicio de la acción penal.

En la generalidad de los conceptos estudiados, ya de acción en sentido lato o de acción penal desde un punto de vista particular, se presentan como principales elementos en sus conceptualizaciones la facultad, el poder, el deber y la obligación que el Estado tiene y delega en las instituciones propias, provocando en ellas actividad (averiguatoria o jurisdiccional según sea el caso), en base a la existencia de derecho subjetivo público y privado violados, y cuya finalidad se encamina a actualizar la pretensión punitiva estatal.

Hemos visto pues, que existe una diversidad de criterios para conceptualizar lo que por acción debe entenderse. Creemos que la concepción del término es simple, pero se complica cuando en exclusividad se le quiere concebir para determinada rama del derecho, y aún más se dificulta cuando tenemos que atender a su división para la averiguación previa y para el procedimiento penal.

La acción penal, en sus inicios es una reacción lógica, espontánea y obligada, propiciada por la transgresión al derecho penal; posteriormente con la división del derecho en público y privado, su concepto tiene que encontrar justificación en el campo de lo procesal y, es por eso que la doctrina, al analizar los elementos materiales que han de integrar el concepto, tiende a dividirse en las teorías y corrientes ya expuestas. Lo importante de esto, es que sus exponentes tienen razón al decir que es tanto un derecho, como un poder, así como un acto, un medio o una facultad; lo que varía en su esencia es la explicación para definirla según sea el momento en que

aparezca, en tal sentido, si la acción es conceptualizada antes de que se tenga necesidad de su existencia real, se piensa que se encuentra en un estado inerte y subjetivo, en condición de mera posibilidad, investida además con el poder necesario de reaccionar ante la violación del derecho, al que protege y tutela hasta sus últimas consecuencias. En seguida de esta reacción, al pasar al campo del derecho público, se dice que entonces la acción reviste la forma de un poder delegado al órgano persecutor (Ministerio Público), que haciendo uso de la facultad constitucional que le otorga en Estado en pro del bienestar social, hace suya tal acción para que con su ejercicio, tienda a la satisfacción de la pretensión punitiva estatal, con todos sus irrefragables efectos jurídicos.

En tales términos, la acción puede nacer desde la violación de una norma del deber ser, y bien puede entenderse como el derecho de reacción, o también puede considerarse como un medio, una facultad, un poder, un acto, una condición, etcétera, cuando sus efectos son propios y exclusivos de quien detente transitoriamente su titularidad. Es primero el particular ofendido quien la descubre, en seguida, y como no puede ejercer titularidad, ni mucho menos lograr por sí sólo satisfacer sus intereses en forma aislada o procurarse justicia por su propia mano, entonces interviene el Estado y tutela sus respectivos derechos, haciendo que se ejerciten conforme a una serie de actos suscitados en cadena ante los órganos propios establecidos precisamente para la consecución de esos fines.

Así pues, creemos, que la acción penal es una figura autónoma que suele aparecer con un derecho violado; con la investigación de los hechos que ocasionaron la violación; con la determinación de que esos hechos son punibles; con el desarrollo del proceso que tiende a la comprobación de la ilicitud de la conducta. Por otra parte, también aparece y se hace acompañar a una pretensión punitiva y a una tutela estatal, lo mismo que a una pretensión privada desde el punto de vista de los intereses del gobernado afectado.

En conclusión y absorbiendo los multirreferidos elementos que figuran en la conceptualización de acción, y de acción penal, nos permitimos elaborar a continuación **NUESTRO CONCEPTO**:

**ACCION PENAL**, es la función pública que el Estado delega en el Ministerio Público para que represente los intereses de la sociedad, teniendo como objetivos esenciales, la persecución de los delitos y de los responsables de su comisión, a efecto de que se actualice la ley penal a través del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, por **ACCION PROCESAL PENAL** entendemos que se trata del poder jurídico que faculta constitucionalmente al Ministerio Público, para proseguir el ejercicio de la acción penal dentro del proceso judicial respectivo, vigilando y motivando la constante dinámica del órgano jurisdiccional a efecto de que se declare el derecho, y en su caso se actualice la pretensión punitiva estatal.

### **CAPITULO III " ACCION PENAL; SU EJERCICIO."**

- 3.1.- Necesidad de representación de la acción penal.**
- 3.2.- Características de la acción penal.**
- 3.3.- Condiciones de procedibilidad en la acción penal.**
- 3.4.- El ejercicio de la acción penal.**
- 3.5.- Atribuciones específicas del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal.**

### 3.1. NECESIDAD DE REPRESENTACION DE LA ACCION PENAL:

La acción penal como figura jurídica tiene determinadas características, entre ellas, quizás la más importante, sea la de ser pública. Al tener esa cualidad se encuentra vinculada con los intereses de la colectividad y del Estado, por ello se reconoce que tiene que ser administrada por este último, quien por su parte la delega en la Institución denominada Ministerio Público para que represente a la sociedad en general. Al respecto cabe recordar que entre otras funciones que debe atender el Ministerio público, se encuentra la de vigilar que todas las leyes y reglamentos, sin importar de que rama del derecho sean, se apliquen y se hagan valer, pues de no ser así, entonces no se justificaría su existencia como representante de la Sociedad.

Por cuanto a la acción penal, esta necesita de un representante, de alguien que la haga valer, la respalde y la apoye en todo momento, que se sirva de ella como un medio, como un derecho o como un poder con el cual se acuda ante el Órgano Jurisdiccional y se busque la satisfacción a una pretensión punitiva tanto desde el punto de vista de los intereses del Estado, como de los intereses de quien resulte ofendido por una agresión violenta en sus derechos.

Como podemos apreciar, esa tarea no es nada fácil, sin embargo, alguien tiene que ejercerla, necesitamos entonces que la acción penal tenga un representante común y este titular en México se llama Ministerio Público.

Por lo que toca a la historia del Ministerio Público, mucho se ha investigado (además es motivo de otro estudio); y en cuanto a su función mucho se ha discutido de que si es la correcta y de que ejerce un monopolio hipertrofico de la acción penal. Lo que bien puede ser cierto, creemos nosotros es que surgió por una necesidad social que reclamaba ideológicamente y quizás con perfiles utópicos, la correcta procuración, administración e impartición de justicia.

Sabemos que para el género humano, quizá no exista otra rama del derecho de mayor trascendencia que la penal por estar en constante relación con sus acciones u omisiones. Entre los bienes jurídicos sometidos a la protección del derecho penal, se encuentran los más preciados, como la libertad, la dignidad, el honor, la integridad física, el patrimonio e inclusive la propia vida. (1)

Todos los intereses que el derecho intenta proteger son de importancia incalculable, sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la

1.- Cfr. Márquez Piñero, Rafael. "Derecho Penal" México 1986. Editorial Trillas. Primera edición. Parte General. p. 11

supervivencia del orden social. Para lograr tal fin, el Estado está naturalmente facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados originándose así la necesidad y justificación del derecho penal que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social. (2)

"... En las legislaciones penales contemporáneas existen normas que regulan la actividad jurisdiccional que realiza el Estado, por las cuales éste, como titular del derecho a perseguir y castigar los delitos, se impone así mismo ciertas limitaciones que lo obligan en ciertos casos, a no perseguir a los autores de determinados hechos, para buscar la declaración de existencia de delito y de delincuencia y, en otros, a no hacer efectivas las sanciones que se hayan impuesto como consecuencia de la declaración jurídica respecto del delito y del delincuente... Esta situación de autolimitación que el Estado se impone puede parecer, en alguna forma, como implicativa de una parcial renuncia a la consecución de los fines que son propios del derecho penal y hasta contradictoria con la idea, de que toda agrupación social requiere del conjunto de normas que rigen el funcionamiento de los órganos estatales y permitan una absoluta claridad en las relaciones entre los individuos y los órganos colectivos; se ha dicho que si los hombres fueran siempre respetuosos de las normas de convivencia, sería innecesario el Derecho Penal pero también se afirma que esto no es sino una más entre las múltiples utopías que en diferentes épocas se han manejado, porque los seres humanos somos constantes transgresores del orden jurídico establecido y ello hace que, hasta la actual etapa del desarrollo histórico de la humanidad, el Derecho Penal, sea imprescindible elemento para regular la vida en sociedad. Es por esta necesidad, derivada de la propia naturaleza humana, que el Estado detenta el Ius Punitendi, con el que quiere y pretende alcanzar sus fines últimos, que son la aplicación de las medidas adecuadas para eliminar la peligrosidad de ciertos individuos y garantizar la paz pública para permitir el desarrollo social armónico..." (3)

"... El Estado, como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, y lógico resulta conceder al Estado autoridad para reprimir lo que intente o concluya la buena vida gregaria... Al amparo de esta autoridad, es indiscutible que en cuanto se comete el hecho delictuoso, surge el derecho-obligación del Estado de perseguirlo ( derecho en cuanto el Estado tiene la facultad, y la obligación en cuanto no queda a su arbitrio el ejercerla, sino debe hacerlo forzosamente ); más que para el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e investigando éste, llegar a la conclusión de que si es delictuoso,

2.- Cfr. Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" México 1978. Editorial Porrúa, duodécima edición. Parte General, pp. 17, 18.

3.-Vela Treviño, Sergio. "La Prescripción en Materia Penal" Ed. Trillas. Primera reimpresión, México 1985, p. 25.

para de esta manera ejercitar su derecho este la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley..." (4)

Entendemos que un Estado de Derecho es el que tutela por los bienes y valores jurídicos de la sociedad en general, a efecto de garantizar su supervivencia, por lo que en ejercicio de sus facultades y obligaciones puede reprimir todo lo que atente contra la buena vida gregaria, en consecuencia es menester reconocerle que debe actuar en cuanto surga la infracción a la norma jurídica, debiendo investigar precisamente en nuestro caso, la comisión de un hecho delictuoso y ejercer en su oportunidad la actualización de la ley al caso concreto.

El Estado, en exacto cumplimiento de sus funciones inherentes, ha creado Instituciones afines a sus propósitos, por lo que en nuestro medio encontramos que existe el Ministerio Público, encargado de la persecución de los delitos y de ejercitar tal acción ante el órgano jurisdiccional correspondiente ( creado también por el Estado ), para que éste actualice la ley, tanto al infractor, como tutelando los derechos privados del ofendido de esa relación transgredida. En estos términos, surge el Derecho Procesal Penal Mexicano que regula las actividades del Ministerio Público y del órgano jurisdiccional, desde la persecución del delito, hasta la satisfacción de la ley penal, garantizando así a la sociedad que se cumple el cometido del Estado bajo un orden legalmente aceptado.

El Ministerio público como representante de la sociedad, actuará siempre a nombre de la Institución y no a nombre propio. "...al tener conocimiento del ilícito penal y realizar sus funciones, no substituye en sentido estricto, a la persona ofendida, porque pertenece a esta el derecho a ejercitar la acción penal; y aunque obre en interés ajeno, lo hace en forma directa en representación de la sociedad y nunca en razón del particular ofendido, sino de la institución a quien se ha encomendado cumplir uno de los fines del Estado... El Estado, al instituir el Ministerio público le otorga el derecho de ejercer la tutela jurídica general, y lo faculta para perseguir a quien atente contra la seguridad, y el natural desenvolvimiento de la sociedad. En este sentido se entiende que es el representante social, y funda en ello el ejercicio de la acción penal... es un representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales..." (5)

De aquí que la función del Ministerio Público, sea eminentemente persecutoria de los delitos cometidos o de aquellos cuya ejecución se encuentre en un grado punible de conformidad con el Código Penal. La actividad del Ministerio Público del que nos ocupamos, aparece dividida en dos funciones: la Investigadora y la persecutoria del delito; en la primera le corresponde probar la existencia del delito mediante la comprobación de sus elementos

4.- Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. pp. 57 y 58.

5.- Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 105.

constitutivos, el descubrimiento de los responsables y la reunion de los elementos de convicción para acreditar la responsabilidad penal. en esta etapa denominada Averiguación Previa, el Ministerio Público practica las diligencias necesarias que tienden a determinar la procedencia o improcedencia de ejercitar la acción penal.

La función persecutoria del delito, la entendemos como la prosecucion de la averiguación, pero ahora dentro de la instrucción procesal; es en esta segunda etapa (instrucción) en donde el Ministerio Público prosigue su acción penal (reconocida y regulada por la ley), vigilando y motivando su continua ejercitacion, o bien, en su caso haciendola cesar. Agregamos, que tal prosecucion se prolonga y se sintetiza en la etapa del Juicio, en la que se puntualiza la acusación, pero aún más, se sigue hasta lograr la sentencia definitiva, e inclusive el Ministerio Público puede recurrir ésta, haciendo con ello que la acción penal no cese, y que se logre hasta que la pretensión punitiva Estatal se satisfaga.

Por otra parte, es importante hacer notar, como lo señala Perez Palma que "... Ningun tribunal del orden penal puede funcionar sin un agente del Ministerio Público adscrito. Ningun proceso puede ser iniciado, ni seguido, sin la intervencion de un Agente del Ministerio Público. El Ministerio Público es parte imprescindible en todo proceso; no hay determinación judicial que no le deba ser notificada, ni diligencia en la que no haya de intervenir, y en muchas veces su parecer debe ser oido antes de que el juez resuelva... El Ministerio Público...no admite divisiones ni por categorías ni por razones de competencia, puesto que su función fundamental, la de representar a la sociedad, es unica. Dentro de él se encontrará que de hecho existe división en el trabajo con pluralidad de miembros, pero con unidad de funciones. Los cambios de la persona física de los Agentes del Ministerio Público que intervengan en un proceso, no implican ni significan rotura dentro de esa unidad. Se dice igualmente que los Agentes del Ministerio Público en los procesos en que intervienen tienen personalidad directa y no delegada en substitution del jefe de la institución que es el Procurador de Justicia, a pesar de que haya opiniones en tal sentido de que, quien goza de plena representación de la sociedad en los procesos es el Procurador y no los Agentes, que no son sino sus representantes y subordinados. Pero sobre esta opinión debe prevalecer, la primera, pues en el supuesto caso de que un Agente del Ministerio Público, salvo el caso de las conclusiones no acusatorias, intervenga aun en contra de las instrucciones que hubiere recibido del Procurador, las promociones o las omisiones realizadas, no podrán ser modificadas por ese funcionario, precisamente por la unidad que representa la institución... El Ministerio Público debe ser institución de buena fe, el objeto o los propositos del Ministerio Público no han de ser los de un inquisidor, o de un perseguidor intransigente de los procesados, con ánimo de perjudicar o de extremar su celo, sino simplemente, el de velar por los intereses de la sociedad que representa... La sociedad tiene tanto interes en el castigo de los responsables de los delitos, como en el respeto de los derechos y de las garantías de los individuos que componen el

conglomerado, así que el Ministerio Público debe mantenerse en la posición y lugar adecuado a ambas finalidades..." (6)

### 3.2.- CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL

Ha quedado precisado que la pretensión punitiva corresponde al Estado porque a éste compete el derecho-obligación, de tutelar los intereses de la sociedad en general; también se estableció que la acción penal, es, como la define Eugenio Florián, el poder jurídico de excitar y promover la decisión del Órgano Jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal, y que paralelamente a tal poder, la acción penal se materializa en la serie de actividades tendientes a la actualización de la pretensión punitiva del Estado.

