

351  
205



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**Facultad de Derecho**

**EL NO EJERCICIO DE LA  
ACCION PENAL**

**T E S I S**

Que Para Obtener el Titulo de:  
LICENCIADO EN DERECHO

**P R E S E N T A :**

**VERONICA GODINEZ PINEDA**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN.**

**1 9 9 3**

RECEBIDA EN LA FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
CIUDAD UNIVERSITARIA, D.F.  
1993



## **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.

" EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL "

INTRODUCCION I

CAPITULO I 1

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO

- 1.- EPOCA PRECOLOMBINA
- 2.- EPOCA COLONIAL
- 3.- EPOCA INDEPENDIENTE

CAPITULO II 24

FUNDAMENTO JURIDICO DEL MINISTERIO PUBLICO

- 1.- BASES CONSTITUCIONALES
- 2.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
- 3.- LEY ORGANICA Y REGLAMENTO INTERIOR DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

C A P I T U L O   I I I

63

EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

- 1.- CONCEPTO
- 2.- LA AVERIGUACION PREVIA
  - a) CONCEPTO
  - b) DENUNCIA, ACUSACION Y QUERELLA
  - c) EL CUERPO DEL DELITO
  - d) LA PROBABLE RESPONSABILIDAD
- 3.- LA CONSIGNACION

C A P I T U L O   I V

132

EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

- 1.- ANTECEDENTES HISTORICOS
- 2.- CONCEPTO
- 3.- CAUSAS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL
- 4.- RESERVA Y ARCHIVO
- 5.- JURISPRUDENCIA

C O N C L U S I O N E S

214

B I B L I O G R A F I A

218

## INTRODUCCION

Para obtener el Título de Licenciado en Derecho, es menester la elaboración de una Tesis Profesional, para lo cual hemos elegido como tema de estudio "EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL".

El análisis de esta figura comprenderá: sus antecedentes históricos, las bases que dan marco legal a esta institución, la procedencia del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, para con ello, complementar nuestra tesis respecto a las causas que deben motivar EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Independientemente que su estudio se realice en el ámbito del Derecho Penal, es indudable que sus raíces emanan de nuestra Carta Magna. Así, el artículo 21 Constitucional establece: "... La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél".

El ejercicio de la acción penal procede cuando dentro de una averiguación previa se comprueba el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; en estas condiciones el artículo 19 de la Constitución ordena: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán:

el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyan aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado".

Sin duda, el ejercicio de la acción penal va íntimamente ligado con su no ejercicio que, como lo señala la Constitución es facultad exclusiva del Ministerio Público.

En este orden de ideas, interpretando a *contrario sensu* el artículo 19 Constitucional, se infiere que el Ministerio Público no deberá ejercitar acción penal cuando no se compruebe el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculcado.

Consideramos de vital importancia hacer un profundo análisis sobre las causas que deben motivar el no ejercicio de la acción penal, toda vez que actualmente se consigna a personas, relacionadas con una averiguación, aún cuando estén favorecidas por una excluyente de responsabilidad.

Por ello, toma gran relieve la reforma efectuada al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al adicionarse a este ordenamiento el artículo 3 bis, que señala: "En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculcado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo con el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercitará acción penal".

Nosotros creemos que es de gran valía la reforma

citada, ya que, aunque exista una excluyente de responsabilidad, el Ministerio Público ejercita la acción penal, lo que va en contra del espíritu del artículo mencionado.

A mayor abundamiento, el artículo 17 del Código Penal para el Distrito Federal, ordena: "Las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se harán valer de oficio".

En tal virtud, proponemos que se haga efectiva la obligación que tiene el Ministerio Público de hacer valer de oficio las excluyentes de responsabilidad, manifestándose esto con un no ejercicio de la acción penal.

## **C A P I T U L O   I**

### **ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO**

- 1.- EPOCA PRECOLOMBINA**
- 2.- EPOCA COLONIAL**
- 3.- EPOCA INDEPENDIENTE**

## ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO

Al estudiar los antecedentes históricos del Ministerio Público, nos percatamos del grado de avance que ha tenido esta figura. Sin duda que instituciones similares a la del Ministerio Público se han presentado en diversas culturas, pero nos circunscribiremos a su análisis en nuestro país.

El estudio abarcará desde la Epoca Precolombina hasta nuestros días, para que de esta forma comprendamos su vigente organización, enfocándonos directamente a su normatividad dentro del campo del Derecho Penal y Procesal Penal, dejando a un lado sus otras funciones como pueden ser en materia familiar, amparo, civil, etc., ya que este trabajo esta íntimamente relacionado con el Derecho Punitivo. Por tanto, sólo haremos referencia a este órgano en cuanto a su función persecutoria de delitos.

### 1.- EPOCA PRECOLOMBINA

Por Epoca Precolombina entenderemos, en forma general, el periodo previo a la llegada de los españoles al Continente Americano. En este estadio encontramos la presencia del pueblo Azteca en quienes fijaremos nuestra atención para buscar los antecedentes más remotos del Ministerio Público.

"En forma genérica se entiende por Aztecas, al pueblo y a los individuos que lo componían y que vivían en el territorio llamado Valle de Anáhuac, conocido hoy día como Valle de México". (1)

Esta cultura contaba con grandes adelantos técnicos y sociales, muestra de ello son las magníficas edificaciones de la Gran Tenochtitlán y un sistema jurídico muy avanzado para ese tiempo.

Es difícil saber en forma precisa el principio y el ocaso de la formación del Derecho Azteca. Al respecto, LUCIO MENDIETA Y NUÑEZ escribe: "... por las crónicas de los antepasados conocemos el Derecho de los mexicanos aborígenes tal como existía al efectuarse la conquista, pero indudablemente que entonces ya era el resultado de una larga evolución cuyo inicio es imposible determinar y que concluyó al ser rota la organización indígena por la conquista española, pero como esa ruptura se llevó a cabo en el transcurso de varios siglos, tampoco podemos limitar con fechas precisas la terminación del Derecho Primitivo". (2)

Es indudable que el pueblo Azteca contaba con una importante trayectoria cultural y constancia de ello nos la dieron los misioneros que tuvieron contacto con ese pueblo a través de sus relatos y crónicas.

MANUEL RODRIGUEZ LAPUENTE señala: "Gracias a los códices y, sobre todo, a las recopilaciones realizadas por los primeros

- 
- (1) GARCIA - PELAYO Y GROSS. Aztecas. Pequeño Larousse Ilustrado, 8a. Edic., Edit. Larousse, S.A., México 1984, pág. 122
- (2) MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. El Derecho Precolonial, 2a. Edic., Edit. Instituto de Investigaciones Sociales, U.N.A.M., México 1961, pág. 31

misioneros que llegaron a México, sabemos más de la historia y hábitos de los Aztecas que de cualquier otro pueblo de América". (3)

A pesar de los códices de los Aztecas, podemos decir que su Derecho no fue escrito, como ha ocurrido con otras culturas, sus normas jurídicas nacen de la costumbre y en estas condiciones hablaremos de un Derecho Consuetudinario.

"En el antiguo Imperio Mexicano -afirma CARLOS H. ALBA-, del mismo modo que en los diversos pueblos de la antigüedad, el derecho tuvo su origen en la costumbre, es decir, era de tipo consuetudinario; en él las normas legales eran conocidas por los juzgadores y transmitidas de generación en generación. Por otras fuentes sabemos que los Aztecas carecían de una escritura fonética, en consecuencia, no pudieron tener un derecho escrito, si nosotros hemos llegado a conocer esas normas ha sido gracias a las relaciones de historiadores y cronistas que las conocieron". (4)

Como mencionamos anteriormente, es impreciso el conocimiento que se tiene sobre la extensión del período prehispánico, sin que pueda decirse con exactitud su duración, porque las tribus que formaron los reinos de la Triple Alianza llegaron a tierras de Anáhuac ya organizados bajo un Derecho Consuetudinario y es muy poco lo que se sabe acerca de la evolución de sus instituciones, y menos aún sobre las fechas y acontecimientos a los cuales pueda uno referirse. (5)

- 
- (3) RODRIGUEZ LAPUENTE, MANUEL. Historia de Iberoamérica, Biblioteca Hispana, Edit. Ramón Sopena, S.A., Barcelona 1968, pág. 50
- (4) H. ALBA, CARLOS. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, Edic. Especiales del Instituto Indigenista Interamericano, México 1949, págs. XI y XII
- (5) MENDIETA Y NUÑEZ, op. cit., pág. 30

El reino azteca no contaba con las características que distinguen al estado moderno, puesto que no hay una clara división de poderes y el aspecto religioso va íntimamente relacionado con los negocios administrativos. En la mayoría de los casos la máxima autoridad religiosa lo era también el Jefe Supremo del Pueblo Azteca, en quien recaían las funciones de gobernar, legislar, administrar justicia y dar las directrices religiosas.

Confirma nuestra aseveración lo señalado por CARLOS H. ALBA, quien nos dice: "El Jefe Supremo del Estado Mexicano será el monarca, quien llevará el nombre de Tlatoani y Hueitlatoani, como máxima autoridad judicial. El monarca será auxiliado por el Cihuacóatl o Juez Mayor, en quien delegaba funciones para la administración de justicia, pero prevaleciendo siempre su autoridad". (6)

El monarca y el Cihuacóatl, por la importancia y carga de trabajo, eran auxiliados en las funciones de impartición de justicia por los jueces menores o tribunales colegiados, éstos últimos llamados también Consejos.

MENDIETA Y NUÑEZ nos explica la organización judicial del pueblo azteca, escribiendo: "En el reino de México, el mecanismo judicial era el siguiente de acuerdo a la jurisdicción: si en un barrio se suscitaba un asunto leve, civil o penal, conocía el juez del mismo barrio, si el asunto era grave, este juez podía practicar las primeras diligencias, pero el encargado de dictar sentencia era el tribunal colegiado. Sobre estos jueces estaba el magistrado supremo cuya palabra en asuntos criminales era definitiva. La aprehensión de las personas se llevaba a cabo por cierto número de individuos

---

(6) H. ALBA, op. cit., págs. 7 y 8

con características de cuerpo policiaco, quienes además realizaban las citas y emplazamientos de los sujetos a juicio". (7)

"Los Consejos se formaban de la siguiente manera: "El monarca como autoridad judicial máxima, reunía a los jueces en tribunales, que podían ser de dos clases, los que se celebraban cada diez o doce días y los que se efectuaban de ochenta en ochenta días". (8)

Cada doce días el rey celebraba una junta con los jueces de la capital para resolver las cosas graves, y de ochenta en ochenta días, los jueces de las provincias se reunían para acordar las sentencias en los asuntos que, por su cuantía o delicadeza, no estaban bajo su jurisdicción, estas juntas generales duraban veinte días. (9)

Durante la celebración del Consejo de ochenta días, podía estar un representante del sacerdocio, quien manifestaba sus observaciones respecto del estado de las cosas en general, señalando las deficiencias y proponiendo los remedios que a su juicio eran apropiados. (10)

Como en todos los derechos primitivos, el Derecho Penal Azteca se caracterizó por su crueldad en el tratamiento de los delincuentes y en la imposición de las penas, prevaleciendo las corporales y destacando la de muerte.

---

(7) MENDIETA Y NUÑEZ, op. cit., pág. 47

(8) H. ALBA, op. cit., pág. 27

(9) MENDIETA Y NUÑEZ, op. cit., pág. 49

(10) H. ALBA, op. cit., pág. 27

El catedrático FLORIS MARGADANT, hace una reseña de las principales características del Derecho Penal Azteca, señalando: "El Derecho Penal era, desde luego, muy sangriento y por sus rasgos sensacionalistas es la rama del Derecho mejor tratada por los primeros historiadores. La pena de muerte es la sanción más corriente en las normas legisladas que nos han sido transmitidas, y su ejecución fue generalmente pintoresca y cruel".

"Las formas utilizadas para la ejecución eran la muerte en hoguera, el ahorcamiento, el ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpes de palos, el degollamiento, empalamiento y desgarramiento del cuerpo. Antes o después de la muerte hubo posibles aditivos inflamantes".

"A veces, la pena capital fue combinada con la confiscación. Otras penas eran la caída en esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones, que en realidad eran lugares de lenta y miserable eliminación". (11)

El Derecho primitivo Azteca, como se desprende de las crueles sanciones que imponían a los delincuentes, tenía la forma de un Derecho represivo que buscaba más que prevenir los delitos, intimidar a la población, con lo que crearon un poder absoluto.