En tanto analizamos cuáles son esas actividades y la forma en que se desarrollan, veamos primeramente que la acción penal presenta ciertas características:

#### A.- La acción penal es "pública"

Dice Arilla Bas que "...es pública porque sirve a la realización de una pretensión Estatal: La actualización de conminación penal sobre el sujeto activo del delito. La pretensión punitiva..." (7)

"...La acción penal es pública, porque tiende a satisfacer un interés público o colectivo, porque pertenece a la sociedad a quien defiende y protege, porque son públicos su fin y su objeto, porque es público el derecho que la rige y porque público es también el órgano que la ejercita..." (8)

"...La doctrina jurídica le atribuye a la acción penal la característica de ser pública de acuerdo con el fin y objeto que persigue, y de ser obligatorio su ejercicio porque si bien la ostenta un órgano del Estado -Ministerio Público- y se sirve de ella para la realización de la pretensión punitiva, no debe quedar al arbitrio su ejercicio ante la comisión del delito, y debe provocar la actividad jurisdiccional para que se defina el derecho y en su caso, se declare..." (9)

6.- "Fundamentos..." Op. Cit. p. 332.

7.- "El Procedimiento Penal en México" Op. Cit. p. 27.

8.- Pérez Palma, Rafael. "Guía..." Op. Cit. p. 27.

9.- Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. pag. 229.

Manuel Rivera Silva, estima que tanto el fin como el objeto de la acción procesal son públicos, por consiguiente queda excluida de intereses privados, al respecto nos señala que: "... En la Ley Mexicana se ha estudiado en parte, la característica que hemos apuntado -pública-, por haberse involucrado, en la orbita de la acción penal, y en la consecuencia, de su ejercicio, lo relacionado con la reparación del daño, que en esencia, permanece planariamente al fondo de los intereses privados..." (10)

**B) La acción penal es única e indivisible:**

Estima Pérez Palma que "... La acción penal es única e indivisible. En tanto que en el Derecho Civil hay acciones reales, personales, de estado civil, contractuales y de otros muchos ordenes más, la acción penal es única, así se trate de delitos contra el Estado o en contra de las personas. Expresa o representa el derecho de la sociedad para pedir el castigo de aquellos que con el delito, rompen la paz y la seguridad públicas..." (11)

"... Es indivisible en cuanto recae sobre todos los sujetos del delito (autores o partícipes según los casos) salvo aquellos en quienes recurra una causa personal de exclusión de la pena..." (12)

La acción penal "...es indivisible debido a que produce efectos para todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución de los delitos o para quienes la auxilién por concierto previo o posterior..." (13)

"... La acción procesal penal es indivisible. Con lo anterior se quiere indicar que tanto el derecho de castigar, como el ejercicio de aquél, alcanza a todos los que han cometido un delito, sin distinción de personas..." (14)

La acción penal "...es única porque abarca todos los delitos perpetrados por el sujeto activo, que no hayan sido juzgados. Es decir, abarca todos los delitos constitutivos de concurso real o ideal..." (15)

"... La acción penal es única, porque no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual para toda conducta típica de que se trate..." (16) ...

10.- Cfr. "El Procedimiento Penal" Op. Cit. pág. 63.

11.- "Guía..." Op. Cit. p. 27.

12.- Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. pág. 21.

13.- Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. pág. 230.

14.- Rivera Silva, Loc. Cit. pág. 63.

15.- Arilla Bas, Fernando. Loc. Cit.

16.- Colín Sánchez, Guillermo. Loc. Cit. pág. 230

**C) La acción penal como indiscutible e incuestionable:**

"... La acción pertenece a la sociedad, ofendida por el delito; pero su ejercicio corresponde de manera exclusiva al Ministerio Público, con exclusión de cualquiera otra autoridad o persona física o moral. El monopolio que ejerce el Ministerio Público, respecto de una acción que no le pertenece, pues es de la sociedad, ha sido, como hemos ya dicho, largamente censurado, porque se carece de recurso para obligarlo a ejercer la acción penal, en aquellos casos en que su negativa al ejercicio de tal acción es contraria a derecho..." (17)

**D) La acción penal como irrevocable:**

Dice Colín Sánchez, que una vez "...iniciado el proceso, debe concluir con la sentencia, porque si la acción se revocara esto no sería posible.. Sin parte ofendida, faltando el requisito de procedibilidad ( querrela ), lógicamente aun iniciado el proceso, éste no podrá continuarse y en esas condiciones no se llegará a la sentencia; tampoco será así, cuando el Ministerio Público formule conclusiones no acusatorias..." (18)

"... Una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal, no está facultado para desistirse de ella. Podrá pedir, si el caso así lo impone, que el acusado sea puesto en libertad, pero no desistirse de la acción penal que hubiera intentado. Tampoco podrá permitir que el ejercicio de la acción penal se interrumpa o se suspenda, fuera de los casos previstos en la ley de manera expresa. Por ello tendrá que estar pendiente de la actividad procesal y darle el impulso necesario para que el expediente no quede inactivo..." (19)

**E) La acción penal es indiscrecional:**

"... La acción penal es indiscrecional, es decir, no está sujeta a que discretamente el Ministerio Público la ejerza o no. Una vez satisfechos los requisitos de procedibilidad, comprobado el cuerpo del delito y existiendo elementos suficientes que hagan la responsabilidad penal, el Ministerio Público no está facultado para abstenerse de ejercitar la acción, ni por razones de carácter político o administrativo, ni por cuestiones de conveniencia, ni de alguna otra índole. La acción penal.. no es propiedad del Ministerio Público, sino

17.- Pérez Palma, Rafael. "Guía" Op. Cit. p. 26

18.- Op. Cit. p. 230.

19.- Pérez Palma, Rafael. Loc. Cit. p. 26.

de la sociedad y por lo tanto no puede disponer de ella a su antojo o capricho..." (20)

Fernando Arilla Bas, no está de acuerdo con el anterior criterio y dice que la acción penal "...es discrecional, pues el Ministerio Público, puede o no ejercerla, aún cuando estén reunidos los elementos del artículo 16 de la propia Constitución..." (21)

**F) La acción penal es intrascendente:**

"... Es intrascendente en virtud de que, en acatamiento al dogma de la personalidad de las penas, consagrado por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe las penas trascendentes, se limita a los responsables del delito... Arilla Bas, le otorga a la acción penal la característica de que sea RETRACTABLE, y dice "... Es retractable, ya que la citada Institución - Ministerio Público- tiene la facultad de desistirse de su ejercicio, sin que el desistimiento prive al ofendido por el delito del derecho de demandar la reparación del daño ante los Tribunales Civiles..." (22)

"... Sus efectos deben limitarse a la persona que cometió el delito y nunca a sus familiares o a terceros..." (23)

Estas han sido pues, las características más importantes que reviste la acción penal en nuestro sistema de Derecho Positivo Mexicano; las cuales hemos de tener presentes para analizarlo que propiamente el ejercicio de la acción penal conforme al Derecho Procesal Penal.

**3.3.- CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD EN LA ACCION PENAL:**

Quedó establecido anteriormente que el Ministerio Público en ejercicio de la acción penal y ante la noticia de la comisión de un delito, inicia la averiguación previa, que generalmente es oficiosa en razón de la propia autoridad de que está investido de acuerdo con el artículo 21 Constitucional. Sin embargo, tal oficiosa se limita y reconoce, que para que el Procedimiento Penal se tenga por iniciado y permita válidamente originar el proceso, debe satisfacer determinadas condiciones; tales, se derivan de los presupuestos procesales, condiciones objetivas de punibilidad, cuestiones prejudiciales y de los requisitos de procedibilidad.

20.- Pérez Palma, Rafael. "Guía..." Op. Cit. p. 26.

21.- Op. Cit. pág. 21.

22.- Idem.

23.- Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. pág. 230.

### A).- Presupuestos procesales:

Los presupuestos procesales son la capacidad para promover la acción penal y la capacidad jurisdiccional.

Dice Florián que los presupuestos procesales son: "... Las condiciones mínimas cuyo cumplimiento es necesario para que exista genéricamente, un proceso en el cual el órgano jurisdiccional pueda proveer..." (24)

"... De acuerdo con este autor -Dice Colín-, para que se dé el proceso, son indispensables: un órgano jurisdiccional penal, legítimamente constituido, con 'jurisdicción penal genérica', sea o no competente en el caso concreto; una relación de Derecho Penal; la presencia del Ministerio Público y de la Defensa..." (25)

Raúl Alberto Frosali.- "... Llama presupuestos procesales a las condiciones para la existencia jurídica de una relación de naturaleza procesal, admitiendo que si éstos no se dan, ningún acto puede adquirir esa naturaleza, ni ninguna decisión puede llegar a tener carácter jurisdiccional. En consecuencia los presupuestos procesales son la capacidad para promover la acción penal y la capacidad jurisdiccional..." (26)

Miguel Fenech señala: "... Los presupuestos procesales propiamente dichos, son aquellos de los cuales depende la admisibilidad y eficacia del proceso mismo y los presupuestos de los actos por referirse a un acto particular..." (27)

Manzini manifiesta: "... Los presupuestos son aquellas condiciones de existencia, los requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal considerada en sí misma y en sus fases diversas..." (28)

Para Manzini, no existe la relación procesal, propiamente, sino hasta que sea promovida la acción penal, y establece los siguientes presupuestos procesales:

- a).- La iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal;
- b).- La legítima constitución del Juez;
- c).- La intervención, la asistencia y eventualmente, la representación del imputado en los casos y en las formas ordenadas por la ley.

24.- Citado por Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. pag. 239.

25.- Op. Cit. p. 239.

26.- Citado por Colín Sánchez Loc. Cit. pp. 238 - 239.

27.- Idem.

28.- Ibidem.

Agrega Manzini: "... Los presupuestos procesales sin los cuales no puede haber un legítimo procedimiento penal, presuponen a su vez un elemento meramente material, o material formal, indispensable para su consideración práctica. Este elemento es el hecho jurídico de la noticia del delito..., noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos que influyen en la constitución de la relación procesal. ( denuncia, querrela, requerimiento, etc. ), o puede provenir de otra fuente, determinando la actividad del órgano competente para promover la constitución de dicha relación..." (29)

Para Arilla Bas, el ejercicio de la acción penal es, dentro del procedimiento, un acto de parte, y por lo tanto de iniciativa, la existencia o inexistencia de los presupuestos procesales, queda sujeta exclusivamente a la estimación del Ministerio Público. Es el Juez a quien corresponde decidir, en el auto de radicación, sobre la legalidad de la situación planteada por aquel al ejercitar la acción. Aporta Arilla, los siguientes presupuestos procesales (30)

- a) La causación en el mundo exterior de un hecho que la norma penal singular describe como delito;
- b) Que el hecho mencionado haya sido dado a conocer al órgano persecutorio, es decir, al Ministerio Público, por medio de una denuncia o querrela o excitativa en su caso;
- c) Que la denuncia o querrela que estén apoyadas en la declaración de un tercero dignos de fe, redundan bajo protesta de decir verdad, o, en su defecto, en datos de otra clase; y
- d) Que, valorados en su conjunto los datos ministrados por la declaración del tercero o averiguados por el Ministerio Público, resulte probable la responsabilidad de una persona física y perfectamente identificado.

**(B).- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:**

Las condiciones objetivas de punibilidad son exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación, como en los casos de la previa declaración de quiebra para poder perseguir el delito de quiebra fraudulenta, o la previa declaración de nulidad del matrimonio para proceder en contra del raptor que contrajo matrimonio con la raptada.

29.- Citado por Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 239.

30.- Op. Cit. p. 21.

**(C).- CUESTIONES PREJUDICIALES:**

Las cuestiones prejudiciales se identifican con las condiciones objetivas de punibilidad y se consideran como cuestiones de derecho cuya resolución se presentan como antecedentes lógico y jurídico de la del derecho penal objeto del proceso y que versan sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida. (31)

La distinción entre las cuestiones prejudiciales y las condiciones objetivas de punibilidad, dependen del punto de vista con que se les vea; en las primeras, se enfoca su problema desde el punto de vista procesal, y en las segundas se les aprecia desde el aspecto general del derecho penal.

"... Las cuestiones prejudiciales no deben ser confundidas con los obstáculos procesales, que son las causas impeditivas de la prosecución del procedimiento, con posterioridad al ejercicio de la acción penal. Los obstáculos procesales son, en nuestro derecho, las causas de suspensión del procedimiento..." (32)

Respecto de las cuestiones prejudiciales, dice Arilla, que no las encontramos en la Legislación Mexicana como propiamente prejudiciales, pues el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no hace alusión alguna al respecto, y el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 151 solo establece que: "... Cuando en un asunto penal sea necesario comprobar un derecho civil, se hará esto por cualquier medio de prueba en el curso de la instrucción. La resolución dictada en el procedimiento penal no servirá de base para el ejercicio de las acciones civiles que del derecho expresado puedan originarse..." (33)

El anterior precepto, dice Arilla, "...lleva a la supresión de toda cuestión prejudicial civil. Es el curso de la instrucción, y por los medios de prueba admisibles en ésta, donde se probará la existencia del derecho civil que pueda influir en la decisión dictada por la jurisdicción penal..." (34)

"... El ejercicio de la acción penal puede estar condicionado a la resolución de una cuestión prejudicial. La palabra prejudicial ( del latín *prae* iuditium ) significa lo que precede al juicio. Sin embargo, cuando menos por lo que respecta a nuestra legislación, no todas las cuestiones conocidas con este nombre, preceden al juicio, pues algunas preceden al ejercicio de la acción..." (35)

31.- Colin Sanchez, Guillermo. Op. Cit. pp. 231, 238.

32.- Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. p. 65.

33.- Cfr. Loc. Cit. p. 64.

34.- Idem.

35.- Ibidem. p. 65.

En el sentido anterior, tenemos que el artículo 357 del Código Penal del Distrito Federal dispone que: "... Cuando haya pendiente un juicio en averiguación de un delito imputado a alguien calumniosamente se suspenderá el ejercicio de la acción de calumnia hasta de dicho juicio termine..." Esta es, pues, otra hipótesis -dice Arilla- de cuestión prejudicial al ejercicio de la acción. (36)

(D).- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD:

Los requisitos de procedibilidad son condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma determinada de derecho penal. En nuestro medio, los requisitos de procedibilidad son la querrela, la excitativa y la autorización.

"... En algunos casos, para que se inicie el procedimiento es necesario que se den los requisitos mencionados, y aunque pudiera ser que el Ministerio Público, aun sin ellos, hubiera llevado a cabo la averiguación previa y la consignación de los hechos, no se lograría el completo desarrollo del proceso..." (37)

La querrela es conceptualizada como un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido, constituye el más sugestivo de los requisitos de procedibilidad, no sólo por las razones que más adelante se expondrán, sino también por la diversidad de problemas a que da lugar en la práctica.

Respecto de la excitativa como requisito de procedibilidad, nos indica Colín Sánchez:

"... La excitativa, es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos ( artículo 360, frac. II del Código Penal para el Distrito Federal )... Atendiendo a la personalidad internacional del Estado, se ha establecido para estos casos, que sean los agentes diplomáticos quienes manifiestan su voluntad para que se persiga el delito... El procedimiento para llevar a cabo la excitativa no está previsto en el Código de Procedimientos Penales en materia federal, pero en la práctica, el embajador o el agente del gobierno ofendido puede solicitar al Ministerio Público Federal se avoque a la investigación y persecución de los hechos. También es factible que, a solicitud del interesado, sea la Secretaría de Relaciones Exteriores la que haga la excitativa ante la Procuraduría General de la

36.- Op. Cit. p. 63.

37.- Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 241.

República. Este último encuentra justificación en los principios del Derecho Consuetudinario Internacional; fue previsto en el artículo 29 de la Convención de Viena, sobre relaciones diplomáticas, de fecha 18 de abril de 1961, que a la letra dice: "La persona del Agente Diplomático es inviolable. No puede ser objeto en ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad..." (38)

La autorización, -dice Collin-, es la anuencia manifestada por organismos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley, para la prosecución de la acción penal.

Atendiendo a la cualidad o especial situación del supuesto sujeto activo del delito, es necesario llenar este requisito para proceder en su contra, pero es evidente que no lo será para que se inicie la preparación de la acción penal, aunque sí para proseguirla.

"... La autorización viene a ser el acto por el cual la autoridad señalada en la ley, otorga permiso al órgano persecutor o al jurisdiccional para ejercitar la acción penal o para decretar la detención, respectivamente, de un funcionario que la propia ley señala. En el primer caso, opera como un requisito de procedibilidad, y en el segundo como un obstáculo procesal..." (39)

"... Análoga a la autorización viene a ser la extradición, o sea la entrega por parte de un Estado extranjero del delincuente que se refugió en su territorio o recibió asilo diplomático. La Extradición, cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se le atribuya, es un acto de soberanía, al cual se condiciona el enjuiciamiento del sujeto pasivo de la acción penal. Coniamos, en consecuencia, -dice Arilla- que la extradición opera como obstáculo procesal..." (40)

#### 3.4.- EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL:

El Estado tiene en abstracto la función persecutoria la cual es permanente e indeclinable y, por ende, en ningún momento puede extinguirse. Ante la comisión de un delito, ese derecho abstracto del Estado se concreta, surgiendo así la obligación de actuar, o sea, que en tal momento aparece la acción penal constituida por el derecho concreto de acudir al órgano jurisdiccional para que aplique la ley; sin embargo, para que esta se aplique, le es indispensable al órgano encargado de la persecución, aplicar el derecho persecutorio, preparando anticipada e idóneamente su petición,

38.- Collin Sanchez, Guillermo. Op. Cit. pp. 253 y 254.

39.- Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. p. 65.

40.- Icaz. p. 66.

teniendo como obligación, cerciorarse de la existencia del delito y de los autores del mismo. En este sentido es como se inicia el periodo de preparación del ejercicio de la acción penal.

Al comprobarse la existencia de una conducta punible y de la imputación que de la misma se puede hacer, nace en este momento la preparación del ejercicio de la acción penal, materializada al través del momento culminante de la consignación, es decir, la necesidad de excitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto. En este momento termina la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal y surge el inicio del ejercicio de ella.

".., El periodo de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes de procedimiento acostumburan denominar de averiguación previa, tiene por objeto, como su nombre lo indica, reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República, para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este periodo compete al Ministerio Público..." (41)

La Escuela Clásica del Derecho -dice Perez Palma-, en su afán por profundizar en el contenido de la acción, pretendió limitar o condicionar el ejercicio de la acción a la satisfacción de determinados requisitos, empero, "...Frente a estas enseñanzas, se alza el artículo 17 Constitucional que simple, llana y lisamente dispone que los Tribunales estarán expedidos para administrar justicia, en los plazos y términos que fije la Ley. Constitucionalmente pues, la facultad o el derecho de acudir ante los tribunales en demanda de justicia, no está condicionada, ni requiere de satisfacción previa de requisito alguno... En el orden penal, el ejercicio de la acción constitucionalmente, está condicionado por la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, más la satisfacción de los requisitos de procedibilidad..." (42)

"... Es necesario destacar, ante todo, -dice Garcia Ramirez-, el preciso establecimiento de los elementos que fundan el ejercicio de la acción, a saber: la comprobación del cuerpo del delito y la acreditación de una probable responsabilidad... El Ministerio Público ha de esmerarse, en el curso de la averiguación previa y para los actos en que esta desemboca, en comprobar el corpus delicti... el cuerpo del delito equivale al conjunto de elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos. Esto abarca, pues, los generalmente llamados elementos objetivos o materiales, subjetivos y normativos, conforme a la descripción típica contenida en el Código Punitivo o en una ley especial..." (43)

41.- Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. p. 51.

42.- Op. Cit. "Guía.." pág. 25.

43.- "La Reforma Jurídica de 1983..." Comentarios a la Nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; fundamento de la acción penal. Op. Cit. pág. 487.

"... Para entender con claridad lo relacionado con la motivación directa del ejercicio de la acción, es necesario aclarar... los conceptos del delito legal, delito real y delito jurídico... como motivo de ciertas consecuencias también previstas en la ley. El 'Delito Real' es un acto en el que parte de él encaja con exactitud en una de las formas de conductas previstas en la ley (delito legal). El 'delito jurídico' es el acto que el órgano jurisdiccional ha declarado delictuoso... Se debe advertir que el delito real, si bien hace nacer la acción penal en concreto, no surte por sí sólo ningún efecto jurídico, o lo que es lo mismo, no engendra con su simple vida, la aplicación de las consecuencias que la ley fija. El único que produce efectos jurídicos es el delito jurídico. Los tres delitos mencionados es fácil distinguirlos por el tiempo en que nacen; el legal es anterior al acto que puede calificarse, el jurídico es posterior a dicho acto y el real es concomitante con el acto, por ser el acto mismo..." (44)

Los motivos que engendran propiamente la acción penal -dice Rivera Silva ( acción procesal penal ) - pueden clasificarse como mediatos, inmediatos y directos: (45)

#### Mediatos:

- 1'.- La comisión de un hecho delictuoso, con lo que surge el derecho persecutorio en concreto: la acción penal.
- 2'.- Que un acto sea dado a conocer por denuncia o querrela a la autoridad investigadora, y
- 3'.- Que la autoridad investigadora averigüe las características del acto y la imputación que del mismo se pueda hacer a una persona, así como la culpabilidad de esta.

#### Inmediatos:

Es el suceso que directamente motiva el ejercicio de la acción penal ( acción procesal penal )... El propio Ministerio Público posee el derecho ( acción penal ) para exigir la aplicación de una sanción, en virtud de que basado en la averiguación, estima que existe un delito real y que hay datos de los cuales se desprende la responsabilidad de un sujeto o sujetos.

#### Directos:

En cuanto a los motivos directos de la acción procesal penal, establece Rivera Silva, las siguientes conclusiones:

44.- Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. pp. 65 y 66.

45.- Iden. p. 65, 67 y 68.

Motivos directos:

- 1a.- La acción procesal penal no nace forzosamente con el delito.
- 2a.- La acción procesal penal nace con la actividad que el Ministerio Público realiza ante el Órgano Jurisdiccional para que éste aplique la ley al caso concreto;
- 3a.- El "delito real", estimado como tal por el Ministerio Público, motiva de manera inmediata la acción penal. Lo anterior implica dos factores: un acto y una estimación hecha por el Ministerio Público en el sentido de que este acto informa un "delito real". Así pues, no todo "delito real" por sí mismo, engendra la acción procesal penal;
- 4a.- El "delito jurídico" no puede motivar la acción procesal penal, por ser algo posterior a la misma acción. La ausencia del "delito jurídico" no invalida la afirmación de que el acto estimado como "delito real" por el Ministerio Público, es el que motiva la acción procesal penal;
- 5a.- La sospecha no engendra la acción procesal penal, como afirman varios autores franceses. El Ministerio Público actúa por creencia absoluta de la existencia del "delito real" y no por simples conjeturas; y
- 6a.- La acción procesal penal es diferente del derecho abstracto y en concreto de castigar.

Fernando Arilla Bas, por su parte nos indica, que ante la noticia de la comisión de un hecho punible, el Estado ejerce el derecho de actualizar sobre el responsable la combinación penal establecida con carácter general en la ley, surgiendo así la acción penal, la cual se desarrolla a través de los siguientes periodos: (46)

- 1°.- Preparación de la acción.- este es un periodo preprocesal y corre a cargo del Ministerio Público, aquí todavía no se provoca la actividad jurisdiccional;
- 2°.- Persecución.- se inicia con la consignación del Órgano Jurisdiccional y se desarrolla en la etapa de la instrucción; surge aquí la relación jurídica procesal;
- 3°.- Acusación.- se inicia con la formulación de conclusiones y se desarrolla en el periodo del juicio.

---

46.- Dp. Cit. pp. 20, 21.

### 3.5.- ATRIBUCIONES ESPECIFICAS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Ha quedado precisado, que el titular de la acción penal lo es única y exclusivamente el Ministerio Público, esto por mandato Constitucional consagrado en el artículo 21 de la Carta Magna, se establece en ella que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial la cual estará bajo el mando inmediato de aquel.

En tal sentido, corresponde al Representante de la Sociedad, ejercer el derecho persecutorio de la acción penal, la cual como ya indicamos, comienza ante la noticia de la comisión de un delito, desarrollando una serie de actividades durante la etapa procedimental llamada averiguación previa, en esta, el Ministerio Público concreta sus atribuciones para dejar comprobada la existencia del delito y demostrada la participación que en él hayan tenido determinados sujetos, a efecto de acreditar la responsabilidad que a ellos corresponda. En estos términos y satisfechos los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución General de la República, el Ministerio Público se encuentra en condiciones, para que la acción penal persecutoria, sea EJERCITADA (exercitare = hacer trabajar) ante el Órgano Judicial correspondiente.

Para lograr los efectos anteriores, el Ministerio Público, se encuentra facultado por determinados preceptos legales, tanto por Leyes orgánicas respectivas, como por Leyes Adjetivas de la materia, así por ejemplo, en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, encontramos en sus Títulos Segundo, Tercero y Cuarto, lo siguiente:

En el título segundo, denominado "Averiguación Previa", resaltan los siguientes artículos:

Artículo 103.- Los funcionarios del Ministerio Público están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden común de que tengan noticia por alguno de los medios señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal, excepto en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos que solamente sean perseguibles mediante querrela necesaria, si esta no se ha presentado;

II.- Cuando la Ley exija algún requisito previo, si éste no se ha cumplido.

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

Artículo 116.- Tan luego como los servidores públicos encargados de practicar diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; para impedir que se pierdan, destruyan o

alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas, objeto o efectos del mismo; para saber que personas fueron testigos del hecho y en general, impedir que se dificulte la averiguación y, en los casos de flagrante delito, para asegurar a los responsables.

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada.

Artículo 117.- En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá: la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; el nombre y carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes, y la del inculpado, si se encontrare presente; la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellos intervengan; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar.

Artículo 118.- El Ministerio Público podrá citar, para que declaren sobre los hechos que se averiguen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan que tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quien mencionó a la persona que haya de citarse o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.

Artículo 119.- Cuando una autoridad distinta del Ministerio Público practique diligencias de averiguación previa remitirá a este, dentro de tres días de haberlas iniciado, el acta o actas levantadas y todo lo que con ellas se relacione. Si hubiere detenidos, la remisión se hará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención.

Estos mismos plazos regirán para que el Ministerio Público remita al Tribunal competente la averiguación inicial, excepto en el caso en que no hubiere detenidos y sea indispensable que el propio Ministerio Público retenga las primeras diligencias para el mejor éxito de la investigación. Practicadas las diligencias urgentes que motivaron la retención, el funcionario citado hará la consignación correspondiente.

Artículo 120.- Cuando se presentare al funcionario o agente que hubiere iniciado una averiguación, un funcionario del Ministerio Público, este podrá continuar por sí mismo la averiguación, en cuyo caso el primero cerrará el acta en el estado en que se encuentre, y la entregará a dicho funcionario, así como los detenidos y los objetos que se hayan recogido, comunicándole todos los demás datos de que tenga noticia; pero si el Ministerio Público lo estima conveniente para el éxito de la averiguación, podrá encomendar a quien la haya iniciado, que la continúe bajo su dirección, debiendo el funcionario o agente comisionado acatar sus instrucciones y hacer constar esa intervención en el acta.

Artículo 121.- El Ministerio Público que practique diligencias de averiguación previa determinará, en cada caso, qué personas quedarán en calidad de detenidas y en qué lugar, haciéndolo constar en el acta respectiva.

Artículo 123.- El Ministerio Público expedirá las ordenes para la autopsia e inhumación del cadáver y el levantamiento de las actas de defunción respectivas, cuando apareciere que la muerte fue posiblemente originada por algún delito, y las diligencias de policía judicial no estuvieren en estado de consignarse desde luego a los Tribunales.

Si de las mismas diligencias apareciere claramente que la muerte no tuvo por origen un delito, y por lo mismo, no procediere ejercitar la acción penal, las ordenes para el levantamiento del acta de defunción y para la inhumación del cadáver se darán por el Ministerio Público.

Artículo 124.- Si de las diligencias practicadas no resultaren elementos bastantes para hacer la consignación a los Tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entre tanto se ordenará a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos.

La resolución del Ministerio Público será revisada por el Procurador General de Justicia del Estado o el Subprocurador que corresponda, a quienes dentro del término de cuarenta y ocho horas se remitirá el expediente.

Artículo 125.- En la práctica de las diligencias de averiguación previa, se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Título Sexto de este Código. (El Título Sexto se compone de tres capítulos, el primero corresponde al juicio, el segundo a la aclaración de sentencia y el tercero a sentencia irrevocable).

Artículo 127.- El Ministerio Público, en las diligencias de averiguación previa, podrá emplear todos los medios mencionados en el Capítulo V del Título V, sin más excepciones que las establecidas en este Código o en otras Leyes. (El Título Quinto, en su capítulo quinto se refiere a los medios de prueba) Dichas diligencias se practicarán secretamente y solo podrá tener acceso a ellas el defensor del detenido, en el caso de que lo hubiere. El funcionario que quebrante el secreto será destituido de su cargo por el Procurador General de Justicia del Estado.