El jurista mexicano RAUL CARRANCA Y TRUJILLO cita: "Todo lo que puede afirmarse es que los pueblos precortesianos (entre los que se cuenta indudablemente a los Aztecas) seguramente contaron

---

(11) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 4a. Edic., Edit. Esfinge, S.A., México 1980, pág. 23

con un sistema de leyes para la represión de los delitos, que la pena fue cruel y desigual y que en las organizaciones más avanzadas es seguro que las clases teocrática y militar aprovecharon esta intimidación para consolidar su predominio". (12)

Ha quedado establecido, en páginas anteriores, que el Derecho era consuetudinario, sin embargo se conocen ciertas sentencias que para ejemplo de los demás habitantes se describían en pinturas.

Un avance significativo de este Derecho fue el hecho de que se conoció la figura del defensor, que aunque con escasa participación en los juicios, sirvió para resguardar los derechos de los procesados.

"El procedimiento azteca era oral -señala FLORIS MARGADANT-, levantándose a veces un protocolo mediante jeroglíficos. Las principales sentencias fueron registradas en pictografías y luego conservadas en archivos oficiales. El proceso no podía durar más de ochenta días, y es posible que los Tapantlatóanis, que intervenían, correspondía *grasso modo* al actual abogado, en los delitos más graves el juicio era precisamente más sumario, y con menos facultades para la defensa". (13)

Prevalcían los fueros religiosos, nobiliarios y militares, para las personas que cometieran algún delito y fueran de estas clases sociales, gozaban de ciertos privilegios respecto

---

(12) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 13a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1980, pág. 116

(13) Op. cit., pág. 25

de otros delincuentes comunes, toda vez que recibían un trato más digno.

Otra aportación importante que nos da el Derecho Penal Azteca, es el hecho de que a todo delincuente para poderle imponer una pena debía seguirse un procedimiento formal, aunque éste fuese sumario y que estuviesen desconcentrados los órganos de impartición de justicia, existiendo juzgados y tribunales en los diversos pueblos dominados por los Aztecas.

COLIN SANCHEZ, nos dice: "Para decretar castigos y penas, no bastaba únicamente la ejecución del ilícito, era menester un procedimiento que así lo justificara, siendo de observancia obligatoria para los encargados de la función jurisdiccional su trámite. Existían tribunales reales, provinciales, jueces menores, tribunal de comercio, tribunal militar, cuya organización era diferente, en razón de las necesidades de los reinos, al delito cometido y a la categoría del sujeto infractor". (14)

"Es preciso hacer notar, que la persecución del delito estaba en manos de los jueces por delegación del Tlatoani, de tal manera que las funciones de éste y las del Cihuacóatl eran jurisdiccionales, por lo cual no es posible identificarlas con las características actuales del Representante Social, pues si bien el delito era perseguido, esto se encomendaba a los jueces, quienes para ello realizaban investigaciones y aplicaban de igual forma el Derecho". (15)

---

(14) COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 3a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1974, pág. 23

(15) Ibid., págs. 95 y 96

En este orden de ideas, podemos señalar como puntos esenciales del Derecho Penal Azteca, los siguientes: se trataba de un Derecho primordialmente consuetudinario, con un procedimiento oral; se distinguió por ser cruel en sus penas, las sanciones se imponían como medida de intimidación a fin de consolidar el poder de la clase gobernante; prevalecen los fueros: religioso, militar y nobiliario, que implicaban privilegios sobre los delincuentes comunes; la impartición de justicia la llevaban a cabo los jueces y Consejos, que eran de barrio o regionales, por delegación de funciones que hacía en ellos el Tlatoani.

Existe la seguridad jurídica para los procesados, en la medida en que debía seguirseles forzosamente un procedimiento, que por lo general era sumario, para poderles imponer una pena; existe la figura del defensor, llamado Tapantlatoani, que tenía como función principal hacer respetar los derechos de los procesados; la persecución de los delitos y la imposición de las penas estaba en manos de los jueces, por lo que podemos decir que no existía una figura similar a la del Ministerio Público como se conoce hoy día, con independencia del Poder Judicial.

## 2.- EPOCA COLONIAL

Para los fines de este estudio, la Epoca Colonial será aquel periodo que comprende desde la conquista del pueblo Azteca en el año de 1521, por parte de los españoles llegados al nuevo continente, hasta el inicio de la guerra de independencia de México en el año de 1810.

Siendo tan extensa esta época, habremos de dar una imagen general de la transformación que sufrió la institución del Ministerio Público, encuadrándola en las principales leyes que se dieron en ese tiempo. Disposiciones que, sin duda, vinieron a transformar el régimen jurídico prevalecte, como sucede en todos los casos en que hay la conquista de un pueblo, puesto que el poder imperante debe darle una justificación legal a su predominio y, por otra parte, requieren delinear las nuevas relaciones con los pueblos conquistados, para consolidar plenamente su dominio.

GUILLERMO COLIN SANCHEZ escribe: "Las instituciones del Derecho Azteca sufrieron una honda transformación al realizarse la conquista y poco a poco fueron desplazadas por nuevos ordenamientos jurídicos traídos de España. El choque natural que se produjo al realizarse la conquista, hizo surgir infinidad de desmanes y abusos de parte de funcionarios, particulares y también de quienes, escudándose en la prédica de la doctrina cristiana, abusaban de su investidura para cometer atropellos". (16)

Es indudable que se cometieron infinidad de abusos y arbitrariedades, en contra de la población, ya que, en muchos casos, a los indígenas ni siquiera se les daba la calidad de seres humanos, surgiendo como consecuencia un sistema de tipo esclavista, mismo que se trató de suavizar con leyes venidas de España, como las Leyes de Indias, pero que en realidad dieron poco o ningún resultado en beneficio de los nativos del llamado Nuevo Mundo.

CARLOS H. ALBA nos dice: "Al consumarse la conquista,

---

(16) Op. cit., pág. 96

el Derecho Azteca se fundió en parte con las instituciones jurídicas españolas del siglo XVI, dando origen a un nuevo Derecho, contenido en el cuerpo legal conocido con el nombre de Leyes de Indias". (17)

Sin embargo, no todos los estudiosos de este período concuerdan sobre la influencia que tuvo el Derecho Azteca en el nuevo orden jurídico que prevaleció en esa época. El jurista CARRANCA Y TRUJILLO cita: "Por la forma tan brutal como se dió la conquista, el Derecho Penal Precortesiano ha sido de nula influencia en el Colonial y en el vigente". (18)

Nosotros consideramos que fue mínima la influencia que tuvo el Derecho Penal Azteca en las normas llegadas de España, toda vez que las nuevas leyes no podían comprender en forma íntegra las relaciones que se daban entre los indígenas.

En lo que sí están de acuerdo los autores, es que el inicio del Derecho Colonial se presenta a partir de las llamadas Leyes de Indias, así GONZALEZ BLACKALLER escribe: "Como cuerpo de leyes, la historia del derecho patrio empieza con la primera cédula real dictada para el Gobierno de las Indias". (19)

Con relación a los delitos y a su persecución, cabe anotar que existía una gran arbitrariedad, ya que toda persona con autoridad civil o religiosa, se sentía con derecho para perseguir

---

(17) Op. cit., pág. XII

(18) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 15a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1986, págs. 116 y 117

(19) GONZALEZ BLACKALLER, C. y GUEVARA RAMIREZ, L., Síntesis de Historia de México, Edit. Herrero, S.A., México 1973, pág. 25

a los infractores e imponer penas a su arbitrio, más aún cuando se trataba de castigar a los indígenas, ya que los delitos cometidos por los españoles en contra de aquéllos, generalmente quedaban impunes.

"En la persecución del delito -escribe COLIN SANCHEZ- imperaba una gran anarquía, autoridades civiles, militares y religiosas invadían jurisdicciones, fijaban multas y privaban de la libertad a las personas sin más limitación que su capricho".

"Tal estado de cosas se pretendió remediar a través de las Leyes Indias y de otros ordenamientos jurídicos, estableciéndose la obligación de respetar las normas jurídicas de los indios, su gobierno, policía, usos y costumbres, siempre y cuando no contravinieran el Derecho Hispano". (20)

Con tal de hacer un tanto llevadera la relación con los indígenas, las disposiciones jurídicas llegadas de España, ordenaban el respeto a ciertas costumbres de los pueblos conquistados.

El maestro IGNACIO BURGOA señala: "En la Nueva España el Derecho Colonial se integró con el Derecho Español propiamente dicho en sus formas legal y consuetudinaria, y por las costumbres indígenas principalmente. Al consumarse la Conquista de México y al iniciarse la colonización de las tierras recién dominadas, la penetración jurídica española se encontró con un conjunto de sucesos y prácticas sociales autóctonas, las cuales lejos de desaparecer y quedar eliminadas por el Derecho Peninsular, fueron consolidadas por diversas disposiciones reales y posteriormente por la Recopilación de las Leyes de Indias en 1681, que autorizaba su validez en todo

---

(20) Op. cit., pág. 96

aquello que no fuesen incompatibles con los principios religiosos y morales que formaban al Derecho Español".

"Así pues, en la Nueva España estuvo vigente en primer término la legislación dictada exclusivamente para las colonias de América, dentro de la que ocupa un lugar preminente las célebres Leyes de Indias, verdadera síntesis del Derecho Hispánico y las costumbres indígenas".

"Por otra parte, las Leyes de Castilla toman también aplicación en la Nueva España con un carácter supletorio, pues la Recopilación de 1681 dispuso que en todo lo que no estuviese ordenado en particular, para las Leyes de Indias, se aplicaran las Leyes citadas". (21)

Podemos decir que en esta primera etapa no existió la institución Ministerial, como la concebimos hoy día, es decir, como el único órgano autorizado para la persecución de los delitos.

GUILLERMO COLIN SANCHEZ señala: "La persecución del delito en esta etapa, no se encomendó a un funcionario en lo particular; el Virrey, los Gobernadores, las Capitanías Generales, los Corregidores y muchas otras autoridades, tuvieron atribuciones para ello".

"Diversos tribunales apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, trataron de encausar la conducta de "indios" y españoles; y la Audiencia, como el Tribunal de la Acordada y otros tribunales especiales, se encargaron de la persecución del

---

(21) BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Las Garantías Individuales, 20a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1986, pág. 113

delito". (22)

El primer antecedente del Ministerio Público podemos encuadrarlo dentro de la Audiencia, que contaba entre otros funcionarios con los Fiscales y Oidores, que eran quienes realizaban una función persecutoria de los ilícitos cometidos en la Nueva España.

GONZALEZ BUSTAMANTE escribe: "El establecimiento del Ministerio Público en México, tiene hondas raigambres con la institución de la Promotoría Fiscal que existió durante el Virreinato. La Promotoría Fiscal fue una creación del Derecho Canónico, que se basó en las jurisdicciones laicas".

"La Promotoría Fiscal fue una institución organizada y perfeccionada por el Derecho Español. Desde las Leyes de Recopilación, se menciona al Promotor o Procurador Fiscal, que no interviene en el proceso sino hasta la iniciación del plenario".

"Felipe II, en el año de 1565, se preocupó por su funcionamiento y dictó disposiciones para organizarlo, pero se advierte que la institución no constituye una magistratura con plena independencia, y si interviene el Promotor en el proceso es formando parte integrante de las jurisdicciones".

"Se cita en la Ordenanza de 9 de Mayo de 1587, que fue reproducida en México por la Ley de 8 de Junio de 1823, creándose un cuerpo de funcionarios fiscales en los Tribunales del Crimen. El Juez disfrutaba de libertad ilimitada en la dirección del proceso y el Fiscal sólo intervenía para formular su pliego de

---

(22) Op. cit., pág. 97

acusación". (23)

Según afirma el penalista Don JOSE ANGEL CENCEROS tres elementos han concurrido en la formación del Ministerio Público Mexicano: la Procuraduría o Promotoría Fiscal de España; el Ministerio Público Francés y un conjunto de elementos propios, genuinamente mexicanos. (24)

La Epoca Colonial se distinguió por la enorme desigualdad que se dió entre los españoles y los indígenas del llamado Valle de Anáhuac, presentándose una infinidad de atropellos en contra de los pueblos dominados, siendo hasta el año de 1681, con la llamada Recopilación de las Leyes de Indias, que se pretendió suavizar esta situación.

"Esta Recopilación constaba de IX Libros divididos en Títulos formados por gran número de leyes, en las que se asignaron legislaciones y derechos de todo género en los cuales la cuestión civil está dispersa, aún cuando el Libro VII es el más interesante ya que en él se tratan asuntos de policia y de las prisiones". (25)

Durante este periodo hubo varias disposiciones legales que regulaban las relaciones sociales en la Nueva España, tales como las Leyes de Castilla. Pero, por mandato de la Recopilación de 1681, ésta siempre tuvo supremacía sobre cualquier otra norma, incluso se disponía que se respetaran las costumbres de los indígenas siempre y cuando no contravinieran la moral y religión cristiana.