El Título Tercero del Código que se comenta, denominado "disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción", se refiere respectivamente en sus cinco capítulos, a: comprobación del cuerpo del delito; huellas del delito, aseguramiento de los instrumentos y objeto del mismo; atención médica a los lesionados; aseguramiento del inculpaado; y consignación ante los

tribunales. En todos estos artículos, del 128 al 167, se determinan los mecanismos que ha de observar el funcionario del Ministerio Público, a efecto de que cumpla con las finalidades que la ley le señala, las que se traducen y entienden como atribuciones que ostenta en el ejercicio de la acción penal, que como podríamos apreciar son muchas, ello forma parte de un auténtico monopolio.

Por último y por lo que respecta del Título Cuarto, del Código que se comenta y que es el que nos interesa, éste se denomina precisamente "EJERCICIO DE LA ACCION PENAL" y dice:

Artículo 168.- El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público; por tanto a esta Institución compete:

I.- Promover la incoación del procedimiento judicial;

II.- Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes;

III.- Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;

IV.- Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados;

V.- Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y

VI.- En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.

## CAPITULO IV

### \* ACCION PENAL; SU INEJERCICIO Y EXTINCION \*

- 4.1.- Inejercicio de la accion penal:
  - 4.1.1.- Principios de legalidad y de oportunidad.
  - 4.1.2.- Presupuestos del no ejercicio de la accion penal.
  - 4.1.3.- Acuerdo Federal sobre el no ejercicio de la accion penal.
- 4.2.- Extinción de la accion penal:
  - 4.2.1.- Causales de extinción de la accion penal.
  - 4.2.2.- Causales de extinción de la accion procesal penal.
- 4.3.- El sobreseimiento como acto en que culmina la extinción de la accion penal.
- 4.4.- Extinción de la accion penal e irregularidades de sobreseimiento en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Mexico.

#### 4.1. INEJERCICIO DE LA ACCION PENAL:

Hemos visto lo que es el ejercicio de la acción penal, veamos ahora lo que significa su inejercicio, para ello, atendamos a los siguientes principios:

##### 4.1.1.- PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD.

La acción penal está regida por el principio de legalidad, teniendo el Estado en sus manos el ejercicio de la acción penal, no se deja a su capricho el propio ejercicio, sino que, por mandato legal, siempre debe llevarse a cabo.

La doctrina distingue el principio oficial y el principio dispositivo. Del primero sostiene que para el ejercicio de la acción penal, el Estado debe actuar por propia determinación y el principio dispositivo afirma que la acción procesal penal debe estar sujeta a la iniciativa de un particular, que generalmente es la parte ofendida.

La acción procesal penal -dice Rivera Silva- se ejercita de oficio, y el Ministerio Público no tiene porque esperar la iniciativa privada; la querrela no tiene que ver absolutamente nada con la acción procesal penal, pues aquella institución se inculca con la averiguación que es previa a la acción penal. (1)

"... Los tratadistas distinguen el principio de legalidad del principio de oportunidad. La acción penal está animada por el principio de legalidad, cuando se ejercita siempre que se den los presupuestos necesarios que la ley fija. En estos casos, no se atiende para nada a la utilidad o perjuicio que pueda ocasionarse con el ejercicio de la acción penal (en las legislaciones en que el principio de la legalidad, se estima que nunca se puede causar perjuicio con el ejercicio de la acción penal, puesto que de ella depende la vigencia de la ley, y el reinado de ésta siempre es beneficioso). El principio de la oportunidad se inspira en la idea de que para el ejercicio de la acción penal no basta que se den los presupuestos necesarios, sino que es preciso que los órganos competentes los reputen convenientes, previa valoración del momento, las circunstancias, etc...." (2)

"... Nuestro procedimiento penal se inspira en forma absoluta en el principio de legalidad...no quedando...el ejercicio de la acción penal al capricho del Ministerio Público. Se ha rechazado la afirmación expuesta, invocándose las normas que reglamentan el no ejercicio de la acción penal, el desistimiento de la

1.- Cfr. Op. Cit. pp. 68 y 69.

2.- Idem.

nisma y la solicitud de libertad por parte del Representante Social. A esto cabe objetar que dichas normas, como se refiere de su cuidadoso estudio, no se animan en principios de oportunidad, sino única y exclusivamente en la idea de que el Ministerio Público es una Institución de buena fe y que como tal, tiene interés en que no se vaya a cometer la injusticia de castigar a quien no merece la pena, ya sea porque prescribió la acción penal; porque quedó comprobado que el inculpado no tuvo participación en los hechos; porque el proceder imputado no es típico etc, etc. en suma, porque legalmente no es de acreedor a la consecuencia fijada por la ley. todos los casos de no ejercicio de la acción penal o desistimiento de la misma, están previstos en la ley, luego el principio de legalidad es absoluto en nuestro derecho. En fechas recientes, por varias razones se ha quebrantado el principio de la legalidad desistiéndose en muchas ocasiones el Ministerio Público de la acción penal, sin sujetarse a los términos de la ley. Ello entraña responsabilidad para el órgano, pero si en virtud del pulso histórico prevaeciente, se estiman necesarios para el bienestar social estos desistimientos, procede a llevar a cabo las reformas condignas, al través de las cuales, en forma precisa, para evitar la arbitrariedad, se señalen las hipótesis en las cuales procede hacer uso del principio de la oportunidad... (3)

En México, el ejercicio de la acción penal se rige tanto por el principio Oficial como por el dispositivo; en cuanto al primero porque sólo la ejercita el Ministerio Público como órgano estatal, el segundo se constituye subsidiariamente a la oficiosidad del Ministerio Público, porque éste no puede ejercitar la acción sin que exista una denuncia o querrela. (4)

Doctrinariamente, el ejercicio de la acción penal se inspira en los principios de legalidad y de oportunidad, el primero se basa en la necesidad del ejercicio de la acción derivada de la obligación que la ley impone a su titular cuando se han satisfecho los requisitos que la misma exige. El principio de oportunidad se funda en la conveniencia del ejercicio de la acción, siendo de carácter potestativo y aun satisfechos sus requisitos que para ejercitar la acción se exigen, se podrá optar por razones de interés público en ejercitarla o no. En nuestro medio se reconoce el principio de legalidad. (5)

#### 4.1.2.- PRESUPUESTOS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL:

El ejercicio de la acción penal, no necesariamente es obligatorio, pues si no se reúnen los requisitos del artículo 16 Constitucional, no con ello el Ministerio Público está declarando el

3.- Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. p. 68 y 69.

4.- Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. p. 22. Cfr.

5.- Idem.

derecho, sino que se abstiene de perseguir a una persona contra la cual no se tienen méritos suficientes. Lo mismo sucede cuando se está ante el caso de una legítima defensa, en la que se demuestra la representación social con sus probanzas allegadas que no hay elementos para considerar la responsabilidad penal del sujeto.

Para explicar, lo relativo a los presupuestos del no ejercicio de la acción penal, nos remitimos al Código Federal de Procedimientos Penales, por considerar que en este se contiene con ejemplaridad para los demás códigos de la materia, las condiciones o circunstancias en las que no se ejercerá acción penal.

El artículo 137 de la citada ley establece: El Ministerio Público no ejercerá acción penal:

- I.- Cuando la conducta o los hechos de que conoiza no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal;
- II.- Cuando se acredite plenamente que el inculcado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y solo por lo que respecta a aquél;
- III.- Cuando, aun pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;
- IV.- Cuando la responsabilidad penal se haya extinguido legalmente en los términos del Código Penal; y
- V.- Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculcado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.

Marco Antonio Díaz de León, al respecto del comentado artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales, comenta: "...La obligación que tiene el Ministerio Público de ejercitar la acción penal, está condicionada a la existencia de ciertos presupuestos procesales (cuerpo del delito y presunta responsabilidad) y a ciertos requisitos de procedibilidad (querrela, declaratoria de perjuicios, etc.). A virtud de las consecuencias gravosas y daños que produce el proceso penal (como la prisión preventiva, por ejemplo), cuando en la averiguación previa no se acreditan los aludidos presupuestos procesales y requisitos de procedibilidad, no únicamente no nace la referida obligación de ejercitar la acción penal, sino que, inversamente, ante tales carencias le surge otro deber al Ministerio Público, consistente, ahora, en no ejercitar la acción penal; este deber se cumple con la llamada resolución de archivo que emite el Ministerio Público, con fundamento en alguna de las fracciones de este artículo, y produce el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal, respecto de los hechos que la motiven, siempre y cuando se le hubiera

notificado tal resolución al denunciante, querrelante o al ofendido por el delito, y estos hubieran dejado pasar los quince días que les otorga la ley para oponerse ante el Procurador General de la República, como lo establece el artículo 133 de este código..." (6)

La fracción primera del artículo que se comenta, se refiere al cuerpo del delito; al conjunto de elementos normativos, objetivos y subjetivos que integran el tipo penal. De no acreditarse plenamente dicho cuerpo del delito en todos sus elementos, no se debe ejercitar la acción penal, por carecerse de pretensión punitiva.

La fracción segunda, es relativa a la responsabilidad del inculpado, entendida esta como la adecuación típica de la conducta. De no existir la probable adecuación de la conducta del inculpado al cuerpo del delito (tipo penal), no se ejercerá la acción penal, por no existir un sujeto en contra del cual se pueda pretender punitivamente. Por la misma razón es ilegal ejercer acción penal en contra de "quien resulte responsable", es decir, sin determinar plenamente e identificar de algún modo, aunque en forma suficiente y sin duda, al inculpado; los jueces deben desestimar este tipo de consignaciones contra desconocidos.

La fracción tercera exige medios de prueba; de no existir prueba del cuerpo del delito o de la presunta responsabilidad del inculpado, no se debe ejercitar la acción penal, por no poderse pretender punitivamente.

La fracción cuarta previene las causas de extinción de responsabilidad penal señaladas por el Código Penal Federal y que son: muerte del delincuente, amnistía, perdón del ofendido, reconocimiento de inocencia e indulto, y prescripción. En estos casos, obviamente, no se debe consignar. Conforme a nuestro punto de vista, estas causales no son para tener por extinguida la responsabilidad penal, sino de la acción penal y de la acción procesal penal.

La fracción quinta - dice Díaz de León- que es inconstitucional "...Establecer cuando un inculpado actúo bajo las excluyentes de responsabilidad penal que establece el artículo 15 del Código Penal Federal, es decir, resolver si un hecho es o no delito federal, o determinar la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados, es competencia exclusiva de los Tribunales Federales, pues tal es la jurisdicción que conforme a la división de poderes corresponde únicamente al Poder Judicial de la Federación, como lo establecen los artículos 21, 49, 94 y 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 4<sup>o</sup> del Código Federal de Procedimientos Penales. A más de que esta fracción rebasa lo ordenado por el artículo 102 constitucional, que no da facultad cual ninguna al Ministerio Público Federal para resolver sobre las excluyentes de responsabilidad penal, y de que contradice al artículo 134 del propio

6.- "Código Federal de Procedimientos Penales Comentado" Mexico 1989, Editorial Porrúa, Segunda Edición, p. 112.

Código Procesal Federal, es una aberración jurídica convertir en juez y parte acusadora al Ministerio Público Federal. Tal fracción carece de validez constitucional, y, por ser norma secundaria y contradecir a la Constitución, no puede aplicarse por el Ministerio Público Federal, dado que así disponen los artículos 102, 128 y 135 de la misma Constitución Política del País..." (7)

#### 4.1.3.- ACUERDO FEDERAL SOBRE LA RESOLUCION DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL:

La Procuraduría General de la Republica, atenta al contenido del artículo 137 del Código Federal de procedimientos Penales y especialmente de las circunstancias que impiden el ejercicio de la acción penal, en estricto apego al principio de legalidad, tuvo a bien en establecer los mecanismos que para el caso deben seguirse, por ello que en fecha 14 de mayo de 1984 fue publicado en el Diario Oficial de la federación, con el numero 4/84, el acuerdo federal sobre la resolución del no ejercicio de la acción penal, mismo que establecer (8)

PRIMERO.-En la averiguación previa procederá el no ejercicio de la acción penal, cuando

1.- La conducta o los hechos no sean constitutivos de delito conforme a la descripción de la ley penal de que se trate;

2.- Se acredite plenamente que el inculgado no tuvo participación en la conducta o en hechos punibles pero sólo respecto de dicho inculgado;

3.- Aón pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;

4.- La responsabilidad penal se halla extinguida legalmente en los términos del Código Penal;

5.- De las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculgado actuó en circunstancias que excluyen su responsabilidad penal. Si no existe prueba plena de las circunstancias excluyentes, se hará la consignación a la autoridad jurisdiccional;

7.- Op. Cit. p. 112.

8.- Cfr. Durán Gómez, Ignacio. "Código Federal de Procedimientos Penales, Anotado" Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1986. pp. 119, 120.

6.- El indiciado ya hubiere sido juzgado por la misma conducta o por los mismos hechos

**SEGUNDO.-** En los casos en que deba resolverse el no ejercicio de la acción penal, se actuará como sigue:

1.- El Agente del Ministerio Público Federal que practique la averiguación, previa consulta con la Dirección General de Averiguaciones Previas o el Delegado de Circuito correspondiente, formulará el proyecto de acuerdo de no ejercicio de la acción penal, que deberá estar debidamente fundado y motivado.

2.- Conforme a lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Penales, el Agente del Ministerio Público Federal citará al denunciante, querrela u ofendido para notificarle acerca del proyecto de acuerdo, y le concederá un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la fecha en que surta efectos la notificación, para que si lo cree conveniente por escrito las observaciones precedentes.

3.- Cuando el denunciante, querellante u ofendido desvirtúe la causa en que se apoya el proyecto de Acuerdo de no ejercicio de la acción penal, formulado por el Agente del Ministerio Público Federal, aquél sin efectos y se continuará la integración de la averiguación previa;

4.- Si después de transcurrido el plazo mencionado no se presentan observaciones o si las que se presentaron no desvirtúan la causa en que se apoya el proyecto de acuerdo, la averiguación previa y las observaciones formuladas por el denunciante, querellante u ofendido serán turnadas, por conducto de la Dirección General de Averiguaciones Previas, a la Dirección General Técnica Jurídica auxiliar del Procurador.

**TERCERO.-** La Dirección General Técnica Jurídica Auxiliar del Procurador, a través de su Titular o de los Auxiliares a su cargo, formulará el dictamen que proceda, remitiéndolo al Subprocurador que corresponda para que éste resuelva en definitiva el no ejercicio de la acción penal. Al primer Subprocurador se le remitirán los expedientes cuyo número sea impar y al segundo Subprocurador los que sean par, salvo que, por los requerimientos de trabajo, el Procurador ordene otra distribución o resuelva directamente.

**CUARTO.-** Una vez resuelto en definitiva el no ejercicio de la acción penal, se enviará el expediente al archivo, remitiendo copia de la resolución al Subprocurador que lo autorizó, a la Dirección General Técnica Jurídica Auxiliar del Procurador, al Sistema de Evaluación de Resultados y al Agente del Ministerio Público.

El acuerdo traza los lineamientos a que han de sujetarse, tanto la Representación Social, como el mismo sujeto que se presume ofendido por los hechos que motivaron la Averiguación Previa;

en estos términos, nos parece loable, que se pida al Ministerio Público haga su proyecto para el no ejercicio y que el ofendido tenga oportunidad para externar sus apreciaciones jurídicas, cosa que en el fuero común no sucede. Por lo demás, sobra decir, que ese proyecto aun deberá ser revizado y en su caso autorizado.

El inejercicio de la acción penal, puede considerarse entonces como el más fuerte de los obstáculos que nos impide llegar al órgano jurisdiccional; ese inejercicio es consecuencia por una parte, del débil desarrollo por el que atraviesa la acción penal dentro de la etapa de la averiguación previa, lo que se traduce en la falta de calidad en esa fase averiguatoria. A estos casos corresponde el mayor porcentaje de averiguaciones iniciadas en contra de Quién Resulta Responsable; el obstáculo material insuperable que previene la fracción III del artículo 137 del citado Código Federal, en nuestro concepto, no es sino la misma averiguación. Por otra parte, se presentan como obstáculos los que el mismo derecho establece y son: las cuestiones prejudiciales, los obstáculos procesales y las determinaciones propias de la ley.

Otra causa más, quizás a la que mayormente podemos temer, es que por equivocado arbitrio, el Ministerio Público, no ejercite acción penal, ya por que pretenda actuar al amparo del interés social, aunque no esté permitido por la ley; o bien por cuestiones de interés personal, u otras razones que resultan inexplicables. En estos casos, ante la negativa del Ministerio Público para ejercitar acción penal, nada podemos hacer, ni siquiera la justicia federal puede proteger nuestros derechos privados que se nos lesionen. Esta situación hasta la fecha sigue sin solución.

#### 4.2.- EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

Ante la comisión de un delito, se da lugar al nacimiento de la acción penal, la que a su vez, da derecho al Ministerio Público para perseguirlo, para acusar, para pedir la imposición de la pena pública y para exigir la reparación del daño; a su vez, el ejercicio de tal acción por ese Ministerio ante el órgano jurisdiccional, provoca la formación de un proceso, en el que es discutida la acción ejercitada.

Conforme al sentido anterior, la acción penal tiene además como función primordial, desde el punto de vista del derecho privado, proteger y tutelar los derechos del particular ofendido por el delito, por lo que en ejercicio de la acción se despliega una serie de actividades tendientes a alcanzar sus fines. Sin embargo, puede resultar que tropiece con determinadas cuestiones prejudiciales, obstáculos procesales y por determinaciones propias de la ley expresamente señaladas como causas que extinguen la acción penal.

Las causas extintivas la acción penal, pueden aparecer en cualquier etapa del procedimiento penal, pero independientemente de éstas, existen otros supuestos con los cuales se pone término no a la acción penal, sino al proceso penal, y estos son: el desistimiento de la acusación, extinción de la acción penal y la sentencia ejecutoriada.

Cabe entonces mencionar que así como encontramos una diferencia entre acción penal y acción procesal penal, en el presente caso, tenemos que admitir: que se extingue por separado la acción penal de la acción procesal penal. En la primera figuran como causales la muerte del inculcado, la amnistía, el perdón del ofendido y la prescripción. En la acción procesal penal encuentra como motivos de su extinción el desistimiento de la acusación del Ministerio Público, o sea, el desistimiento del ejercicio y la prosecución de la acción penal; la extinción de la acción penal misma por cualquiera de sus motivos; y por haber llegado al acto que dicta sentencia ejecutoriada.

#### 4.2.1.- CAUSALES DE EXTINCION DE LA ACCION PENAL:

Reconoce la ley penal como causas que extinguen la acción: a).- la muerte del inculcado, b).- la amnistía, c).- el perdón del ofendido; y d).- la prescripción.

##### A).- Extinción de la acción penal por muerte del inculcado:

El artículo 91 del Código Penal del Distrito Federal establece que la muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieran impuesto, a excepción de la reparación del daño, y el decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él.

Ante el caso de muerte del delincuente, se presenta la imposibilidad de aplicar la sanción correspondiente, esta situación la contempla la ley penal del Distrito Federal en su artículo 91 como causal que extingue la acción penal; sin embargo, nos dice el maestro Rivera Silva, que: "... La que en verdad desaparece es la aplicación de las sanciones, exceptuándose la reparación del daño y el decomiso de los instrumentos y objetos del delito... a pesar de lo expresado por la ley... que en caso de muerte del delincuente ... se extingue la acción penal... se puede asegurar -dice Rivera Silva-: No se extinguió la acción penal; ésta y su ejercicio existieron, pues de otra manera sería imposible explicar la subsistencia de la reparación del daño y el decomiso con su calidad de penas públicas; solo teniendo la acción y ejercitándola se puede desembocar en un castigo. Por tanto, lo único que desaparece con la muerte del delincuente ya condenado, es el derecho del ejecutivo de hacer efectivas algunas sanciones. Sólo

fallece la acción penal y en consecuencia su ejercicio ( Acción Procesal Penal ) cuando la muerte sobreviene antes de que haya sentencia ejecutoriada, sin influir esta situación en las acciones de carácter civil..." (9)

"... Las actuales legislaciones recogen un antiguo principio ya enunciado por el Derecho Romano como regla general: crimen extinguitor mortalitate, porque, como lo dice Pessina, si la justicia penal debe obrar sobre el delincuente, faltando esta individualidad, falta el sujeto sobre el que la pena debe caer, y al hacer imposible la aplicación de la ley penal, se extingue la acción penal o la pena que se haya impuesto. La muerte del delincuente o del autor del hecho enjuiciable extinguen, así, la pena o la posibilidad de perseguir el hecho, lo que, además recoge nuestra Constitución Política en la parte final del primer párrafo del artículo 22, puesto que ahí se prohíbe la imposición de penas trascendentales que en este sentido tiene que ser entendido como lo que se propaga a personas ajenas al delincuente. Recuérdese que en otras épocas podía enjuiciarse y aun condenarse y ejecutarse la sanción impuesta, tratándose de personas muertas (existió en la edad media la llamada damatio memoriae, que admitía la condena en efígie y la quema de cadáveres en vía de ejecución de sanciones), pero en la actualidad esa barbaridad legal ya ha sido totalmente superada y así lo vemos consignado en el artículo 71 del Código Penal que establece que la muerte del delincuente extingue la acción penal y la sanción impuesta. Es obvia la razón y fundamentación de esta causa de extinción, sin una persona hacia la cual encaminar finalmente al Derecho Penal; este carece de contenido; sin delincuente no hay delito ni posibilidad de cumplir las metas que corresponden a la pena..." (10)

"... Algunas legislaciones establecen que la muerte del delincuente es causa de la extinción de todas las penas impuestas: more omnia solvit. Otras mantienen vivas las penas pecuniarias. El artículo 71 del Código Penal sólo algunas: la reparación del daño y el decomiso de los instrumentos y objetos materiales de él. Pero en cuanto al derecho de acción y al de ejecución, quedan extinguidos según el artículo comentado..." (11)

Carranca y Trujillo-Rivas, aportan las siguientes hipótesis de extinción de la acción y de la ejecución de penas:

1a. Que el procesado fallezca en el curso de su proceso y antes de que él se dicte sentencia...se extingue aquí la acción penal...no se hace pronunciamiento alguno sobre la reparación del daño, sin perjuicio de la acción civil que corresponda.

9.- Op. Cit. p. 60.

10.- Vela Treviño, Sergio. Op. Cit. pp. 27, 28. Cfr. Pessina (Elementos de Derecho Procesal Penal), Madrid España 1936. ed. Reus. 4a. edición p. 682, 683.

11.-Carranca y Trujillo, Raul - Carranca y Rivas Raul. " Código Penal anotado" México 1971. Ed. Porrúa, 3a. edición. p. 270.

2a. Que fallezca el reo habiéndose dictado sentencia condenatoria, la cual esté tramitándose en grado de apelación; caso en el que la solución es igual a la hipótesis anterior.

3a. Que fallezca el reo sentenciado por sentencia ejecutoria, estando en curso el cumplimiento de su pena; en este caso se extingue el derecho de ejecución penal.

B).- La extinción de la acción penal por medio de la amnistía:

La amnistía, ha sido considerada como una de las formas más antiguas que se conocen para extinguir la acción penal y las sanciones, por parte de las personas que ejerce el poder gubernativo que le concede a un individuo determinado o a quienes han participado en la comisión del delito. En nuestro medio, esta institución está prevista en la fracción XIII del artículo 73 Constitucional en el sentido de que: sólo puede ser concedida por el congreso de la unión y por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la federación.

El Código Penal para el Distrito Federal ( artículo 92 ), establece que mediante la amnistía, se extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola; y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito.

La amnistía opera bajo la influencia de elementos de orden filosófico y de orden práctico y político ( ampliándose así, de alguna manera, el concepto de utilitatis causa ). La sedición, la rebelión, el motín y la conspiración para cometerlos, son delitos considerados como políticos; por lo que la ley de amnistía ( aplicándose esta sólo a los delitos políticos ) obedece al anterior concepto en cuanto a los delitos de sedición y rebelión en grado de invitación.

En México, conforme al texto de la iniciativa de Ley (Ley de amnistía mayo/20/76), se decretó amnistía para las personas contra las que se ejerció acción penal por los delitos de sedición o invitación a la rebelión del fuero federal y por resistencia de particulares, en el fuero común del Distrito Federal, así como por delitos conexos con los anteriores, cometidos durante el conflicto estudiantil de 1968.

La amnistía, se aplica a los delitos políticos y es un acto de Justicia contra la injusticia. La amnistía invoca una especie de Justicia extralegal y hasta superior a la ley. Se trata de una Justicia humana ( mejor dicho humanizada ) que pretende corregir o evitar las injusticias reales de la estricta y rigurosa aplicación de las disposiciones del Derecho.

"... La amnistía, no sólo procede para aquellos delitos llamados políticos, también puede tener aplicación, dado el caso, a infracciones de carácter federal, dentro de las cuales no cabría considerar los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida. En consecuencia, tomando en cuenta la naturaleza propia de la amnistía, ésta no incluye los delitos del fuero común, y no es de estimarla como un medio de extinción del derecho de querrela..." (12)

"... La amnistía es causa de extinción tanto del derecho de acción (amnistía propia) como del derecho de ejecución penal (amnistía impropia), con excepción de la reparación del daño, que debe ser hecha efectiva. La amnistía borra toda huella del delito y se aplica a los delitos políticos..." (13)

C).- El perdón como causa de extinción de la acción penal:

El perdón del ofendido o el legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal, respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

Para que el perdón extinga la acción penal, debe otorgarse incondicionalmente, o sea que debe ser absoluto, pues de lo contrario no surtiría efecto alguno y se consideraría como una simple promesa.

En determinados ilícitos de querrela, además del perdón, se exige ciertos requisitos; por ejemplo en el delito de abandono de familia tendrá el inculpaado que pagar todas las cantidades que hubiere dejado de administrar por concepto de alimentos y garantizar que en lo sucesivo pagará lo que le corresponde. En los casos de estupro y rapto, se extingue, además del perdón, por el matrimonio entre el sujeto activo y pasivo, sin embargo para el caso de rapto el reclamarase nulo el matrimonio, la acción penal resurge, por lo que en esta situación se considera que en vez de constituir extinción de la acción penal, constituye una interrupción en su ejercicio.

Algunas leyes y autores consideran que el perdón extingue la pretensión punitiva en favor de todos los participantes en el ilícito, como lo determina explícitamente el Código Penal para el caso de adulterio, aún cuando sólo se otorgue a uno de ellos. Se apoya esta solución en la indivisibilidad de la acción penal y en el hecho de que, una vez elaborado por el ofendido su interés de perdonar, resulte predominante sobre el interés estatal en perseguir al delito, pues no tiene caso que el Estado sancione a los demás participantes.

12.- Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 253.

13.- Carranca y Trujillo - Rivas. Op. Cit. pág. 272.

Otra opinión sostiene que el perdón beneficia, por su carácter excepcional en cuanto a la persecución de los delitos, solo a la persona señalada en el acto del otorgamiento.

El perdón como causa extintiva de la acción penal, solamente podrá operar como tal después de que la acción sea ejercitada por el Ministerio Público y, en consecuencia, solamente podrá ser otorgado ante el juez, pues las diligencias de averiguación previa, iniciadas con referencia a un delito perseguible por querrela de parte se archivarán definitivamente con un simple desistimiento del querellante.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón solo podrá surtir efectos por lo que hace a quien le otorga. El perdón solo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, al menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiesen obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiarían a todos los inculcados y el encubridor.

Para el caso de que el perdón se otorgue durante la averiguación previa, doctrinariamente se sintetizan los siguientes criterios:

1°.- Con el perdón se termina la actividad preparatoria de la acción procesal penal y en consecuencia no puede hacerse la consignación.

2°.- El Ministerio Público no puede resolver sobre la extinción de la acción penal, porque el único capacitado para dictar el derecho es el Órgano Jurisdiccional y la resolución correspondiente le es propia y exclusiva, en consecuencia el Ministerio Público ante el desistimiento de la querrela en la averiguación previa, al faltarle el requisito de procedibilidad debe archivar su asunto; y en caso de que hubiese persistido la querrela y con ello ejercitara acción penal, y luego apareciera que en el procedimiento se otorgue el perdón, entonces el Órgano Jurisdiccional declara el derecho y procede a declarar extinguida la acción penal.

"... Sin entrar al análisis de si técnicamente procede o no la consignación, creemos -dice Rivera Silva- que por economía procesal y por atención a la exigencia de la pronta administración de justicia, el Ministerio Público, en los casos de perdón de delitos que se persiguen a instancia de parte, debe resolverse lo conducente..." (14)

Debemos distinguir que no cabe equiparación alguna entre el perdón y el consentimiento del ofendido por el delito. Para el primero ya se estableció que es una forma de extinción de la acción penal, respecto de los delitos perseguibles a instancia de parte,

14.- Op. Cit. pp. 126, 127.

previa cumplimentación de ciertos requisitos tanto objetivos como legales, aunado con la aceptación del perdón que el inculcado exprese. En cuanto al consentimiento, este fue objeto de duda y de práctica anormales, pues llegó a entenderse como causal del aspecto negativo del delito, con efectos tendientes a destruir la anti-juridicidad del tipo. Decimos que fue motivo de duda, porque antes de las reformas a la codificación penal del Distrito Federal, hechas al artículo 93, en el año de 1984, el capítulo III del título V, libro primero, se contemplan como causal de la extinción de la acción penal "El perdón y el consentimiento del ofendido".