---

(23) GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Principios de Derecho Procesal Penal, 4a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1985, pág. 66

(24) Idem.

(25) BURGOA ORIHUELA, op. cit., pág. 116

Por cuanto hace a la persecución de los delitos, ésta se daba en forma anárquica, ya que cualquier autoridad (civil, religiosa o militar) se sentía con facultades para instruir juicios criminales e imponer sanciones a su arbitrio.

La figura del Ministerio Público, podemos encontrarla en los llamados Fiscales, que tienen su origen en el Derecho Canónico y que en la Nueva España se presentan en los Tribunales de la Acordada y en la Audiencia, con la función de perseguir los ilícitos. Se conocieron también como Promotores Fiscales, con una intervención muy limitada en los juicios, ya que el Juez tenía amplias facultades durante el proceso, y en la mayoría de los casos se concretaban "a realizar su pliego de acusación". (26)

A pesar de ello, podemos afirmar que el antecedente más directo del Ministerio Público, lo fue precisamente el Promotor Fiscal.

### 3.- EPOCA INDEPENDIENTE

Durante el proceso de Independencia de México, se dictaron un sin número de leyes en las que buscaremos los sustentos del Ministerio Público, normas que han servido de fundamento a esta institución, conocida también como el Representante Social.

Como se analizó en el inciso correspondiente a

---

(26). Ibid. pág. 113

la Época Colonial, el Promotor Fiscal (civil y penal) es el antecedente directo del Ministerio Público, promotoría que siguió vigente en el inicio de la Independencia.

GUILLERMO BORJA OSORNO al hacer una síntesis de la historia del Ministerio Público, nos dice: "Cuando en la antigua y Nueva España se estableció el régimen constitucional, la Constitución ordenó que a las Cortes correspondía fijar el número de Magistrados que habían de componer el Tribunal Supremo (hoy Suprema Corte) y las Audiencias de la Península y de Ultramar; lo que realizó el decreto de 9 de Octubre de 1812, que ordenaba que en la Audiencia de México hubiera dos fiscales; Audiencia que en el año de 1822 estaba reducida en México a dos Magistrados propietarios y un Fiscal, que en el Congreso de esa época confirmó por decreto de 22 de Febrero de 1822".

"En México independiente siguió sin embargo rigiendo con relación al Ministerio Público, lo que establecía el citado decreto de 9 de Octubre de 1812, ya que en el Tratado de Córdoba se declaró que las leyes vigentes continuarían rigiendo en todo lo que no se opusieran al Plan de Igualdad y mientras las Cortes Mexicanas formaban la Constitución del Estado". (27)

Hemos establecido que el Promotor Fiscal sigue manteniendo gran importancia durante el proceso de insurgencia, pero de conformidad con las normas surgidas de este movimiento nos percatamos que cada vez toma mayor claridad en cuanto a sus funciones.

GONZALEZ BUSTAMANTE da suma importancia a esta época, por encima del período colonial, para encontrar las raíces

---

(27) BORJA OSORNO, GUILLERMO. Derecho Procesal Penal, 3a. Reimpresión, Edit. Cajica, S.A., Puebla, Pue., México 1985, pág. 76

del Ministerio Público, al escribir: "No trataremos de encontrar antecedentes del Ministerio Público en la época de la colonia, porque más nos interesa saber como se organizó a partir de la Independencia de México. Vamos a referirnos a la institución de la fiscalía mencionada en la Constitución de Apatzingán de 22 de octubre de 1814, en que se expresa que en el Supremo Tribunal de Justicia habrá dos Fiscales letrados: uno para lo civil y otro para lo criminal. En la Constitución Federalista de 4 de octubre de 1824, se incluye también al Fiscal, formando parte integrante de la Corte Suprema de Justicia y se conserva en las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y en las bases orgánicas de 12 de junio de 1843, de la época del Centralismo conocidas como leyes espúrias".

"La Ley de 23 de noviembre de 1855 expedida por el Presidente Comonfort, extiende la intervención de los Procuradores o Promotores Fiscales a la Justicia Federal. Después Comonfort promulgó el Decreto de 5 de enero de 1857, que tomó el nombre de Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, en que establece: que todas las causas criminales deben ser públicas precisamente desde que se inicia el plenario, con excepción de los casos en que la publicidad sea contraria a la moral; que a partir del plenario, todo inculcado tiene derecho a que se le den a conocer las pruebas que existan en su contra; que se le permita carearse con los testigos cuyos dichos le perjudiquen y que debe ser oído en defensa propia".

"En el proyecto de la Constitución enviado a la Asamblea Constituyente, se menciona por primera vez al Ministerio Público en el artículo 27, disponiéndose: a todo procedimiento del orden criminal, debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad. Según dicho precepto, el ofendido directamente podía ocurrir ante el Juez ejercitando la acción. También podía iniciarse el proceso

a instancias del Ministerio Público, como representante de la sociedad y el ofendido conservaba una posición de igualdad con el Ministerio Público en el ejercicio de la acción. En el artículo 96 del Proyecto de Constitución, se mencionan como adscritos a la Suprema Corte de Justicia al Fiscal y al Procurador General, formando parte integrante del Tribunal". (28)

Se dió un avance importantísimo dentro del sistema jurídico-penal, al reglamentar al Ministerio Público en nuestra Norma Suprema, dándole facultades para que a instancia suya se iniciara un proceso en contra de una persona que cometía un delito, pero sin que se dejara a un lado al ofendido, quien a iniciativa propia podía de igual manera poner en marcha un procedimiento penal al presentar su querrela o acusación directamente ante un Juez.

"Se consideró -escribe COLIN SANCHEZ- que el particular ofendido por el delito no debía ser substituido por ninguna institución, ya que ese derecho correspondía a los ciudadanos, además independizar al Ministerio Público de los órganos jurisdiccionales retardaría la acción de la justicia".

"El Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expedido el 29 de julio de 1862 por el Presidente de la República, don Benito Juárez, estableció que el Fiscal fuera oído en todas las causas criminales o de responsabilidad, en consultas sobre la ley y en problemas que resultara afectada la Hacienda Pública", con lo que adquiere su connotación de Representación Social. (29)

Podemos Observar que, a pesar de los intentos por

---

(28) Op. cit., págs. 66 y 67

(29) Op. cit., pág. 98

darle al Ministerio Público el matiz que tenía en Francia, en donde gozaba de independencia respecto del Poder Judicial, el Representante Social en México seguía dependiendo de los órganos jurisdiccionales, lo que obstaculizaba su función.

Así toma relieve la Ley Lares dictada el día 6 de diciembre de 1853, bajo el régimen de Antonio López de Santa Anna, que organiza el Ministerio Fiscal como institución que emana del Poder Ejecutivo. (30)

En los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1880 y 1894, y en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Puebla de 1904, se adopta la institución del Ministerio Público en la forma en que lo reglamentó el Derecho Francés. De tal manera que su composición era la siguiente: se conocen dos medios para poner en conocimiento un delito, la denuncia para los que se persiguen de oficio y la querrela para los que se persiguen a petición de parte, rechazándose la pesquisa y la delación secreta o anónima". (31)

"En la Ley Orgánica del Ministerio Público expedida en el año de 1903, se pretende dar una relevancia fundamental al Ministerio Público inspirándose para ello en la organización de la institución francesa, se le otorga la personalidad de parte en el juicio. De los preceptos de esta ley se desprende el intento de imprimirle un carácter institucional y unitario, en tal forma que el Procurador de Justicia representa a la Institución".

"En la Constitución de 1917 cambia totalmente el

---

(30) BORJA OSORNO, op. cit., pág. 76

(31) Ibid. pág. 77

régimen jurídico del Ministerio Público; al sucederse el movimiento revolucionario que puso fin a la dictadura del general Porfirio Díaz y promulgarse nuestra Carta Magna, se unificaron las facultades de este órgano Ministerial, haciendo de éste una institución integral para perseguir el delito, con independencia absoluta del Poder Judicial". (32)

En este orden de ideas, la Revolución Mexicana propició grandes avances en el sistema jurídico existente, en forma preponderante por cuanto hace a las reformas sociales que se plasmaron a nivel Constitucional, destacando entre estas las referentes al Ministerio Público que, como reclamo popular, se exigía su regulación en forma autónoma, para que de esta forma se limitase el poder absoluto de los jueces encargados de impartir justicia en materia penal.

GONZALEZ BUSTAMANTE señala: "Reforma de trascendencia en el Procedimiento Penal Mexicano, es la que proviene de los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de la República de 5 de febrero de 1917, que al reconocer el monopolio de la acción penal por parte del Estado, encomienda su ejercicio a un solo órgano: el Ministerio Público. La Ley Fundamental de la República en vigor, privó a los jueces de la facultad que hasta entonces habían tenido de incoar de oficio los procesos; se apartó radicalmente de la teoría francesa y de las funciones de Policía Judicial que antes tenían asignadas; organizó al Ministerio Público como una Magistratura independiente con funciones propias, y sin privarlo de su función de acción y requerimiento, lo erigió en un organismo de control y vigilancia en las funciones investigadoras encomendadas a la Policía Judicial, que hasta entonces habían sido desempeñadas por los Jefes Políticos, los Presidentes Municipales, Jueces, los Comandantes de la Policía

---

(32) COLIN SANCHEZ, op. cit., pág. 103

y hasta por los Militares". (33)

Después de innumerables debates, a propuesta del Diputado Constituyente Colunga, la redacción del artículo 21 de la Constitución Federal, que da vida y vigencia al Ministerio Público quedó redactado en la siguiente forma: "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél". (34)

Podemos concluir diciendo que al inicio de la Gesta de Independencia de México, siguió vigente la figura del Promotor Fiscal dependiente del Poder Judicial y con un mínimo de atribuciones, que generalmente se reducían a realizar un pliego acusatorio durante el proceso penal.

Que, como consecuencia del espíritu liberal que prevaleció durante el período presidencial de don Benito Juárez, la Constitución de 1857 reglamenta al Ministerio Público sin plena autonomía con respecto a los órganos jurisdiccionales, más aún continúa vigente la práctica de que los ofendidos podían ocurrir directamente ante los jueces, para que estos iniciaran las investigaciones tendientes a incoar un proceso penal.

Al presentarse el estallido revolucionario de 1910 las ideas individualistas prevalecientes hasta ese momento, cambian radicalmente y se convierten en pensamientos sociales que se plasman en la Constitución Política de 1917, surgiendo con ello la institución del Ministerio Público, con el carácter de Representante Social,

---

(33) Op. cit., pág. 73

(34) BORJA OSORNO, op. cit., pág. 81

**independiente del Poder Judicial, resguardando para sí la persecución de los delitos y quedando bajo su mando la Policía Judicial.**

## CAPITULO II

### FUNDAMENTO JURIDICO DEL MINISTERIO PUBLICO

- 1.- BASES CONSTITUCIONALES
- 2.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
- 3.- LEY ORGANICA Y REGLAMENTO INTERIOR DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

## FUNDAMENTO JURIDICO DEL MINISTERIO PUBLICO

Corresponde al presente Capítulo, el estudio de las normas jurídicas que son sustento de la institución del Ministerio Público, enfocándonos de manera primordial al análisis del Representante Social en el Distrito Federal.

Las Leyes que en forma especial citaremos son: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la Ley Orgánica y el Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en las que buscaremos el fundamento jurídico del Ministerio Público, en cuanto a su función persecutoria de los delitos.

Antes de dar inicio a la investigación de los ordenamientos jurídicos mencionados con antelación, consideramos de vital importancia conceptuar la figura del Ministerio Público y precisar sus principales características, para que de esta forma entendamos cabalmente su funcionamiento dentro del ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal.

De conformidad con lo establecido en el Capítulo precedente, relativo a los antecedentes históricos del Ministerio Público, podemos decir que se trata de un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, que coadyuva con el Poder Judicial para llevar a buen término la función de impartición de justicia, con la facultad de tener en exclusividad el ejercicio de la acción penal.

El jurista FELIX OLMOS define al Ministerio Público en forma general, de la siguiente manera: "Es uno de los organismos mediante el cual se ejercita la representación y defensa del Estado y de la Sociedad". (35)

"El nombre del Ministerio Público -cita BORJA OSORNO- dice poco sobre su función; pero siendo una expresión consagrada por la doctrina y la legislación, no debemos discutirla, sino determinar su razón de ser y a qué corresponde su actuación. En sentido *lato* se ha considerado como Magistratura, siempre que no se le identifique con el Organo Jurisdiccional, porque si en la composición del Proceso intervienen los sujetos procesales, las partes y el Poder Judicial, es evidente que el Ministerio Público se acerca más, tiene más semejanza con los sujetos procesales que con el Organo Jurisdiccional, o como dice Alcalá Zamora: el Ministerio Público orgánicamente se aproxima a la Judicatura y procesalmente a las partes". (36)

En relación a esta figura, COLIN SANCHEZ escribe: "El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes". (37)

Para complementar las definiciones vertidas, diremos que las principales características del Ministerio Público son: jerarquía, unidad, independencia, irrecusabilidad e irresponsabilidad.

---

(35) OLMOS, FELIX. El Ministerio Público, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX, Edic. Unica, Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires 1971, pág. 169

(36) Op. cit., pág. 81

(37) Op. cit., pág. 86

La jerarquía se refiere a que el Ministerio Público depende directamente del Procurador General de Justicia y cada una de las actuaciones que realiza, son como si las efectuase el propio Procurador.

COLIN SANCHEZ señala: "El Ministerio Público está organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones del mismo. Las personas que lo forman, no son más que una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y mando en esa materia es de competencia exclusiva del Procurador General". (38)

La unidad, también llamada indivisibilidad, significa que el Ministerio Público puede ser representado físicamente por varios Agentes Investigadores durante un proceso penal, sin embargo, todos ellos actúan en nombre de una sola institución, que es quien los faculta y autoriza en el desempeño de sus funciones, siendo ésta la Procuraduría General de Justicia.

"Se dice que el Ministerio Público es uno porque representa a una sola parte: el Estado. De aquí el axioma de que a pluralidad de miembros corresponde la indivisibilidad de funciones. Esta característica es más notable si se contrasta con la de los jueces y Tribunales que, por el contrario, tienen competencia perfectamente prevista y fija y que en manera alguna pueden substituirse, ni encomendar su actuación a otros, sino en los casos y formalidades estrictamente prescritas por la ley". (39)

---

(38) *Ibid.*, pág. 109

(39) BORJA OSORNO, *op. cit.*, págs. 84 y 85

Como lo hemos establecido con anterioridad, el Ministerio Público está comprendido dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, por esta razón, aún cuando actúa en íntima relación con los Organos Jurisdiccionales, estos no pueden obligarlo a actuar en determinado sentido, por ello se dice que trabaja en forma independiente.

"El Ministerio Público -señala BORJA OSORNO- es independiente en sus funciones respecto de la jurisdicción a que está adscrito, de la cual, por razón de su oficio, no puede recibir órdenes ni censuras, porque en virtud de una prerrogativa personal, ejerce por sí, sin intervención de ningún otro Magistrado, la acción penal". (40)

"Esto se explica sin mayores complicaciones, si para ello hacemos notar la división de poderes existente en nuestro país y las características que le singularizan, de tal manera que concretamente, la función correspondiente al Ejecutivo, depende del mismo, no pudiendo tener injerencia ninguno de los otros en su actuación". (41)

Así, el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: "El Supremo Poder de la Federación se divide en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación ...". (42)

---

(40) Idem.

(41) COLIN SANCHEZ, op. cit., pág. 110

(42) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Olgún, S.A., Mexico 1983, pág. 58

"De manera que existiendo una dependencia jerárquica del Ministerio Público hacia el Ejecutivo, no existe ninguna dependencia funcional de la institución hacia el poder Ejecutivo o algún otro poder estatal. Concluimos así que el Ministerio Público es autónomo en sus funciones, no estando limitado por ningún poder, sino tan sólo por las leyes. Es la aplicación justa de la ley, causa y fin último de la misión del Ministerio Público". (43)

Respecto a la irrecusabilidad del Ministerio Público, cabe señalar que la inmensa cantidad de investigaciones de las que debe conocer, hace que esta figura no pueda presentarse, sobre todo si tomamos en cuenta que durante el proceso es parte en el juicio y en tales condiciones es indiscutible que debe ser parcial hacia los intereses que representa.

Sin embargo, el Ministerio Público debe excusarse de conocer de alguna indagatoria o proceso, cuando la Ley le marque determinado impedimento. En este sentido, el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, establece: "Los Agentes del Ministerio Público no son recusables, pero deben excusarse del conocimiento de los asuntos en que intervengan, cuando exista alguna de las causas de impedimento que la Ley señala en el caso de los Magistrados y Jueces del orden común". (44)

El artículo 511 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala: "Los Magistrados, Jueces y Secretarios del ramo penal, estarán impedidos de conocer y en la obligación de

---

(43) BORJA OSORNO, op. cit., pág. 87

(44) Gaceta, Órgano Informativo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Editada por la Dirección de Prensa y Difusión, Año II, No. 17, Primera Época, 31 de Marzo de 1987, pág. VII

excusarse, en los casos expresados en el artículo 522 de este Código. La contravención a esta disposición se castigará como lo previene el Código Penal".

Y el artículo 522 del mismo ordenamiento, estatuye: "Son causas de recusación las siguientes: I. Tener el funcionario íntimas relaciones de afecto o respeto con el abogado de las partes; II. Haber sido el juez, su cónyuge o sus parientes consanguíneos o afines, en los grados que menciona la fracción VIII, acusadores de alguna de las partes; III. Seguir el juez, o las personas a que se refiere la fracción anterior, contra alguno de los interesados en el proceso, negocio civil o mercantil, o no llevar un año de terminado el que antes hubiere seguido; IV. Asistir durante el proceso a convite que le diere o costear alguna de las partes; tener mucha familiaridad o vivir en familia con alguna de ellas; V. Aceptar presentes o servicios de alguno de los interesados; VI. Hacer promesas, prorrumpir en amenazas o manifestar de otra manera odio o afecto íntimo a alguna de las partes; VII. Haber sido sentenciado el funcionario en virtud de acusación hecha por alguna de las partes; VIII. Tener interés directo en el negocio, o tenerlo su cónyuge, parientes consanguíneos en línea recta, sin limitación de grados, o colaterales consanguíneos o afines dentro del cuarto grado; IX. Tener pendiente un proceso igual al que conoce, o tenerlo sus parientes expresados en la fracción anterior; X. Tener relaciones de intimidad con el acusado; XI. Ser, al incoarse el procedimiento, acreedor, deudor, socio, arrendatario o arrendador, dependiente o principal del procesado; XII. Ser o haber sido tutor o curador del procesado, o haber administrado por cualquier causa sus bienes; XIII. Ser heredero presunto o instituido, legatario o donatario del procesado; XIV. Tener mujer o hijos que, al incoarse el procedimiento, sean acreedores, deudores o fiadores del procesado; XV. Haber sido Magistrado o Juez en otra instancia, jurado, testigo, procurador o abogado, en el negocio

de que se trate, o haber desempeñado el cargo de defensor del procesado". (45)

En relación a la característica de irresponsabilidad, BORJA OSORNO escribe: "Tiene por objeto proteger al Ministerio Público contra los individuos que él persigue en juicio, a los cuales no se les concede ningún derecho contra los funcionarios que ejercen la acción penal, aún en el caso de ser absueltos. Esto no quiere decir que puedan obrar a su capricho o que no se les pueda perseguir por violación a la ley o infracciones en sus deberes". (46)

Por último diremos que el Ministerio Público es una institución de buena fe, en virtud de que su función no es sólo acusar sino que tiene la obligación de solicitar la libertad de un procesado, cuando de las diligencias practicadas se desprenda que no existen elementos para proceder en su contra.

Esta particularidad tiene singular relevancia para nuestro trabajo, puesto que, sostenemos que el Ministerio Público debe abstenerse de ejercitar acción penal en los casos en que se establezca en la averiguación previa, que el indiciado actuó en circunstancias que excluyen su responsabilidad, tal y como lo establece el artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el artículo 17 del Código Penal para el Distrito Federal, que por su importancia estudiaremos en otro Capítulo de esta tesis.

En base a lo expuesto, diremos que el Ministerio Público es un órgano que forma parte del Poder Ejecutivo con

---

(45) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 2a. Edic., Edit. Ediciones Andrade, S.A., México 1972, págs. 191, 193 y 194

(46) Ibid. pág. 88

independencia del Poder Judicial, pero que coadyuva con éste en la impartición de justicia supervisando la correcta aplicación de la ley en los procesos penales, teniendo la exclusividad para ejercitar la acción penal.

#### 1.- BASES CONSTITUCIONALES

Sin lugar a duda, el Ministerio Público surge en México a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1917, al triunfo del movimiento revolucionario encabezado por don Venustiano Carranza.

"El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que introdujo profundos cambios con respecto al Derecho anterior, atribuyó en exclusiva al Ministerio Público la facultad de perseguir los delitos, desplazando, en este orden de cosas, funciones que antes se atribuían al juez instructor. De este modo erigió un "monopolio para acusar" en manos del Ministerio Público". (47)

"El texto primitivo del proyecto enviado por el Primer Jefe, se hallaba redactado en los siguientes términos: La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Sólo incumbe a la autoridad administrativa, el castigo de las

---

(47) GARCIA RAMIREZ, SERGIO - ADATO DE IBARRA, VICTORIA. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 3a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1984, pág. 4

infracciones de los reglamentos de policía y la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial que estará a la disposición de éste". (48)

Redactada de esta manera, parecería que cualquier autoridad administrativa tendría a su cargo la persecución de los delitos, independientemente de que es incorrecto decir que se persiguen los delitos, pues éstos no se siguen, se investigan.

Finalmente el artículo 21 Constitucional, estableció: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél ...". (49)

SERGIO VELA TREVIÑO critica la redacción de este numeral, al escribir: "... consideramos que es absolutamente inadecuada la redacción del texto de la Constitución, ya que los delitos no se persiguen, sino que se sancionan. Los delitos no son motivo de persecución aunque la ley así lo diga; lo que es perseguible es el hecho que puede llegar a ser constitutivo de delito, ya que es precisamente la persecución del hecho lo que permite el ejercicio de la facultad exclusiva de los tribunales penales para resolver si un hecho es o no constitutivo de delito. Lo que parece correcto es considerar que la persecución que como facultad exclusiva otorga la Constitución al Ministerio Público es la de los hechos que, por tener apariencia de delitos, justifican la intervención del Ministerio Público como representante de una sociedad interesada en que sean

---

(48) GONZALEZ BUSTAMANTE, op. cit., pág. 75

(49) TENA RAMIREZ, FELIPE, Leyes Fundamentales de México, 14a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1987, pág. 824

sancionados todos aquellos hechos que sean, efectiva y legalmente, constitutivos de delito". (50)

Ahora bien, siendo el Ministerio Público la única autoridad facultada para ejercitar la acción penal, surge el problema de que éste en dado momento se niegue arbitrariamente a realizar dicha función, porque entonces el ofendido no tendría a su alcance ningún recurso para hacerlo valer en contra de esa determinación, ni siquiera el Juicio de Garantías haría cambiar una decisión de esa naturaleza.

"Cuando el Ministerio Público ilegalmente -escribe el maestro BURGOA-, contra toda disposición, se niegue a ejercitar su potestad persecutoria, ninguna otra autoridad, ni el ofendido mismo, pueden hacer que el delito cometido no quede impune, puesto que, según lo asentado por la Corte al interpretar el artículo 21 Constitucional, esa facultad es privativa de la indicada institución, cuyas disposiciones sobre su no ejercicio son inimpugnables por ningún medio ordinario o extraordinario, incluyendo la acción de amparo". (51)

Pudiésemos considerar la factibilidad de la procedencia del juicio de amparo, para impugnar la decisión del Ministerio Público de no ejercitar la acción penal, si a nuestro juicio se encontraran reunidos los elementos suficientes para hacer probable la responsabilidad del indiciado, pero correríamos el grave peligro de caer, como en la Epoca Colonial, en manos de jueces con demasiadas facultades.

---

(50) VELA TREVIÑO, SERGIO. La Prescripción en Materia Penal, 1a. Edic., Edit. Trillas, México 1983, pág. 70

(51) Op. cit., pág. 663

En este sentido, OBREGON HEREDIA cita la siguiente Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte: "MINISTERIO PUBLICO, AMPARO CONTRA SUS ACTOS.- La abstención en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, al igual que el desistimiento de ella, comprende violaciones sociales y no de garantías individuales, y por lo mismo, no puede quedar sometida al control constitucional del juicio de amparo, seguido ante la autoridad judicial federal, fundamentalmente, por prohibirlo el artículo 21 de la Constitución Federal, que restringe el alcance de la regla general contenida en el artículo 14 de ese mismo ordenamiento, para los casos en que se afecta a una persona en sus intereses patrimoniales, pues interpretar nuestra Carta Magna en otro sentido, equivaldría a nulificar los propósitos que tuvo el Congreso Constituyente de 1917 para aprobar la forma del artículo 21 de la Constitución Federal de 1857 ya que, por medio de una indebida y arbitraria interpretación del precepto que actualmente nos rige, continuará el Ministerio Público en el carácter de elemento puramente decorativo, los jueces mexicanos serían los encargados de averiguar los delitos, y el ejercicio de la acción penal ya no estaría encomendada exclusivamente al Ministerio Público y a la Policía Judicial, sino que ambos lo compartirían con la autoridad judicial, quien tendría bajo su autoridad y bajo su mando inmediato al Ministerio Público y a la Policía Judicial, a través del juicio de amparo y de las severas sanciones establecidas para toda autoridad que no cumple debidamente las ejecutorias de esta Suprema Corte, todo lo cual retrotraería nuestro sistema procesal a la época anterior a la Constitución Federal de 1917".