"... Para cualquier observador atento debe saltar a la vista -dice Vela Treviño- que en el enunciado de la fracción III del artículo 93 del Código Penal del Distrito Federal (refiriéndose a las reformas de 1984), se ha omitido el llamado Consentimiento del ofendido... la razón de esta omisión se encuentra en el hecho de que el llamado consentimiento del ofendido, no tiene relación alguna con el rubro general del título como 'Extinción de la responsabilidad penal', sino de que se trata de un problema relativo a los casos de inexistencia del delito, por afectación de algunos de los elementos integrantes del propio delito..." (15)

Las reformas y adiciones al citado Código Penal del Distrito Federal fueron promulgadas el 30 de diciembre de 1983, publicadas en el diario Oficial el 13 de enero de 1984, entrando en vigor el 12 de abril. Entre otras reformas, destaca a nuestros intereses, la relativa al artículo 93, el cual anteriormente decía:

"... El perdón o el consentimiento del ofendido extingue a la acción penal cuando ocurran estos requisitos:

- I.- Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrela;
- II.- Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público; y
- III.- Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca este ante la autoridad como legítimo representante o por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto, por tutor especial que designe al Juez que conoce el delito..."

El artículo 93 en vigor establece.- El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del

delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El Doctor Gustavo Malo Camacho, comenta esta reforma y nos dice: "... El artículo 93 reformado, expresa que el perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue a la acción penal, respecto de los delitos perseguidos por querrela, para agregar que operará siempre que se conceda hasta antes de pronunciarse sentencia de segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento... Se incorpora que, una regulación de la materia que es más humana y técnica que la preexistente, que limitaba su otorgamiento sólo hasta antes de ser formuladas las conclusiones, se consignaba en un texto menos claro y no consideraba la opinión del sentenciado... en relación con el perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, además de las dos más importantes modificaciones que se informan, consistentes a la posibilidad de su concesión hasta antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y al que su actuación se supedita a que el reo no se oponga a su otorgamiento, toda vez que la realidad procesal permite observar que no es extraño el caso en que el reo no está de acuerdo con su otorgamiento, se agregan, así mismo, otras disposiciones más en los dos párrafos subsiguientes del propio artículo 93: ‘Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga’. ‘El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor.’ (16)

En conclusión el perdón judicial, es la remisión por el órgano jurisdiccional de la sanción impuesta al infractor de acuerdo con la autorización al efecto otorgado, con carácter general, en la legislación penal aplicable, en la atención a la poca gravedad del caso y a la escasa peligrosidad del reo.

El perdón judicial se ha dicho que en cuanto va precedido de una declaración de culpabilidad, constituye, en verdad, una sanción de carácter moral. (17)

D).- La prescripción como causa de extinción de la acción penal:

Hemos visto ya que la acción penal se extingue por suerte del inculcado, por amnistía y por perdón del ofendido. A

16.- "La Reforma Jurídica de 1983 en la administración de Justicia" Procuraduría General de la República, México 1984. La Reforma de 1984 al Código Penal; Algunos comentarios, pag. 295, 296 - 326, 327.

17.- Cfr. De Pina, Rafael. Op. Cit. p. 302.

continuación habremos de referirnos únicamente a la prescripción propia de la acción penal, apartándonos de la prescripción de las penas ya que estas corresponden a la extinción de la pretensión punitiva estatal, que como ya se ha establecido es completamente distinta de la acción penal y de la acción procesal penal.

La prescripción de la acción persecutoria está condicionada al transcurso del término medio de la sanción que corresponde al delito imputado por el Ministerio Público, y no al monto de la sanción que como consecuencia del ejercicio de la acción penal, se impone. Tal prescripción produce sus efectos aunque no la alegue como excepción el acusado, y los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso. Si el caso se diere durante la averiguación previa, el Ministerio Público estará atento a las circunstancias, y en lógica de la procuración del derecho tendrá que determinar el archivo del asunto.

"... Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y la duración de ellos se señala en los artículos 104 a 107 del Código Penal. Se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere consumado; desde cesó, si fuere continuo (permanente), o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución, si se tratare de tentativa ( artículo 102 del Código Penal ). No alude este precepto al delito continuado, pero como éste no existe en nuestro Código, tampoco existe realmente una omisión por parte del citado artículo 102, habrá pues, que considerar cada acto discontinuo como un delito independiente para el cómputo del término de prescripción, salvo que aceptemos, como lo ha hecho la doctrina, la continuidad delictiva..." (18)

"... El artículo 112 del Código Penal contempla una causa mixta susceptible de suspender o interrumpir el término de prescripción. En efecto, la declaración previa de la autoridad a que hace referencia dicho precepto legal, opera, por regla general, como causa de suspensión, pero el ejercicio de la acción se condiciona precisamente a esa declaración y excepcionalmente, en el caso de que ejercitada la acción e iniciado el procedimiento se observara la ausencia de aquella para obtener tal declaración se hagan, obrarán con el carácter de causa interrumpida que les da el citado precepto..." (19)

"... La acción penal o acción persecutoria es uno de los conceptos fundamentales en materia de procedimiento penal; sin embargo, es también uno de los más controvertidos y polemizados en la doctrina. No es nuestra intención abordar los múltiples problemas que el concepto de acción penal nos plantea; solo deseamos dejar establecida dos cuestiones, por su relación estrecha con el tema de la prescripción: la primera es que entendemos que la acción penal es un

18.- Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. p. 24.

19.- Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. pp. 25, 26.

monopolio que nuestra Constitución ha puesto en manos del Ministerio Público ( Artículo 21 ) salvo discutibles casos de excepción que pudieran plantearse en relación con responsabilidad oficiales; y la segunda es que sin acción penal ejercitada por su titular monopolístico, los tribunales penales, encargados de administrar justicia penal en los casos concretos, no tienen posibilidad alguna de llevar a efecto su función jurisdiccional. La fijación de estas cuestiones, que no implican en forma de posiciones a nivel doctrinario, sino aceptación de una situación clara desde el punto de vista de nuestro sistema penal, nos permite abordar el tema de la titularidad de la declaración de prescripción de la acción penal haciendo una discriminación en cuanto a la vida misma de la acción, es decir, plantear la posible titularidad atendiendo a que la acción persecutoria aun no haya sido ejercitada o considerando que ya se realizó el acto que implica el ejercicio de la propia acción persecutoria..." (20)

"... Como es manifiesto en lo que hemos expuesto y en la tesis antes transcrita tenemos que hacer referencia a dos etapas: una durante la cual se prepara el posible ejercicio de la acción y otra en la que ya se surtió su propio ejercicio. Ahora bien, si reconocemos que el titular monopolístico de la acción penal lo es el Ministerio Público y que a él mismo corresponde por mandato constitucional ( artículo 21 ) la investigación de los hechos con apariencia de delitos y la persecución de ellos para efectos de su calificación final por la autoridad judicial, es claro que todo lo que en exclusividad le es propio al Ministerio Público como entidad en esta etapa, sea motivo de titularidad de su parte para realizar las declaraciones que procedan, siempre que la ley no las haya dado expresamente a una autoridad diferente. Con lo anterior queremos significar que durante la llamada etapa de investigación, o de averiguación previa cuando aun no se ha ejercido la acción penal, el Ministerio Público es el titular del derecho para declarar la prescripción de la acción persecutoria, sin violar ningún derecho, ley o principio..." (21)

El Ministerio Público no es una institución encargada por la ley únicamente de ejercitar la acción penal ante los tribunales competentes; en múltiples ocasiones, a pesar de ser el monopolista de la acción persecutoria, el Ministerio Público no la ejercita, porque encuentra alguna limitación o impedimento legal, o porque razones de orden político hacen aconsejable que no se realice el acto formal del ejercicio de la acción penal.

Durante toda esa etapa del procedimiento en la que el Ministerio Público es la autoridad que investiga y persigue los hechos aparentemente delictuosos, no existe intervención de alguna autoridad diferente, y los medios para controlar la actividad del

20.- Vela Treviño, Sergio. Op. Cit. p. 95.

21.- Iden. pp. 95 - 96.

propio Ministerio Público no rebasan, sino por excepción, su esfera interna; es poco, por ejemplo, lo que una autoridad judicial puede hacer ante el Ministerio Público, si no se ha ejercitado la acción penal; ahora bien, entre las razones por las que la acción persecutoria puede dejar de ejercitarse está, justamente, la prescripción. Pongamos como situación hipotética la siguiente: en etapa de averiguación previa, el Ministerio Público investiga y prueba con suficiencia la existencia de un hecho presumiblemente delictuoso o imputable a un sujeto determinado; al proceder a formular la consignación, analizando como debe ser, el momento consumativo, se encuentra que ha corrido ya el término necesario para la operación de la prescripción. Como consecuencia, no solamente se abstiene de la consignación, sino que resuelve en orden a la prescripción, porque es el titular de tal facultad en la etapa que mencionamos.

#### 4.2.2.- CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PROCESAL PENAL:

Son causales de su extinción: el desistimiento de su ejercicio, la extinción de la acción penal misma por cualesquiera de sus respectivos motivos y por sentencia ejecutoriada.

Respecto al desistimiento de la acción penal, nos refiere Pérez Palma: "... ya se ha dicho, pero lo repetiremos: el Ministerio Público carece de derecho para desistirse de la acción penal que hubiere intentado; así parece y resulta de la lectura de todas y cada una de las fracciones del artículo 30. del Código de Procedimientos Penales (Distrito Federal), pero en cambio, si tiene facultad para pedir al juez la libertad de algún acusado, cuando este proceda, lo que equivale al desistimiento de la acusación respecto de una persona determinada. En este caso el juez estará en aptitud de decretar el sobreseimiento del proceso en relación de esa persona y su resolución hará las veces de una sentencia absolutoria, que ponga en fin al juicio exclusivamente respecto de dicha persona, ya que deberá quedar abierto en relación a otros responsables..." (22)

En cuanto a la extinción de la acción penal, al aparecer dentro del proceso la concurrencia de cualquiera de sus causales ( suerte del inculcado, amnistía concedida por el Estado, por perdón del ofendido y por prescripción de la acción penal ), el juez, sin esperar la petición de parte, oficiosamente, debe decretar el sobreseimiento de la causa, mediante resolución debidamente fundada y motivada. Esta determinación judicial tendrá también los efectos de una sentencia absolutoria que ponga término al proceso y permita al inculcado recuperar su plena y absoluta libertad.

La sentencia ejecutoriada como causal del término del proceso penal, -decimos nosotros, extinción de la acción procesal penal- es el fin supremo del proceso y el acto con el que de manera natural, se pone término a la contienda jurisdiccional. "...se llama así, de conformidad con el vocablo latino sentiendo, porque en ella el juez expresa lo que siente, de acuerdo con lo que resulte del proceso. En ella se podrá absolver, o condenar a la pérdida de la vida, de la libertad, de las propiedades, posesiones o derechos, dada aplicación y realización a los mandatos de la ley, y satisfacción a las exigencias, privadas y públicas, que significan el ejercicio de la acción...Defínese la como se la defina, considéresele como se le quiera considerar; lo cierto es que, y en ello están de acuerdo todos los autores, consiste en el acto del órgano jurisdiccional en que este emite su opinión respecto a las pretensiones de las partes y pone fin a la controversia...después de pronunciada la sentencia, si esta fuera condenatoria, todo podrá suceder; que el sentenciado comparezca a la pena impuesta, y que pague la reparación del daño; o que eludan el cumplimiento de la sentencia, alejándose del alcance de las autoridades ya sea ausentándose o evadiéndose y fugándose, o que comparezca la pena corporal y eludan el cumplimiento de las sanciones económicas. Las autoridades disponen de acciones para obligar al cumplimiento de la sentencia y de no lograrlo, por el transcurso del tiempo, podrán prescribir las penas impuestas. Podrá también ocurrir que el sentenciado sea indultado conforme al Código Penal o que sea rehabilitado en sus derechos en los términos del mismo ordenamiento. Pero cualquiera que sea la contingencia que ocurran en el cumplimiento de la sentencia, el reo, para efectos constitucionales, habrá de ser considerado como definitivamente juzgado.." (23)

#### 4.3.- EL SOBRESEIMIENTO COMO ACTO EN EL QUE CULMINA LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

Se entiende por sobreseimiento el acto de cesar un procedimiento, y por tanto, aplicada esta idea a la materia penal, se entenderá como tal, la cesación o cese de una causa o proceso de esta clase; en consecuencia, el auto que declara extinguida la acción penal produce como efecto directo el sobreseimiento.

Del latín supercedere, significa cesar. Es un acto procesal proveniente del titular del Órgano Jurisdiccional penal competente, por el cual emite una manifestación, algunas veces anormal, concluyendo definitivamente el proceso y en otras suspende temporalmente su desarrollo, sin absolver o condenar al inculpado.

En materia penal es el pronunciamiento jurisdiccional que impide definitiva o provisionalmente la acusación, en

consideración a causales de naturaleza sustancial expresamente previstas en la ley. En nuestro caso, por ejemplo con la muerte del inculcado, amnistía, perdón del ofendido en tratándose de ilícitos de querrela; por prescripción, tanto de acción, como de penas; por extinción de la acción penal misma; y por sentencia ejecutoriada, y entre otras por presentarse conclusiones no acusatorias confirmadas por el Procurador.

De un modo más estricto, el sobreseimiento, es la terminación definitiva del procedimiento, por medio de una resolución distinta de la sentencia.

"... Para unos la resolución que sobresee un procedimiento judicial es un auto; para otros, es una sentencia interlocutoria. Las Leyes Procesales Mexicanas, por lo general, no aceptan la división de las resoluciones en decretos, autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas; sino que unas dividen las resoluciones en autos y sentencias y otras agregan los decretos; por lo tanto, la resolución que decreta el sobreseimiento de un procedimiento judicial es un auto, por no aceptarse el nombre de sentencias interlocutorias..." (24)

En México, donde no existe el sobreseimiento provisional, sino sólo el definitivo -dice García Ramírez-, consiste en una resolución jurisdiccional, diversa de la sentencia, que pone término a la instancia con absolución del inculcado. Sus efectos, son los mismos de una sentencia absolutoria definitiva. (25)

"... En el procedimiento federal, la extinción de la responsabilidad penal, rubro bajo el cual incluye el código la extinción de la acción penal origina el sobreseimiento, en los términos de la fracción III del artículo 298 del código federal de Procedimientos Penales. En el Procedimiento común, no existe, en cambio, precepto alguno relativo a la extinción de la acción penal, pero la concurrencia de una causa origina, desde luego, el sobreseimiento, toda vez que el proceso no pueda existir sin acción..." (26)

---

24.- Borja Osorno, Guillermo. Op. Cit. p. 471

25.- "Curso de Derecho Procesal Penal" México 1974. Ed. Porrúa. p. 433.