"La anterior interpretación del artículo 21 Constitucional, única que respeta el equilibrio de poderes en que descansa nuestro régimen político, no queda desvirtuada por el hecho de que la indebida abstención en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público pueda causar daños patrimoniales

a los particulares ofendidos en los delitos denunciados, pues partiendo de la base indiscutible de que a esos particulares no pueda reconocérseles ningún derecho desde el punto de vista de la represión de los delitos, sino sólo en cuanto a la reparación del daño, debe considerarse que la correcta interpretación del artículo 21 constitucional sólo cambia la vía judicial mediante la cual los afectados pueden establecer su acción, pues cuando el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción penal, tienen a su alcance la vía civil para demandar el pago de daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito en el aspecto civil, concepto que no se equipara en derecho al de lo ilícito penal, integrante de un delito. Quinta Época: Tomo CVI. 3393/50, pág. 1354". (52)

De conformidad con la Jurisprudencia citada, que interpreta correctamente el artículo 21 Constitucional, en el sentido de que el Ministerio Público tiene en exclusividad la facultad de ejercitar o no la acción penal, cabe señalar que ésta se presenta en dos etapas, la primera conocida por la averiguación previa y la segunda durante el proceso.

CESAR AUGUSTO OSORIO Y NIETO señala: "El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal. El preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o

---

(52) OBREGON HEREDIA, JORGE. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Comentado y Concordado, Jurisprudencia, Tesis y Doctrina, 4a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1987, págs. 13 y 14

abstención de la acción penal". (53)

Respecto al momento procesal señalado por OSORIO Y NIETO, el penalista GONZALEZ BUSTAMANTE escribe: "Como titular de la acción penal, el Ministerio Público tiene las funciones de acción y requerimiento, persiguiendo y acusando ante los tribunales a los responsables de un delito; el Juez de lo penal no puede actuar de oficio, necesita que se lo pida el Ministerio Público". (54)

"En esta segunda fase el Ministerio Público se introduce al proceso en calidad de parte, aunque con especiales atributos. A él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de penas, etc.". (55)

En el período procedimental, además de las funciones del Ministerio Público que hemos citado con antelación, el ejercicio de la acción penal implica en forma especial: la solicitud de la aplicación de una pena al procesado, mediante la formulación de conclusiones acusatorias; o el pedimento de libertad para la persona enjuiciada, ya sea porque no se acreditó en la causa el cuerpo del delito, no se haya comprobado su responsabilidad en la comisión del delito que se le imputó, o que exista en su favor una excluyente de responsabilidad.

---

(53) OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. La Averiguación Previa, 3a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1985, pág. 1

(54) Op. cit., pág. 78

(55) TENA RAMIREZ, FELIPE. Derecho Constitucional Mexicano, 20a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1984, pág. 487

Al Ministerio Público debemos encuadrarlo dentro del Poder Ejecutivo, y para fundamentar nuestra aseveración transcribiremos la Fracción VI, base 5a. del Artículo 73 de la Constitución Federal, que establece: "El Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo de un Procurador General, que residirá en la Ciudad de México, y del número de agentes que determine la ley, dependiendo dicho funcionario directamente del Presidente de la República, quien lo nombrará y removerá libremente". (56)

BURGOA ORIHUELA al referirse a las facultades de nombramiento del Ejecutivo Federal, nos dice: "El Presidente de la República puede designar libremente a los Secretarios de Despacho, al Procurador General de la República, al Jefe del Departamento del Distrito Federal, al Procurador de Justicia de esta entidad federativa (artículo 89, fracción II de la Constitución)". (57)

De conformidad con lo que hemos señalado, podemos establecer que el fundamento constitucional del Ministerio Público en el Distrito Federal, lo conforman esencialmente los artículos 21, 73 Fracción VI, base 5a. y 89 Fracción II de la Carta Magna.

De donde podemos concluir que el Ministerio Público es un organismo dependiente del Poder Ejecutivo, con la exclusiva facultad para ejercitar o no la acción penal, quedando la Policía Judicial bajo su mando inmediato. Y que en base al criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 21 Constitucional, el monopolio de la acción penal implica

---

(56) Op. cit., pág. 74

(57) BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Derecho Constitucional Mexicano, 3a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1979, pág. 704

la negación a los particulares o a cualquier otra autoridad para ocurrir directamente ante un Juez para incoar un procedimiento penal. Particulares que únicamente podrán hacer valer sus derechos en la vía civil, en demanda del pago de daños y perjuicios.

## 2.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Después de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es la base legal en orden de jerarquía que sustenta la función investigadora que corresponde al Ministerio Público.

El Código Adjetivo Penal regula la actividad del órgano investigador que se encuentra prevista en el artículo 21 de la Constitución Federal, resultando en este sentido la norma reglamentaria de este precepto, por cuanto hace al ejercicio de la acción penal.

Vamos a abordar el estudio de los preceptos contenidos en el Código de Procedimientos Penales para encontrar la base del Representante Social en ese ordenamiento, por cuanto hace a su función investigadora de delitos, en el ejercicio o abstención de la acción penal, normas que fundamentan al Ministerio Público dentro del período de averiguación previa y en la fase procesal.

El artículo 2o del Código de Procedimientos Penales, establece: "Al Ministerio Público corresponde el ejercicio

exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto: I. Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales; II. Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal". (58)

El precepto citado, consagra en favor del Ministerio Público el monopolio del ejercicio de la acción penal con exclusión de los órganos jurisdiccionales, lo que representa un avance substancial dentro del procedimiento penal, en relación con los períodos colonial e independiente que analizamos en el capítulo precedente de este trabajo.

En este sentido nuestro más Alto Tribunal ha emitido la siguiente jurisprudencia: "ACCION PENAL.- Corresponde su ejercicio al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo la autoridad y mando de aquél. Una de las más trascendentales innovaciones hechas por la Constitución de 1917 a la organización judicial, es la de que los jueces dejen de pertenecer a la Policía Judicial para que no tengan el carácter de jueces y partes encargados, como estaban antes de la vigencia de la Constitución, de decidir sobre la responsabilidad penal y allegar, de oficio, elementos para fundar el cargo. Quinta Epoca: Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1964 del Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, Primera Sala, pág. 20". (59)

Cabe señalar que el precepto invocado, no sólo excluye al Poder Judicial en el ejercicio de la acción penal, sino también al ofendido, quien ya no podrá ocurrir directamente ante

---

(58) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 39a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1988, pág. 9

(59) OBREGON HEREDIA, op. cit., pág. 59

un juez para incoar un proceso penal, obligándolo a presentar su denuncia o querrela precisamente ante el Ministerio Público, incluso, la solicitud de reparación del daño incumbe a la representación social, quedando como única posibilidad del ofendido para hacer valer sus derechos, el ejercicio de la acción civil correspondiente, cuando en la vía penal resulte desprotegido.

Al respecto, JORGE GARDUÑO GARMENDIA escribe: "... es el Ministerio Público el único órgano del Estado facultado para exigir la reparación del daño causado al ofendido por la comisión del ilícito penal, por lo que el Ministerio Público, con el fin de lograr la reparación del daño privado y social, debe proceder conforme a las determinaciones que le señale la ley en cada uno de sus actos, haciendo amplio uso de la facultad de perseguir el delito que le concede el artículo 21 Constitucional".

"Actualmente, con la reforma de 1984 efectuada en el artículo 34 del Código Penal vigente, la parte ofendida queda facultada para intentar la vía civil, con la finalidad de obtener la reparación del daño, cuando no pueda lograrlo por el no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, o sobreseimiento o sentencia absolutoria dictada por el órgano jurisdiccional". (60)

Así, el artículo 34 del Código Penal para el Distrito Federal establece: "La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrá

---

(60) GARDUÑO GARMENDIA, JORGE. El Ministerio Público en la Investigación de Delitos, 1a. Edic., Edit. Limusa, S.A. de C.V., México 1988, pág. 92

coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales".

"Cuando dicha reparación deba exigirse a un tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales".

"Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente". (61)

El artículo 3o del Código de Procedimientos Penales, casuísticamente nos señala las principales funciones encomendadas al Ministerio Público, en uso de su exclusiva facultad de ejercitar la acción penal, el numeral en cita señala: "Corresponde al Ministerio Público: I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias; II. Pedir al juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades; III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este Código, y pedir en los demás casos, la detención del delincuente; IV. Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite;

---

(61) Código Penal para el Distrito Federal, 41a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1985, pág. 18

V. Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado; VI. Pedir al juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable, y VII. Pedir la libertad del detenido cuando ésta proceda". (62)

Cada una de las fracciones descritas en el artículo 3o, contienen disposiciones esenciales en el ejercicio de la acción penal. Funciones que podríamos resumir, diciendo que corresponde al Representante Social: dirigir a la Policía Judicial, comprobar el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado y, solicitar la libertad del detenido cuando ésta proceda en los términos de ley.

En este momento se hace imprescindible hacer un breve análisis de la Policía Judicial. Hemos señalado que tiene su fundamento en el artículo 21 Constitucional, que la constriñe a actuar bajo la autoridad y mando del Ministerio Público, debiéndose entender éste en la más amplia acepción de la palabra, es decir, bajo las órdenes del Procurador General en quien está representada esta institución, pues en la práctica se presenta el problema de que el Ministerio Público investigador depende de la Dirección General de Averiguaciones Previas, el Ministerio Público adscrito a juzgados y salas a la Dirección General de Control de Procesos y el Agente de la Policía Judicial a la Dirección General de la Policía Judicial, en estas circunstancias podemos observar que cotidianamente la Policía Judicial actúa con independencia del Ministerio Público, puesto que dependen en igual jerarquía institucional a diversas Direcciones Generales.

Por la gran cantidad de denuncias y querellas

---

(62) Op. cit., pág. 10

que recibe el Ministerio Público, que son canalizadas en un principio en una averiguación previa y posteriormente en un proceso, es indudable que el Procurador General no tiene conocimiento de todas ellas, siendo que el Agente del Ministerio Público investigador o adscrito son quienes realizan las diligencias tendientes a la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado, sin que tenga un mando directo sobre los Agentes de la Policía Judicial, quienes actúan sin sujeción de parte del Ministerio Público, pues dependiendo de Direcciones Generales diversas, no se tiene el mando que ordena la Constitución, siendo en mi concepto aconsejable que la Policía Judicial, orgánicamente dependiera de las Direcciones Generales de Averiguaciones Previas y Control de Procesos, para que realmente se cumpliera el mandato constitucional.

En relación a esta Policía, OSORIO Y NIETO escribe: "La Policía Judicial es la corporación de apoyo al Ministerio Público, que por disposición constitucional, auxilia a aquél en la persecución de los delitos y que actúa bajo la autoridad y mando del Ministerio Público". (63)

Para evitar confusiones diremos que la Policía Judicial está bajo el mando del Procurador General y es auxiliar del Ministerio Público, de donde inferimos que el Procurador además de tener la exclusividad en el ejercicio de la acción penal, es también el titular de la Policía Judicial.

JUVENTINO V. CASTRO, nos dice: "La Constitución de 1917 estableció, en materia penal, una doble función del

---

(63) Op. cit., pág. 64

Ministerio Público: como titular de la acción penal y como jefe de la Policía Judicial; característica, esta última de extracción netamente nacional".

"La facultad de policía judicial es el medio preparatorio al ejercicio de la acción penal, y es definida por JAVIER PIÑA Y PALACIOS como: el acto por medio del cual el Ministerio Público reúne los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal".

"La facultad de policía judicial es ejercida por el Ministerio Público ante sí mismo, bastando para que tenga vida, su simple ejercicio. La facultad de Policía Judicial tiene pues por objeto llenar los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional. Comprobados que sean estos extremos ya se podrá ejercitar la acción penal ante la jurisdicción que le corresponda". (64)

La segunda parte del primer párrafo del artículo 16 Constitucional, señala los elementos que deben cumplimentarse para que el Ministerio Público pueda ejercitar acción penal, al establecer: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices,

---

(64) V. CASTRO, JUVENTINO. El Ministerio Público en México, 7a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1990, págs. 31, 32 y 33

poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".  
(65)

Por último, cabe señalar que el Ministerio Público tiene la importantísima facultad de poder solicitar la libertad de un detenido, cuando proceda en términos de ley. Por desgracia, esta facultad rara vez es ejercitada, con lo que se pierde la noción de representante social que debe tener el Ministerio Público, pues más que un órgano investigador se ha convertido en una institución acusadora *per se*, olvidándose que debe resguardar los derechos del detenido, sobre todo si existe a su favor alguna excluyente de responsabilidad o causa de extinción de la acción penal, lo que debe promover de oficio y sin necesidad de solicitud por parte de la defensa, tal y como lo previenen los artículos 3o bis y 6o del Código de Procedimientos Penales y el artículo 17 del Código Penal, mismos que a continuación transcribiremos.

"Artículo 3o bis.- En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal".

"Artículo 6o.- El Ministerio Público pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que se refiere

---

(65) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edición de la Secretaría de Gobernación, México 1985, pág. 38

el Capítulo IV, Título I, Libro Primero del Código Penal, o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido (causas todas ellas, que estudiaremos en el capítulo IV de esta tesis)". (66)

"Artículo 17.- Las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se harán valer de oficio". (67)

Respecto al artículo 273 del Código de Procedimientos Penales, tiene importancia porque señala que el Ministerio Público y la Policía Judicial, deben tomar en consideración la Ley Orgánica y el Reglamento Interior para cada una de sus actuaciones, ordenamientos a los que nos avocaremos para su análisis en el siguiente inciso de este capítulo, procediendo a transcribir el citado artículo para que tengamos conocimiento del mismo.

"Artículo 273.- La policía judicial estará bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, lo mismo que la policía preventiva, cuando actúe en averiguación o persecución de los delitos".

"Tanto el Ministerio Público como la policía se sujetarán a los reglamentos y leyes orgánicas respectivas, en lo que concierne a las diligencias que hayan de practicar antes de iniciarse el procedimiento judicial". (68)

Habiendo encontrado el fundamento del Ministerio

---

(66) Op. cit., págs. 10 y 11

(67) Op. cit., pág. 13

(68) Ibid., págs. 63 y 64

Público, en las disposiciones que citamos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, podemos concluir diciendo que el Representante Social tiene a su cargo el monopolio para el ejercicio o abstención de la acción penal, y que es el Titular de la Policía Judicial.

De igual forma, en base a las disposiciones contenidas en los Códigos Penal y Procesal Penal, el Ministerio Público tiene la exclusividad para exigir la reparación del daño, quedando como única opción para que el ofendido pueda hacer valer sus derechos, cuando no pueda lograrlo ante el órgano investigador o en la jurisdicción penal, ejercitar la acción civil respectiva.

Cabe señalar que si bien es cierto que la Constitución y el Código Procesal, ordenan que la Policía Judicial debe estar bajo el mando inmediato del Ministerio Público, en la realidad esto no se presenta, dado que el Procurador General no puede conocer de todas las denuncias que se presentan y al delegar sus funciones en el agente investigador y en el adscrito a tribunales, estos carecen de mando hacia la Policía Judicial, lo que ha dado como consecuencia un gran abuso por parte de los agentes judiciales.

En última instancia señalaremos que el Ministerio Público tiene la facultad de determinar, a nivel de averiguación previa o dentro del proceso, la libertad de una persona, cuando esto proceda con arreglo a la ley. Dada la importancia de esta función, que es la esencia de nuestro trabajo, será objeto de estudio en el Capítulo IV de la presente Tesis.

**3.- LEY ORGANICA Y REGLAMENTO INTERIOR DE LA  
PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA  
DEL DISTRITO FEDERAL**

Habiendo señalado que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal viene a ser la ley reglamentaria del artículo 21 Constitucional, respecto a la función investigadora de los delitos que compete al Ministerio Público, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal es la norma que establecerá la funcionalidad de esta Institución, que se encuentra integrada dentro de la Procuraduría General, y establecerá las atribuciones de cada uno de sus funcionarios.

Como un antecedente, establecimos que el artículo 273 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, remite al representante social a la Ley Orgánica, por ser la norma que especifica la forma en que ha de llevar a cabo el ejercicio de la acción penal.

A fin de distinguir la sutil diferencia que pudiese existir entre Ley Orgánica y Ley Reglamentaria, haremos alusión a los comentarios que hace nuestro emérito profesor ANDRES SERRA ROJAS, quien escribe: "La Constitución emplea diversas denominaciones para aludir a las Leyes. Esas denominaciones son: ley, ley ordinaria, ley orgánica, ley reglamentaria de la Constitución, ley suprema. A pesar de esas expresiones, no se trata de órdenes jurídicos contradictorios o de contenido diferente, sino normas

formal y materialmente semejantes".

"Se ha sostenido que "es indudable que entre un ordenamiento de carácter orgánico y otro reglamentario existen diferencias notables de orden jurídico que los hacen inconfundibles". Como la Constitución emplea diversas denominaciones para referirse a la ley, se piensa que la expresión "Ley Orgánica de la Constitución", se refiere a normas que estructuran o precisan una institución administrativa; en tanto que la expresión "Ley Reglamentaria de un artículo de la Constitución", alude al desarrollo directo de ese precepto". (69)

Por su parte, el maestro GABINO FRAGA señala: "Lo más que puede admitirse para no destruir la terminología, es considerar a las leyes orgánicas como una especie dentro del género "leyes ordinarias" y aplicar esa denominación cuando se trata de normas que no hacen más que concretar bases ya establecidas por la Constitución o de regular la formación y funcionamiento de órganos del Poder Público". (70)

Basándonos en los pensamientos de los grandes tratadistas en Derecho Administrativo que hemos citado, diremos que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal viene a ser el ordenamiento legal que regula y estructura el funcionamiento del Ministerio Público en la Procuraduría General de Justicia, ley en la que, al analizar su contenido, encontraremos el fundamento del Representante Social

---

(69) SERRA ROJAS, ANDRES. Derecho Administrativo, 8a. Edic., Tomo Primero, Edit. Porrúa, S.A., México 1977, pág. 173

(70) FRAGA, GABINO. Derecho Administrativo, 3a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1944, pág. 57

por lo que respecta a la forma en que debe llevar a cabo el monopolio de la acción penal que le es encomendada por nuestra Carta Magna.

Citamos en el inciso anterior, la imposibilidad material para que el Procurador General pueda conocer de todas las averiguaciones previas y procesos en los que participa el Ministerio Público, en tales condiciones, será precisamente la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia quien nos de la pauta para conocer la forma en que el Procurador delega sus funciones a través de los órganos que integran esa institución.

Así, COLIN SANCHEZ señala: "Dados los principios esenciales característicos del Ministerio Público y tomando en cuenta también las funciones que tiene que realizar no sería posible que las mismas se llevaran a cabo por el propio Procurador, razón por la cual la Ley Orgánica establece su integración y funciones". (71)

A continuación citaremos los principales artículos de la Ley Orgánica, que son fundamento del Ministerio Público en el Distrito Federal.

"Artículo 1.- La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, es la dependencia del Poder Ejecutivo Federal en la que se integra la Institución del Ministerio Público del Distrito Federal y sus órganos auxiliares directos, para el despacho de los asuntos que a aquélla atribuyan los artículos 21 y 73 Fracción VI, Base 5a., de la Constitución Política de

---

(71) Op. cit., pág. 112

los Estados Unidos Mexicanos, el presente ordenamiento y las demás disposiciones legales aplicables". (72)

Al remitirnos este artículo a los preceptos que menciona de la Carta Magna, debe inferirse categóricamente que el mismo se refiere a que la persecución de los delitos es exclusiva del Ministerio Público y que éste estará representado por un Procurador General.

El artículo 2o señala: "La institución del Ministerio Público del Distrito Federal, presidida por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en su carácter de representante social, tendrá las siguientes atribuciones, que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme a lo establecido en el artículo 7o de esta ley: I. Perseguir los delitos del orden común, cometidos en el Distrito Federal; II. Velar por la legalidad en la esfera de su competencia como uno de los principios rectores de la convivencia social, promoviendo la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia; III. Proteger los intereses de los menores, incapaces, así como los individuales y sociales en general, en los términos en que determinen las leyes; IV. Cuidar la correcta aplicación de las medidas de política criminal, en la esfera de su competencia, y V. Las demás que las leyes determinen". (73)

Este precepto nos confirma la representatividad de la institución del Ministerio Público a cargo del Procurador General, a quien le otorga el carácter de representante social,

---

(72) Op. cit., pág. 551

(73) Ibid., pág. 552

característica vital para entender el por qué del monopolio de la acción penal a su favor, con exclusión de cualquier otro órgano del Estado o incluso de los particulares, pues precisamente el Ministerio Público es quien legalmente los representa.

"Artículo 3.- En la persecución de los delitos del orden común, al Ministerio Público le corresponde: A. En la averiguación previa: I. Recibir denuncias, acusaciones o querrelas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito; II. Investigar los delitos del orden común con el auxilio de la Policía Judicial, de los servicios periciales y de la Policía Preventiva; III. Practicar las diligencias necesarias, para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quienes en ellos hubieren intervenido, para fundamentar, en su caso, el ejercicio de la acción penal; IV. Restituir al ofendido en el goce de sus derechos, provisional e inmediatamente, de oficio o a petición del interesado, cuando esté comprobado el cuerpo del delito de que se trate en la averiguación previa, ordenando que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, si se estimare necesario; y en su caso, exigiendo se otorgue garantía, la que se pondrá a disposición del órgano jurisdiccional, si se ejercita acción penal; V. Solicitar la aplicación de la medida precautoria de arraigo y las órdenes de cateo, en los términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; VI. No ejercitar la acción penal: a) Cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; b) Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo intervención en los hechos punibles y sólo por lo que respecta a él; c) Cuando la responsabilidad penal se hubiere extinguido legalmente, en los términos del Código Penal; d) Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal;

e) Cuando, aun pudiendo ser delictivos los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable. Cuando por cualquier motivo el Ministerio Público consigne a la autoridad judicial algún asunto al que se refiera esta fracción, el juez del conocimiento, de oficio, dictará el sobreseimiento respectivo.

B. En el ejercicio de la acción penal y durante el proceso: I. Promover la incoación del proceso penal; II. Ejercitar la acción penal ante los juzgados competentes por los delitos del orden común, cuando exista denuncia, o querrela, o esté comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quienes hubieren intervenido, solicitando las correspondientes órdenes de aprehensión o de comparecencia; III. Solicitar, en los términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las órdenes de cateo que sean necesarias; IV. Poner a disposición de la autoridad judicial sin demora, a las personas detenidas, en los términos de las disposiciones constitucionales y legales ordinarias; V. Remitir al órgano jurisdiccional que lo haya solicitado, a las personas aprehendidas en cumplimiento de una orden dictada por éste, en los términos señalados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; VI. Ejercitar la acción penal ante el Juez de la Ciudad de México, en los casos de detenidos por delitos del orden común cometidos fuera del Distrito Federal, pidiéndole que resuelva en los términos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin perjuicio de que determine lo relativo a su competencia; VII. Pedir el embargo precautorio de bienes, para los efectos de la reparación del daño en todos los casos, salvo que ésta se garantice satisfactoriamente; VIII. Aportar las pruebas pertinentes y promover en el proceso las diligencias conducentes al debido esclarecimiento de los hechos, a la comprobación del delito, de la responsabilidad

de quienes hayan intervenido, de la existencia del daño y a la fijación del monto de su reparación; IX. Formular conclusiones en los términos señalados por la ley, solicitando la imposición de las penas y medidas que correspondan y el pago de la reparación del daño; o, en su caso, planteando las circunstancias excluyentes de responsabilidad o las causas que extinguen la acción penal; X. Interponer los recursos que la ley concede, expresar agravios; y, XI. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos y realizar las demás atribuciones que le señalen las leyes.