26.- Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. p. 23.

#### 4.4.- LA EXTINCION DE LA ACCION PENAL E IRREGULARIDADES DE SOBRESSEIMIENTO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MEXICO

La legislación penal del Estado de México, en vigor a partir de 1986, consigna en su artículo 92 de la Ley Sustantiva, el derecho de declarar extinguida la acción penal, respecto de los delitos perseguibles por querrela necesaria, previo perdón del ofendido y aceptación del mismo por parte del inculcado aunado con la cumplimentación de ciertos requisitos; sin embargo, NO existe reglamentación alguna para declarar extinguida la Acción Penal, pues por una parte el Código Sustantivo declara el derecho, y por la otra, en el Código Adjetivo se omite el mecanismo a seguir, luego entonces no existe un procedimiento idóneo para su tramitación.

Con anterioridad a la reforma jurídica y aun después de ella, ha sido a través del Sobreseimiento la forma en que se declara extinguida la acción penal, por lo que los tribunales proceden a fundamentar su resolución de sobreseimiento en tratándose de los delitos querellables, en la fracción III del artículo 296 del Código Procesal, argumentando por igual, que tal fallo alcanza los efectos de Sentencia Absolutoria con la fuerza legal de Cosa Juzgada. Sin embargo, tal proceder es incorrecto y al mismo tiempo es necesario por la falta de técnica jurídica que determine su procedibilidad.

Es incorrecto porque el sobreseimiento que se funda en la fracción III del artículo 296 del Código de Procedimientos Penales, refiere la Extinción de la RESPONSABILIDAD Penal, y cosa distinta es declarar extinguida la ACCION Penal, la cual fue motivo original para pedir la procedencia del quejido, pero resulta que también es necesario por la falta del precepto legal que determine, que también es causal de Sobreseimiento el perdón del ofendido legalmente cumplimentado, al igual que las demás causales que extinguen la acción penal.

En nuestra opinión, la responsabilidad penal no se extingue con el perdón, en su caso, queda exenta, al igual que en otros supuestos, lo que se extingue es la pretensión punitiva; y si bien es cierto que al extinguirse ésta última queda sin efecto la acción penal; también lo es que debe existir fundamento legal exactamente aplicable al caso concreto para de esta manera, contar con la posibilidad de interponer recurso de apelación, lo que actualmente no es posible.

La responsabilidad penal no se extingue, y aún cuando concurren causas excluyentes de incriminación o de imputabilidad, queda exenta, quien se extingue es la pretensión punitiva, la cual ocasiona que el ejercicio de la acción penal cese por dejar de satisfacer las condiciones de procedibilidad, o sea, que el procedimiento queda suspendido por concurrir en él obstáculos, cuestiones prejudiciales o determinaciones propias de la ley como la suerte del inculcado, perdón del ofendido, amnistía o prescripción.

En este sentido, al no probarse la responsabilidad penal, no puede decirse que, se extingue, pues no puede extinguirse lo que no existió. Por otra parte, si la responsabilidad penal se comprobó, puede suceder que en el procedimiento quede sin efectos, pero sólo podrá suceder cuando exista desistimiento de la acción penal; o bien por determinación expresa de la pretensión punitiva (amnistía, indulto, etcétera).

En consecuencia, para que se declare sin efectos la responsabilidad penal, se presupone forzosa que exista desistimiento de la acción; al otorgarse el perdón del ofendido en tratándose de ilícitos de querrela, procede el desistimiento y en consecuencia se extingue, y con ella la pretensión punitiva y con esta última la responsabilidad penal queda exenta de toda pena.

Al respecto del desistimiento del ejercicio de la acción penal, cabe recordar que el principio de legalidad obliga al Ministerio Público a ejercitar esa acción cuando se ha acreditado el cuerno del delito y demostrado la presunta responsabilidad del autor de ese delito; sin embargo, el principio de la oportunidad, lo libre de esa obligación, se entienden que le es permisible abstenerse de ejercitar acción penal cuando el interés público se antepone a ese ejercicio. En México, conforme a estricto derecho, la procuración de justicia debe regirse constitucionalmente por el principio de legalidad y no ha cabido para el principio de oportunidad, por ello que se ha insistido mucho en que se otorgue capacidad al Ministerio Público para desistirse del ejercicio que de ella hubiere ocasionado al Órgano Jurisdiccional.

Además, que en el Estado de México, el Ministerio Público siempre ha estado facultado para desistirse de la acción penal, y hasta antes de las nuevas reformas al Código Adjetivo, se contemplaba en su artículo 171 en relación con el 169 Fracción III, la base legal para que el Ministerio Público se desistiera de la Acción Penal, cuando apareciera plenamente comprobado en autos que no debería proseguirse con su ejercicio; y si el caso se daba durante la Averiguación Previa, entonces no se ejercitaba, o por el contrario, se entendía claramente que ya ejercitaba y si las condiciones de procedibilidad habían dejado de tener fuerza legal por desistirse de la Querrela, entonces también lógicamente debía el desistimiento de continuar con el ejercicio de la Acción Penal. La entonces Ley en esta forma establecía fundada y motivadamente y, extinguida en forma legal, como se dice a la vez para que se otorgase en la Fracción III del artículo 169 Poderes de Representación Previa en averiguación con el 171, 169 y 171, en esta forma quedaban expresamente con los efectos de Sentencia Absolutoria y de Cosa Juzgada.

Resulta que con la Nueva Ley Penal y con las reformas hechas a la Ley Adjetiva, se han restringido al Ministerio Público, los casos en que puede desistirse de la Acción Penal; anteriormente podía desistirse cuando la acción se encontraba extinguida legalmente; ahora, conforme a su artículo 171, sólo puede hacerlo cuando, del procedimiento resulta que los hechos no son

constitutivos de delitos y cuando durante el procedimiento judicial aparezca plenamente comprobado en autos que el inculcado no ha tenido participación en el delito que se persigue, o que exista en su favor alguna excluyente de imputación; pero solamente por lo que se refiere a quienes se encuentran en estas circunstancias. Lamentablemente, en el citado artículo se omitió señalar los casos de amnistía, prescripción, muerte del inculcado y perdón del ofendido, lo cual hubiese sido exacto y definitivo para los fines y efectos del proceso penal.

Parece ser que desistiese de la acción penal cuando ésta se encuentra legalmente extinguida, sea una aberración, algo ilógico, pero lo cierto es que bien puede haber su desistimiento cuando esa acción se encuentra en ejercicio y ni el procesado o el juez se percatan de ello, más de las veces solo el Ministerio Público sabe o se percató de esa situación, pero por no exhibirse, deja que la acción siga su curso anteponiendo al derecho con la justicia.

Mediante el artículo 171 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, se da oportunidad al Ministerio Público para corregir sus propios errores; pero aun en el supuesto de que no haga el pedimento de libertad de un acusado, sea porque apareciera plenamente acreditada alguna circunstancia excluyente de responsabilidad, o porque se probare que el delito no existió, o porque hubiere amnistía, indulto, prescripción o perdón del ofendido, los jueces, de oficio, están obligados a decretar la libertad... En estas condiciones, el Ministerio Público confiere el problema de libertad al Juez, para no exhibirse o para reconocer el error en que incurrió, o para no perder tiempo en la consulta al Procurador.

Concluimos por lo anterior que el artículo 92 del Código Sustantivo faculta al juzgador para declarar extinguida la Acción Penal (posiblemente con apoyo en lo establecido por los artículos 10. Fracción IV, 34, 409 fracción II y 429 del Código Adjetivo), sin embargo, tal proceder no es del todo correcto, pero admitimos que es operante al no existir otro medio. Por otra parte y, para que el Juzgador pueda legalmente declararla extinguida, es presupuesto forzoso que el Ministerio Público se desista de la prosecución de la Acción Penal, y satisfecho que sea este requisito, entonces se podrá fundada y motivadamente, declararse en forma legal que la Acción Penal se ha extinguido.

Conformarnos con que se equipare la extinción de la responsabilidad penal con la extinción de la acción penal, implica que la oficiosidad de sobreseer sea irregular porque repercute en la ausencia de fundamento para interponer recurso de apelación.

El hecho de que se declare extinguida la acción penal y se proceda a sobreseerla en la forma referida, ocasiona que se cometan violaciones al procedimiento, simple y sencillamente porque no existe fundamento alguno para decretar su procedibilidad, porque, como ya se dijo, repercute para la Representación Social Adscrita al momento en que si bien son detectadas ciertas anomalías, se le impida legalmente interponer Recursos de Apelación, pues ninguno de los

supuestos del artículo 306 del Código Adjetivo (de la apelación), se tiene la base legal para fundarlo o interponerlo, aun más, ni siquiera encaja dentro de las diversas alternativas de la Fracción II del referido numeral, pese a que habla de que son apelables los autos de sobreseimiento en los casos de las Fracciones II, IV, VII y VIII del artículo 296 del mismo Código (Desistimiento de la Acción Penal; o cuando el hecho no es delictuoso; o bien en el caso de las Fracciones VII y VIII, cuando no se reúnen los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución Federal).

Por lo que entonces, para dar el trámite legal correspondiente ES NECESARIO DETERMINAR LOS MECANISMOS QUE HAN DE SEGUIRSE PARA DECRETAR LA PROCEDIBILIDAD DEL SOBRESEIMIENTO motivado por la declaración de la extinción de la Acción Penal y, evitar así del mismo modo que se cometan violaciones procesales e irregularidades propias y en cambio pugnar por hacer efectivo el Derecho que a las partes corresponde.

## CAPITULO V "CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS"

- 5.1.- De las teorías de la acción.
- 5.2.- Del término "acción".
- 5.3.- Del concepto de acción penal.
- 5.4.- De la problemática que reviste el sobreesimiento de la extinción de la acción penal en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México.
  - 5.4.1.- La vía incidental como alternativa regular.
  - 5.4.2.- La reforma jurídica como solución práctica.

## "CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS"

### 5.1.- DE LAS TEORIAS DE LA ACCION:

Considerando que:

La teoría clásica concibe a la acción como el derecho reaccionando contra la violación.

La teoría de la tutela concreta establece que la acción es un derecho subjetivo público dirigido contra el Estado, a efecto de obtener la tutela jurídica, se establece además que lo que nace de la violación de un derecho, es una pretensión que se transforma en acción cuando se hace valer en juicio.

La teoría del derecho a la jurisdicción, nos dice que la acción es el poder jurídico de acudir al órgano jurisdiccional para reclamar la satisfacción de una pretensión; la acción es el poder de hacer valer la pretensión.

En la teoría del derecho potestativo, la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional.

Para la teoría de la instancia proyectiva, la acción es una actividad constante que mantiene vivo y dinámico al proceso a través de la trilogía procesal; es una hipótesis normativa que regula el proceso.

En la teoría del derecho abstracto de obrar, la acción es un derecho subjetivo público, del ciudadano para con el Estado; tiene por objeto la prestación de la actividad del órgano jurisdiccional para la eliminación de los obstáculos que pudieran oponerse a la realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo; la acción es una relación de derecho público entre las partes y el juez. Es la facultad de delucir la demanda judicial.

Se concluye:

Las teorías modernas, como punto de partida establecen que la acción es distinta al derecho sustantivo; sin embargo cada teoría moderna, al analizar el referido punto, tiende a dividir su criterio y, es así como surgen nuevos elementos en su conceptualización, que hacen resaltar cualidades y efectos propios. Por ello, se insiste en conceptualizarla como un derecho subjetivo público, como un derecho a la tutela jurídica, como un derecho a la jurisdicción, etcetera; lo cierto es que coinciden en la autonomía de la acción y se refieren a la prestación de la actividad del órgano jurisdiccional instaurado por el Estado, a efecto del tutelar el derecho por virtud de la preservación del bienestar social.

La diferencia entre las teorías clásica y modernas, reside en que la primera considera a la acción como un derecho que reacciona ante su propia violación; las modernas, explican que la acción es autónoma e independiente del derecho sustantivo que asiste al particular ofendido por la relación de esa violación. La objeción para la teoría clásica obedece a que desde el punto de vista jurídico procesal, no se puede definir a la acción como un derecho sustantivo, porque la acción es una forma de actualizar la inobservancia de aquél.

Se sugiere:

Que para el procedimiento penal, figuren las teorías del derecho a la jurisdicción, y del derecho abstracto de obrar como la base de su naturaleza jurídica; teorías que permitirán comprender también la justificación del Ministerio público, como representante de la sociedad y su instauración por el Estado por mandato constitucional.

### 3.2. DEL TERMINO "ACCION":

Considerando.- Que el concepto de acción, en términos jurídicos generales, ha sido motivo de polémicas que en vez de unificar criterios, los divide y provoca diversas teorías;

Se concluye.- Que el término "acción" provoca diferentes conceptualizaciones, porque sus exponentes lo analizan desde diferentes puntos de vista; unos desde el derecho en general, otros conforme al derecho sustantivo de la materia a que corresponde; algunos más, desde el campo del derecho procesal; y entre otros, los que se anticipan a considerar los efectos que producen los sujetos que en ella intervienen;

Se sugiere.- Que se defina en cada rama del derecho ( códigos correspondientes ), lo que por acción deba entenderse y los efectos que ha de producir específicamente en esa materia.

Para el Derecho Penal, sugerimos se conceptualice como la obligación del Estado de actuar ante la comisión de un delito y de pugnar por la preservación del orden social; y en consecuencia reconocerle la facultad de reprimir toda conducta punible.

Para el Derecho Procesal Penal, sugerimos se defina como la función pública del Estado delegada en el Ministerio Público, quien por obligación constitucional ( no facultad ) deberá representar los intereses de la sociedad en general, investido del poder necesario para perseguir delitos y delincuentes, a efecto de actualizar la pretensión punitiva estatal.

### 5.3. DEL CONCEPTO DE ACCION PENAL:

**Considerando.-** Que al conceptualizar lo que por acción debe entenderse, la doctrina nos señala diversos criterios; circunstancia que repercute en la dificultad por optar por un concepto que sea propio al derecho de procedimientos penales.

**Se concluye.-** Que la acción penal puede definirse con ciertos adjetivos, y puede decirse que es un derecho, una facultad, un medio, un poder, un acto, etcétera.

Concebiría en tales términos, sería comprensible porque nos ayuda a interpretar su íntima relación con el proceso en general. En este sentido, bien puede establecerse que es un derecho reaccionando contra la violación de un derecho privado; o también, que es un medio o acto para acudir al órgano jurisdiccional en demanda de un pretensión, o una facultad constitucional para reclamar del Estado la prestación de su actividad jurisdiccional. En este supuesto, la idea no parece clara y la aceptamos sin mayores complicaciones, estamos de acuerdo en ello, pero solo por lo que respecta del proceso en general.