C. En relación a su intervención como parte en el proceso: I. Remitir al órgano jurisdiccional que lo haya solicitado a las personas aprehendidas en cumplimiento de una orden dictada por éste, en los términos señalados por el artículo 107 Fracción XVIII, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; II. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes, para los efectos de la reparación del daño; III. Aportar las pruebas pertinentes y promover en el proceso las diligencias conducentes al debido esclarecimiento de los hechos; a la comprobación del delito, de la responsabilidad de quienes hayan intervenido, de la existencia del daño y a la fijación del monto de su reparación; IV. Formular conclusiones en los términos señalados por la ley y solicitar la imposición de las penas y medidas que correspondan y el pago de la reparación del daño; V. Interponer los recursos que la ley concede y expresar los agravios correspondientes; y, VI. Las demás atribuciones que le señalen las leyes". (74)

El precepto transcrito, atinadamente distingue la función que debe desempeñar el Ministerio Público en las diversas

---

(74) Ibid., págs. 552, 553, 554 y 555

etapas del proceso penal.

En la primera correspondiente a la averiguación previa, constríñe al Ministerio Público a recibir las denuncias y querellas que le presenten otros organismos públicos o los particulares, las que canalizará al Poder Judicial o en las que determinará el no ejercicio de la acción penal, cuando ello proceda de conformidad con lo que establece el propio precepto.

En la segunda al ejercitar la acción penal, le impone la obligación de comprobar el cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado, debiendo culminar con la formulación de conclusiones acusatorias o con la solicitud de libertad, cuando ésta proceda.

Y la tercera etapa, le da una característica *sui generis* al Ministerio Público, colocándolo como parte en el proceso penal. Es importante señalar que en todas y cada una de las etapas, el Representante Social tiene la obligación de preservar los derechos de los ofendidos, por cuanto hace a la reparación del daño que les corresponda.

"Artículo 21.- La Policía Judicial actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público, en los términos del artículo 21 de la Constitución, auxiliándolo en la investigación de los delitos del orden común. Para este efecto, podrá recibir denuncias y querellas sólo cuando por la urgencia del caso no sea posible, la presentación directa de aquéllas ante el Ministerio Público, pero deberá dar cuenta sin demora a éste para que acuerde lo que legalmente proceda". (75)

En nuestro concepto, el artículo que hemos mencionado, erróneamente faculta a la Policía Judicial para recibir denuncias y querellas, ya que esto ha traído infinidad de abusos por parte de este órgano policiaco. Y como reiteradamente lo hemos venido señalando, no obstante lo ordenado por la Constitución, el Código Procesal y la Ley Orgánica, la Policía Judicial continuamente actúa con independencia del Ministerio Público.

Sabiendo que los agentes de la Policía Judicial carecen de la debida preparación, es muy peligroso autorizarlos para que reciban denuncias y querellas a través de "actas de policía judicial", que difícilmente pueden conducirnos al principio general que todo mundo desea y que es la correcta impartición de justicia, por lo que proponemos se derogue esa facultad y en lo subsecuente sea el Ministerio Público el único ante quien se pueda formular una denuncia o querella.

Por otra parte, se nos hace difícil concebir algún caso de urgencia (como señala el artículo 21 en cita) en el que no se pudiese presentar una denuncia o querella ante el Ministerio Público, si sabemos que las Agencias Investigadoras laboran las veinticuatro horas de todos los días del año.

En relación al Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el mismo tiene gran relevancia, en virtud de que detalladamente nos señala las funciones y facultades de cada uno de los órganos que componen esta institución.

Respecto a la naturaleza e importancia de los reglamentos, TENA RAMIREZ escribe: "Esta subordinación del reglamento a la ley, se debe a que el primero persigue la ejecución de la segunda, desarrollando y completando en detalle las normas contenidas

en la ley. No puede, pues, el reglamento exceder el alcance de la ley ni tampoco contrariarla, sino que debe respetarla en su letra y en su espíritu. El reglamento es a la ley lo que la ley es a la Constitución, por cuanto la validez de aquél debe estimarse según su conformidad con la ley. El reglamento es la ley, en el punto en que ésta ingresa a la zona de lo ejecutivo; es el eslabón entre la ley y su ejecución, que vincula el mandamiento abstracto con la realidad concreta". (76)

Al Reglamento nos remiten los artículos 273 del Código de Procedimientos Penales y el 7o de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, los cuales señalan que el Ministerio Público deberá sujetarse a las disposiciones contenidas en el reglamento interior para desempeñar las funciones que tiene encomendadas.

Anteriormente hemos transcrito el artículo 273 del Código Procesal, por lo que nos concretaremos a mencionar el artículo 7o de la Ley Orgánica, que establece: "El Procurador intervendrá por sí o por conducto de agentes del Ministerio Público, en el ejercicio de las atribuciones a que se refieren los artículos anteriores, según las previsiones del reglamento y los acuerdos que, dentro de su competencia, dicte el Procurador". (77)

Siguiendo estas directrices, el artículo 1o. del Reglamento Interior señala: "La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, como dependencia del Poder Ejecutivo Federal, tiene a su cargo el ejercicio de las atribuciones conferidas al

---

(76) BURGOA ORIHUELA, op. cit., pág. 697

(77) Ibid., pág. 556

Ministerio Público del Distrito Federal y el despacho de los asuntos, en términos de las disposiciones Constitucionales, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y otras disposiciones legales, así como los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente de la República". (78)

Hemos señalado que el Procurador General no puede atender todos los asuntos encomendados a la Procuraduría, pero que legalmente es el responsable de todas las actuaciones que realicen los funcionarios de ésta, pero la forma en que puede llevar a cabo sus atribuciones es delegándolas en los órganos que componen a esta institución.

Esta delegación esta contemplada por el artículo 4o del Reglamento, que ordena: "La representación de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el trámite y resolución de los asuntos de su competencia, corresponde originalmente al Procurador, quien para la mejor distribución y desarrollo de trabajo y el despacho de los asuntos, podrá delegar sus facultades en los servidores públicos de las unidades administrativas de la Procuraduría, sin perjuicio de la posibilidad de su ejercicio directo, esta delegación se hará mediante acuerdo que deberá ser publicado en el Diario Oficial de la Federación. También corresponde al Titular, cuando lo juzgue necesario, el ejercicio de las facultades que este Reglamento atribuye a las demás unidades administrativas y servidores públicos". (79)

---

(78) CALVO NICOLAU, ENRIQUE Y VARGAS AGUILAR, ENRIQUE. Micro Themis Penal, 2a. Edic., Edit. Themis, S.A., México 1991, pág. 1

(79) Ibid., pág 3

Ahora bien, por la relación que guarda con nuestro trabajo, citaremos las principales facultades delegables del Procurador y que se encuentran previstas por el artículo 6o del Reglamento, que a la letra dice: "Serán también atribuciones del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, las siguientes, mismas que por acuerdo de éste, podrán ser delegadas en los Subprocuradores: I. Autorizar a los servidores públicos competentes de la Procuraduría, para que actúen en materia de sobreseimiento de los procesos penales en los casos en que proceda legalmente; II. Resolver sobre los casos en que proceda pedir la libertad del detenido y el no ejercicio de la acción penal; III. Resolver sobre las consultas que el Agente del Ministerio Público formule o las prevenciones que la Autoridad Judicial acuerde, en los términos que la Ley establezca a propósito de conclusiones presentadas en un proceso penal o de actos cuya consecuencia sea el sobreseimiento del proceso o la libertad absoluta del inculcado antes de que se pronuncie sentencia; y IV. Las demás que por disposición legal le confieran y tengan ese carácter". (80)

De las fracciones mencionadas, observamos que el Procurador General complementa su calidad de representante social, precisamente cuando resuelve el no ejercicio de la acción penal, que forma parte de la exclusividad que mantiene respecto al ejercicio de la acción penal.

Por la ingerencia que tienen con nuestro estudio, sólo haremos referencia a los órganos de la Procuraduría relacionados directamente con el ejercicio o abstención de la acción penal, siendo estos la Dirección General de Asuntos Jurídicos (anteriormente denominada Técnico Jurídica y de Supervisión) regulada por el artículo

---

(80) Ibid., pág. 6

15; la Dirección General de Averiguaciones Previas, prevista por el artículo 16; y, la Dirección General de Control de Procesos (que abarca las facultades que antes ejercía la Dirección de Consignaciones) que contempla el artículo 17.

Las atribuciones de las Direcciones Generales de Averiguaciones Previas y de Control de Procesos, prácticamente se encuentran mencionadas por el artículo 3o de la Ley Orgánica a la que ya hemos hecho referencia, por lo que nos limitaremos a citar el artículo 15 del Reglamento.

"Artículo 15.- La Dirección General de Asuntos Jurídicos, tendrá las siguientes atribuciones: I. Realizar los estudios y emitir las opiniones y dictámenes derivados de las consultas de carácter jurídico que le sean formuladas por el Procurador, o por los titulares de las diferentes unidades administrativas de la Institución; II. Dictaminar en los asuntos en que el Procurador o por delegación de éste los Subprocuradores deben decidir: a) Sobre la procedencia del no ejercicio de la acción penal y archivo de la Averiguación Previa; en estos casos, el Agente del Ministerio Público antes de remitir la Averiguación Previa a la Dirección General de Asuntos Jurídicos, notificará al denunciante o querellante el acuerdo en que emite su opinión, le otorgará el término de quince días naturales para que exprese por escrito lo que a su derecho convenga y acordará lo procedente; b) Sobre la procedencia de la solicitud de sobreseimiento de los procesos penales; c) Sobre la confirmación, revocación o modificación de las conclusiones acusatorias en que se cambie la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; d) Sobre la confirmación, revocación o modificación de las conclusiones no acusatorias o contrarias a las constancias procesales; III. Autorizar la consulta de reserva de la Averiguación Previa o devolverla para su integración

o emisión del acuerdo correspondiente; IV. Resolver la diferencia de criterio que surja entre las Direcciones Generales de Averiguaciones Previas y Control de Procesos, respecto a la procedencia o no del ejercicio de la acción penal". (81) Omitimos señalar las siguientes fracciones que contempla este artículo, por no tener ingerencia con este estudio.

Esta dirección realiza una función de verdadera técnica jurídica, pues sus dictámenes incluso determinan los diversos criterios que puedan surgir entre las Direcciones Generales de Averiguaciones Previas y de Control de Procesos, resolviendo sobre todo la procedencia del no ejercicio de la acción penal.

Nosotros consideramos que el Ministerio Público, en su carácter de representante social, debe velar por los intereses de los denunciantes y de los detenidos, por tanto, es vital que el agente investigador o el adscrito a juzgado se abstengan en ejercitar la acción penal cuando esto proceda en términos de ley.

Sin embargo, creemos que al ofendido no se le dan todas las facilidades para coadyuvar con el Ministerio Público, principalmente a nivel de averiguación previa, siendo su única posibilidad para inconformarse ante una resolución que proponga el no ejercicio de la acción penal, el presentar un escrito ante el agente investigador, pero que de ninguna manera constituye un verdadero recurso en contra de esa resolución.

Cabe hacer mención a las reformas implementadas por el LIC. IGNACIO MORALES LECHUGA, en su momento Procurador General

---

(81) Ibid., págs. 14 y 15

de Justicia del Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de enero de 1989, por las que se crean las Delegaciones Regionales, mismas que cuentan con una Comandancia de la Policía Judicial y Servicios Periciales, organismos desconcentrados que se localizan en casi todas las Delegaciones del Departamento del Distrito Federal, con lo que se acerca a la ciudadanía este servicio público, haciéndose factible la realización del principio de la justicia pronta y expedita.

## CAPITULO III

### EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

#### 1.- CONCEPTO

#### 2.- LA AVERIGUACION PREVIA

- a) CONCEPTO
- b) DENUNCIA, ACUSACION Y QUERRELA
- c) EL CUERPO DEL DELITO
- d) LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

#### 3.- LA CONSIGNACION

## EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

De conformidad con lo señalado en los capítulos precedentes, sabemos que el ejercicio de la acción penal corresponde en exclusividad al Ministerio Público, tal y como lo establecen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la Ley Orgánica y el Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Ahora bien, teniendo a su cargo el Ministerio Público el monopolio de la acción penal, éste puede traducirse en la facultad de ejercitarla o la abstención de hacerlo, analizaremos por el momento el primer supuesto, es decir, cuando el representante social incita al órgano jurisdiccional para que se tramite un proceso penal en contra de determinada persona.

### 1.- CONCEPTO

A fin de que comprendamos en forma cabal el significado del ejercicio de la acción penal, trataremos de conceptuarlo y señalar los requisitos que deben cumplimentarse para que el Ministerio Público pueda llevarlo a cabo. Señalaremos

desde este momento que el ejercicio de la acción penal puede presentarse en el período de averiguación previa (acción penal) o durante el proceso penal (acción procesal penal).