Para el procedimiento penal nos vemos resueltos a aceptarla como una facultad constitucional, que provoca en quien ostenta su titularidad, la actividad investigadora tendiente al esclarecimiento de un hecho delictuoso y, haciendo uso del poder jurídico delegado por el Estado, promueve y excita la decisión del órgano jurisdiccional, pidiendo la actualización de la ley al caso concreto. En suma, es así como aceptamos y entendemos lo que es la acción penal.

Sin embargo, en nuestro Derecho Positivo Mexicano, se admite la Institución del Ministerio Público con perfiles y características propias, y pese a sus críticas, lo cierto es que ha mantenido y en la actualidad es quien ostenta la titularidad de la acción penal y ello nos obliga a que busquemos un concepto propio y adecuado que incluya a tal institución.

En la definición resultante, no podremos decir que la acción penal es un derecho, porque el Ministerio Público no ejerce derechos propios, sino ajenos, unos son del del ofendido por el delito, otros son del Estado; empero se admite que el Ministerio Público es titular del derecho de acción, más no del derecho que hará valer con la acción, como tampoco del derecho de la potestad punitiva, ésta es exclusiva del Estado.

En consecuencia y como no actúa por interés propio, debemos reconocer que se encuentra facultado constitucionalmente para representar los intereses sociales, y en el caso específico, los derechos del particular ofendido por el delito; luego, haciendo uso del poder jurídico de que se encuentra investido, provocará la

actuación del órgano jurisdiccional para que los intereses estatales, sociales y del particular ofendido sean satisfechos.

Se sugiere el siguiente concepto:

Acción penal es una función pública delegada por el Estado al Ministerio Público, quien la ejerce en representación del interés social, cuyos objetivos son la persecución de los delitos y de los responsables de su comisión para que se actualice la ley penal.

#### 5.4.- DE LA PROBLEMÁTICA QUE REVISTE EL SOBRESEIMIENTO DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MÉXICO"

Considerando:

La Legislación Penal del Estado de México, vigente a partir de 1986, ha consagrado en su artículo 92 de la Ley Sustantiva, el derecho de declarar extinguida la acción penal, respecto de los delitos perseguibles por querrela necesaria, previo perdón del ofendido y aceptación del mismo por parte del inculcado aunado con la cumplimentación de ciertos requisitos. Sin embargo, la acción penal es propia y exclusiva del Ministerio Público, en consecuencia y para que el Juzgador pueda legalmente declararla extinguida, es propuesto forzoso que aquél se desista de su ejercicio, y satisfecha que sea esta modalidad, entonces se podrá fundada y motivadamente, declarar que la Acción Penal se ha extinguido.

No obstante lo anterior, los Juzgados Penales del Estado de México, han pugnado por dar cumplimiento a la ley sustantiva y aunque carezcan de fundamento, justifican la extinción de la acción penal, apoyando su resolución en la fracción III del artículo 296 del Código procesal (Sobreseimiento), argumentado por igual, que tal fallo alcanza los efectos de Sentencia Absolutoria con la fuerza legal de Cosa Juzgada. Sin embargo, tal proceder es incorrecto y al mismo tiempo es necesario por la falta de técnica jurídica que determine su procedibilidad. Es incorrecto, porque el Sobreseimiento que se funda en la Fracción III del artículo 296 del Código de Procedimientos Penales, refiere la Extinción de la RESPONSABILIDAD Penal, y cosa distinta es Extinguir la ACCIÓN Penal, la cual fue motivo original para pedir la procedencia de aquél.

Se concluye:

La actual Ley Penal sustantiva Mexiquense otorga el derecho, para que se declare extinguida la acción penal en el caso anotado, pero la Ley Adjetiva es omisa respecto de la técnica que determine su procedibilidad, o sea, que no existe una reglamentación

idóneas para su tramitación; y por si fuera poco, con sus reformas dejó al Ministerio Público imposibilitado para desistirse de la Acción Penal cuando se otorga el perdón en los ilícitos de querrela.

Al otorgarse el perdón, debe proceder el desistimiento de la acción penal y en consecuencia su extinción, y con ella también la pretensión punitiva y la responsabilidad penal. De otra forma no puede extinguirse la responsabilidad penal.

Se sugiere:

Que se determinen los mecanismos que han de seguirse para decretar la procedibilidad del sobreseimiento motivado por la declaración de la extinción de la Acción Penal y, evitar así violaciones e irregularidades procesales. Al respecto nos permitimos proponer las siguientes:

#### 5.4.1.- LA VIA INCIDENTAL COMO ALTERNATIVA REGULAR:

Expuesta que ha sido problemática que reviste el sobreseimiento de la extinción de la acción penal, y concluida que fue en la forma tan irregular y costumbrista con que se desarrolla en nuestros tribunales, nos permitimos recordar, que debe seguirse la VÍA INCIDENTAL, o sea, que debe promoverse incidente no Especificando en términos del artículo 429 del Código Adjetivo, pidiendo en su caso hacer valer la aplicación del Nuevo Código Penal según lo dispone su artículo 2°. (si se trata de ilícito querrelable, debe invocarse al artículo 92 del Código Penal; o en su caso relacionar el artículo correspondiente a la causal específica de extinción de la acción penal), procediendo a invocar los numerales de la figura delictiva de que se trate, demostrando también en su caso las circunstancias atenuantes o agravantes que pudieran o no favorecerle, lo mismo que las probanzas que motiven su petición.

Con esto, se estará pidiendo que se declare extinguida la acción penal y que se sobresea la causa penal con efectos de sentencia absolutoria y con la fuerza de cosa juzgada.

Promovido lo anterior, el Juez/Juzgador tendrá que dar vista al Ministerio Público Adscrito, para que al hacer el análisis correspondiente, este como representante de buena fe, determine si ha lugar o no a manifestar el desistimiento de la acción penal, contestando en estos términos la Vista y solicitando a su vez, que se dé Vista al Ciudadano Procurador para que confirme o revoque tal desistimiento y en su caso de confirmación, entonces el Juez/Juzgador con fundamento en la fracción II del artículo 296 del Código de Procedimientos Penales, proceda fundadamente a sobreseer la causa penal con sus consabidos efectos. En caso contrario no habrá lugar al sobreseimiento y el procedimiento quedará suspendido indefinidamente.

#### 5.4.2.- LA REFORMA JURIDICA COMO SOLUCION PRACTICA:

Visto el procedimiento especial que ha de establecerse y forzosamente habrá de seguirse para dar cumplimiento exacto al derecho sustantivo y adjetivo, y considerando del mismo modo la prolongación de tiempo procesal y las repercusiones a que habrá de enfrentarse.

Consideramos pertinente se adicionen fracciones al artículo 296 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Mexico, Dicho artículo, actualmente establece:

Artículo 296. El Sobreseimiento procederá en los casos siguientes:

- I.- Cuando el Procurador General de Justicia formule o confirme conclusiones inculcatorias;
- II.- Cuando el Ministerio Público se desista de la acción penal;
- III.- Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida;
- IV.- Cuando no se hubiere dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y aparezca que el hecho que motiva la averiguación no es delictuoso o cuando estando agotada esta se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motiva;
- V.- Cuando habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos este agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión;
- VI.- Cuando este plenamente comprobado que en favor del inculpado exista alguna causa excluyente de responsabilidad;
- VII.- Cuando, con posterioridad a la consignación y antes de dictarse la detención o negada esta no se hallen reunidos los requisitos del Artículo 16 de la Constitución General de la República;
- VIII.- Cuando, con posterioridad a la libertad por falta de elementos para procesar se agote la averiguación sin reunirse los requisitos del Artículo 16 Constitucional.

LA SUBSERENCIA CONSISTE EN QUE SE ADICIONE LA SIGUIENTE FRACCION

Fracción IX.- CUANDO EXISTA EL PERDON DEL OFENDIDO RESPECTO DE LOS DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERRELLA NECESARIA Y QUE SEA OTORGADO Y ACEPTADO, CONFORME AL CODIGO PENAL.

Alternativa en la redacción:

Fracción IX.- CUANDO LA ACCION PENAL SE ENCUENTRE LEGALMENTE EXTINGUIDA.  
(En esta redacción se comprende también a todos aquellos casos de muerte del inculpado, perdón del ofendido en tratándose de delitos de querrela; amnistía y prescripción).

Con esta idea, procederá convenientemente el sobreseimiento de la extinción de la acción penal y permitirá en su caso la interposición del recurso de apelación cuando estrictamente tenga que interponerse motivado por determinadas violaciones procesales. Además con este recurso, se impedirá momentáneamente que el sobreseimiento alcance los efectos de sentencia absolutoria y de cosa juzgada, hasta en tanto se valoren nuevamente las probanzas que propiciaron la multirreferida extinción de la acción penal. El ejemplo se ha dado, cuando se ha pretendido hacer pasar por muerto al inculcado, mostrando actas de defunción apócrifas; o bien cuando se ha suplantado a la persona ofendida con identificaciones falsas; los ejemplos pueden ser muchos y varían en su esencia, sin embargo, están latentes y están ocasionando irregularidades que contraponen al derecho con la justicia.

Que sea pues el Ministerio Público quien obligatoriamente se desista del ejercicio de la acción penal cuando así tenga que ser por virtud del interés social y no del Órgano Jurisdiccional proceda de oficio, porque entonces seguiremos retroalimentando las condesadas repercusiones.

## BIBLIOGRAFIA

- Alcala Llanos, Niceto y Lavera (n), Ricardo. "Derecho Procesal Penal" Buenos Aires 1945, Ed. Guillermo Kraft Ltda. Tono II. 634 pp.
- Alcina, Hugo. "Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial" Buenos Aires 1963. Edic. Ediciones Tono I. 322 pp.
- Arilla Bas, Fernando. "El Procedimiento Penal en Mexico" Mexico 1984. Ed. Anaya, Sa. edicion. 322 pp.
- Barcelos Sanchez, Florlan. "Teoria de la Accion y Otros Estudios" Mexico 1983, Cárdenas Editor y Distribuidor. 391 pp.
- Borra Ocampo, Guillermo. "Derecho Procesal Penal" Mexico 1989. Ed. Jose W. Carriz (R. S. A. Puebla, Mexico. 478 pp.
- Briceño Sierra, Ascenso. "Derecho Procesal" Mexico 1969, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, Tono II. 466 pp.
- "El Ejecutamiento Penal Mexicano" Mexico 1985. Ed. Trillas, Sa. reimpresion. 493 pp.
- Carranza y Trujillo, Raul - Carranza y Rivas, Raul. "Codigo Penal Anotado" Mexico 1971. Ed. Porrúa, Sa. edicion 965 pp.
- Castellanos Tera, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" Mexico 1978 Ed. Porrúa. Decedena edicion parte general. 339 pp.
- Castro Javalata, S. "La Legislacion Penal y la Jurisprudencia" Cárdenas Editor y Distribuidor Mexico 1983, 1a. edicion Tono I 726 pp.; Tono II 1113 pp.
- Collin Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" Mexico 1979 Ed. Porrúa Sa. edicion. 598 pp.
- Couture, Eduardo J. "Fundamentos de Derecho Procesal Civil" Buenos Aires 1966, Ed. Depalma, Sa. edicion. 520 pp.
- Diaz de León, Marco Antonio. "Codigo Federal de Procedimientos Penales, Comentado" Mexico 1989, Ed. Porrúa, 1a. edicion. 808 pp.
- Duran Gomez, Ignacio. "Codigo Federal de Procedimientos Penales Anotado" Mexico 1986, Cárdenas Editor y Distribuidor. 560 pp.
- Eduardo S., Carlos. "Introducción al Estudio del Derecho Procesal" E.J.E.A. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959. 573 pp
- Florlan, Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal Penal" Barcelona S/F Trad. de Leonardo Prieto Castro. 514 pp.

- García Ramírez, Sergio. "Curso de Derecho Procesal Penal" México 1974 Ed. Porrúa. 575 pp.
- García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra Victoria. "Prontuario del Proceso Penal Mexicano" México 1985, Ed. Porrúa 4a. edición. 752 pp.
- Golstein, Raul. "Diccionario de Derecho Penal" Bibliografica OMEBA, Buenos Aires 1978. 2a. edición 677 pp.
- Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso" México 1977 U.N.A.M. 2a. edición. 359 pp.
- Márquez Piñero, Rafael. "Derecho Penal", México 1985 Primera edición, Parte General ed. Trillas. 307 pp.
- Pallares, Eduardo. "Prontuario de Procedimientos Penales" México 1969. Ed. Porrúa. 11a. edición. 359 pp.
- "Tratado de las Acciones Civiles", México 1945, Ediciones Andres Bata, 2a. edición. 355 pp.
- Pérez Palma, Rafael. "Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal" Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1980. 390 pp.
- , "Guía de Derecho Procesal Penal" Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1975 2a. edición. 468 pp.
- Pina, Rafael de. - De Pina Vara, Rafael "Diccionario de Derecho" México 1989 Ed. Porrúa 16a. edición. 509 pp.
- Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal" México 1979 Ed. Porrúa 10a. edición. 387 pp. .
- Sentís Melendo, Santiago. "Estudios de Derecho Procesal" Buenos Aires 1967 E.J.E.A. Ediciones Jurídicas Europa-América Tomo I. 648 pp.
- Vázquez Sánchez, Rogelio. "El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño" México 1981, Impreso en Talleres de Unión Gráfica S. A. 158 pp.
- Vela Treviño, Sergio. "La Prescripción en Materia Penal" México 1985 Ed. Trillas 1a. reimpresión. 573 pp.

#### LEGISLACION CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada México 1985 U.N.A.M. Rectoría, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 358 pp.
- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la Republica en Materia del Fuero Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales, Reformado y Adicionado del 16 de noviembre de 1986.

Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México 1986.

Nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, Publicada en la Gaceta de Gobierno el 11 de septiembre de 1989, Tomo CXLVIII, Número 30.

#### OTRAS FUENTES

Jurisprudencia Definida de la Suprema Corte. Apéndice al tomo LIIVI del Semanario Judicial de la Federación; compilación formada por Martínez Pastor, Manuel. México 1944, impreso en la antigua imprenta de Murguía. 847 pp.

La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de Justicia, México 1984 Ed. Procuraduría General de la República. Impreso en Talleres Gráficos de la Nación. 936 pp.

La Reforma Jurídica de 1984 en la Administración de Justicia, México 1985 Ed. Procuraduría General de la República. Impreso en Talleres Gráficos de la Nación. 704 pp.

Readers Digest. Selecciones del Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado Impreso en México 1986, 27a. edición. 12 tomos.

Gran Diccionario Enciclopédico Everest. Impreso en León, España 1980, 2a. edición. 7 tomos.