MANUEL RIVERA SILVA afirma: "La acción penal nace con el delito y la acción procesal se inicia cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de que declare el derecho en el caso concreto, extinguiéndose cuando cesan esas actividades, es decir, 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 como 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 en 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 no tiene como presupuesto forzoso la presencia de un acontecer delictivo". (82)

---

(82) RIVERA SILVA, MANUEL. El Procedimiento Penal, 10a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1979, págs. 62 y 63

Por el contrario, CORTES DOMINGUEZ escribe: "Es completamente falso que del delito nazca la acción penal; del delito lo más que nace es la pena y, por tanto, el derecho o el deber del Estado de castigar esa conducta. La acción penal nace como consecuencia de la realización de un hecho que reúne la apariencia de un delito, calificado así *a priori*, de la actividad que desarrolle el Ministerio Público respecto de ese hecho con apariencia de ser delictuoso resultará la intervención del único órgano estatal facultado para dar una calificación certera y legal del hecho, en cuanto a que sea o no constitutivo de delito, órgano que como hemos visto es el jurisdiccional". (83)

Nosotros consideramos, que la acción penal nace cuando el Ministerio Público recibe la noticia de un hecho que puede ser constitutivo de un delito, lo que puede ocurrir por medio de una denuncia, acusación o querrela, debiendo proceder el órgano investigador iniciando una averiguación previa, la cual culminará con el ejercicio de la acción penal ante el juez competente. Al acto de ejercitar la acción penal, se le conoce como consignación (ya sea con detenido o sin él) y la lleva a cabo la Dirección General de Control de Procesos.

"La consignación o ejercicio de la acción penal que realiza el Ministerio Público consignador ante el juez, es un acto más de naturaleza administrativa, y esto se desprende atendiendo tanto al órgano que la realiza por la discrecionalidad de sus actos que le permiten decidir si procede una consignación o no. El acto consignatorio debe estar debidamente fundado y motivado, entendiéndose por fundamentación, el señalar los preceptos legales

---

(83) VELA TREVIÑO, op. cit., págs. 70 y 71.

del Código Penal que tipifiquen y sancionen el hecho delictuoso, mencionándose asimismo las leyes correspondientes en que se apoyan las facultades del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, y la competencia del órgano jurisdiccional al cual solicita la aplicación del Derecho al caso concreto que se le da a conocer; y por motivación, el dejar asentado en actuaciones las diligencias de investigación que acrediten la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad". (84)

En este sentido, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado...". (85)

"El ejercicio de la acción penal -para FERNANDO ARILLA BAS- se inspira en dos principios: a) El principio oficial, si se promueve por el Estado; y b) El principio dispositivo, si se ejercita por los particulares. En México, el ejercicio de la acción penal se rige por el principio oficial, en cuanto sólo la ejercita el Ministerio Público, que es un órgano estatal, sin que esto signifique que la ley desconozca el principio dispositivo, si

---

(84) GARDUÑO GARMENDIA, op. cit., págs. 84 y 85

(85) Op. cit., pág. 38

bien con carácter subsidiario, en cuanto dicho órgano no puede ejercitar la acción sin que medie denuncia o querrela". (86)

"El propio autor define la acción penal en estos términos: "Todas y cada una de las normas penales singulares contenidas en el Libro II del Código Penal otorgan al Estado la potestad de penar las conductas en ella descritas. El poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional con el objeto de obtener del órgano de ésta una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de conducta descrita en ella, recibe el nombre de acción penal". (87)

La definición antes citada, se nos hace un poco confusa, por tanto, citaremos el concepto que nos da OSORIO Y NIETO quien afirma: "La acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto". (88)

Para ALCALA ZAMORA, "se trata del poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquélla reputa constitutivos de delito". (89)

---

(86) ARILLA BAS, FERNANDO. El Procedimiento Penal en México, 6a. Edic., Editores Mexicanos Unidos, S.A., México 1976, pág. 28

(87) Idem.

(88) OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. La Averiguación Previa, 2a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1983, pág. 42

(89) GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Curso de Derecho Procesal Penal, 3a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1980, pág. 185

En nuestro concepto, OSORIO Y NIETO define en forma adecuada lo que debemos entender por acción penal, únicamente diremos que esa "atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público", principia cuando éste toma conocimiento de un hecho presumiblemente delictivo, por medio de una denuncia, acusación o querrela, canalizando esa noticia a través de una averiguación previa y que culminará la acción penal con la consignación de la indagatoria ( ya sea con detenido o sin él ) ante el órgano jurisdiccional. (90)

La acción penal concluirá precisamente con la consignación de la averiguación, siendo importante precisar este momento, pues de lo contrario no podríamos diferenciarla con la acción procesal penal, dado que en ambos casos el Ministerio Público "pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto", pero el segundo supuesto se presenta en la secuela procesal al formularse conclusiones acusatorias. (91)

En estas condiciones, la acción procesal penal se iniciará con la consignación y el auto de radicación que dicte el órgano jurisdiccional, concluyendo con el pedimento que haga el Ministerio Público para que se aplique la ley penal a un asunto en particular, mediante la presentación de conclusiones acusatorias.

Habiendo vertido los conceptos de acción penal y acción procesal penal, señalaremos sus principales características, que corresponden de igual forma a ambos supuestos. La acción penal

---

(90) Op. cit., pág. 42

(91) Idem.

es pública, indivisible, autónoma, irrevocable, única e intrascendente.

"La acción penal es pública. Con lo anterior queremos indicar, que tanto el fin como su objeto son públicos y que, por tanto, queda excluida de los ámbitos en los que se agitan únicamente intereses privados. En la ley mexicana se ha lesionado, en parte, la característica que hemos apuntado, por haberse involucrado, en la órbita de la acción penal y, en consecuencia, de su ejercicio, lo relacionado con la reparación del daño, que en esencia, pertenece plenariamente al mundo de los intereses privados ...". (92)

ALBERTO GONZALEZ BLANCO, nos dice: "La acción penal es pública, porque su finalidad es que se apliquen las normas penales sustantivas en los casos concretos, y su ejercicio se encomienda a un órgano del Estado, con la particularidad de no permitir la celebración de ningún convenio que pueda contrariar esa finalidad, sin que se oponga a esa característica la exigencia de la querrela en los delitos que la requieran supuesto que ésta se refiere a una condición para su ejercicio". (93)

Indudablemente la acción penal será pública, primeramente porque está encomendada a un órgano estatal, en este caso el Ministerio Público, y en virtud de que no puede ser objeto de negociación entre los particulares o entre éstos y el Estado, por lo que no debemos confundirnos al señalar que existen delitos que requieren de querrela, pues tanto ésta como la denuncia son requisitos de procedibilidad para la acción penal. Así, presentándose

---

(92) RIVERA SILVA, op. cit., pág. 63

(93) GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. El Procedimiento Penal Mexicano, 1a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1975, págs. 47 y 48

la querrela, la acción penal continuará su curso, aún después del caso en que falleciera el querellante.

"La acción procesal penal -escribe RIVERA SILVA- 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 distingo de personas". (94)

Para GARCIA RAMIREZ, "es indivisible la acción penal en el sentido de que se despliega en contra de todos los participantes en la perpetración del delito. La doctrina acostumbra recordar que si la querrela se presenta sólo en contra de uno de ellos o el perdón se otorga de modo que únicamente a alguno favorezca, los efectos de aquélla y de éste se extenderán a todos los demás. Notoriamente ocurre así en el Derecho Mexicano, pues cuando el ofendido formula querrela contra uno solo de los adúlteros se procederá contra ambos y contra los que aparezcan como codeincentes (artículo 274 del Código Penal). En forma correspondiente, el perdón favorecerá asimismo a todos los responsables, aun cuando el ofendido sólo lo haya formulado por lo que respecta a su cónyuge". (95)

El segundo párrafo del artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal, hace la salvedad de que se hayan satisfecho los derechos del ofendido para que surta en favor de todos los involucrados en un delito de querrela, el perdón que se otorgue en favor de uno de ellos, en caso contrario favorecerá tan sólo a quien directamente se le hubiese otorgado. En tales condiciones, la acción penal si puede ser divisible tratándose de delitos perseguibles

---

(94) Op. cit., pág. 63

(95) Op. cit., pág. 186

Únicamente a instancia de parte ofendida.

El mencionado artículo prescribe: "El perdón beneficia al inculpaado 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 inculpaados y al encubridor". (96)

"La acción penal -señala ANGEL MARTINEZ PINEDA- es autónoma en el sentido de que es absolutamente independiente de la función jurisdiccional, lo que está en perfecta armonía y concordancia con el principio de la autonomía de las funciones procesales, o sea, que cada órgano tiene sus atribuciones celosa y específicamente reservadas. Esto no significa, evidentemente -y la evidencia, si nos asomamos por las ventanas góticas de la *Suma* Teológica es *fulgor quidam veritatis mentis asserum sapiens-* potestad para ejercitarla, sino deber, como se ha dicho, que está condicionado a la circunstancia de que estén o se encuentren reunidos los requisitos indispensables para ello". (97)

Señalamos con antelación que a partir de la promulgación de la Constitución de 1917, el Ministerio Público adquirió plena independencia con relación a los órganos jurisdiccionales, por ello, la acción penal no depende del consentimiento del juzgador y es autónoma en cuanto a su ejercicio.

En relación al principio de irrevocabilidad,

---

(96) Op. cit., pág. 93

(97) MARTINEZ PINEDA, ANGEL. Estructura y Valoración de la Acción Penal, 1a. Edic., Edit. Azteca, S.A., México 1968, pág. 42

JUVENTINO V. CASTRO escribe: "... consiste en que una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción ante el órgano jurisdiccional no puede desistirse de dicha acción, puesto que tiene la obligación dicho órgano estatal de continuarla hasta que haya una decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso".

"El Ministerio Público no puede desistirse de la acción porque no le pertenece, como si se tratara de un derecho patrimonial de carácter privado. Sólo en los delitos perseguibles por querrela de parte es permitido que el perdón del ofendido ponga fin al proceso, y aún en ese caso debe existir una decisión jurisdiccional que proclame la terminación del juicio". (98)

En estricta técnica jurídica, no puede hablarse de desistimiento de la acción penal, pero en la práctica el Ministerio Público si tiene la facultad (durante el proceso) de abstenerse en solicitar al órgano jurisdiccional la aplicación de una pena a un caso concreto, que es precisamente la finalidad de la acción penal, y ello ocurre cuando el Procurador confirma la formulación de conclusiones acusatorias, supuesto que se encuentra previsto en el artículo 323 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

"Artículo 323.- Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación, el juez, al recibir aquél, sobreseerá el asunto y ordenará la inmediata libertad del procesado". (99)

En cuanto al principio de unidad, MARTINEZ PINEDA

---

(98) Op. cit., págs. 68, 69 y 71

(99) Op. cit., pág. 318

señala: "Se dice que la acción penal es única, porque independientemente de los delitos cometidos o imputados a un sujeto determinado, los involucra a todos en su totalidad". (100)

El mismo criterio sigue GONZALEZ BLANCO, quien nos dice: "La acción penal es única, debido a que su fin y estructura son siempre las mismas, y no se justificaría que se le imprimieran diferentes modalidades como las que se establecen en relación a los delitos". (101)

Hay autores como MASSARI quien propone que a cada delito debiera corresponderle una acción, nosotros nos inclinamos hacia lo sustentado por los autores mexicanos que hemos citado, es decir, teniendo toda acción penal el mismo principio y fin, debe ser única esa potestad exclusiva del Ministerio Público.

Finalmente diremos que se atribuye a la acción penal el principio de intrascendencia, dado que la responsabilidad penal debe concretarse al inculpadó sin afectar a terceros ajenos al proceso penal. La única posibilidad de que la acción penal involucre a sujetos diversos del inculpadó, es por lo que respecta al obligado a reparar el daño cuando así expresamente lo establezca la ley, tal y como lo previenen los artículos 10 y 32 del Código Penal para el Distrito Federal.

"Artículo 10.- La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley".

---

(100) Op. cit., pág. 43

(101) Op. cit., pág. 48

"Artículo 32.- Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29: I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad; II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad; III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos; IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio; V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y VI. El Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios o empleados". (102)

Confirmamos nuestras aseveraciones con lo señalado por MARTINEZ PINEDA, quien escribe: "La acción penal es intrascendente, porque se limita, de manera estricta, a la persona responsable del delito. Sin embargo, nuestra legislación categóricamente establece que la reparación del daño queda comprendida dentro de la pena como parte integrante de la misma, debiendo ser reclamada de manera oficiosa por el Ministerio Público dentro de sus funciones específicas ...". (103)

---

(102) Op. cit., págs. 7, 30 y 31

(103) Op. cit., págs. 54 y 55

Ahora bien, para que proceda el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público debe llenar todos y cada uno de los requisitos que establece el artículo 16 Constitucional, que ARILLA BAS desglosa de esta forma: "... la causación en el mundo exterior de un hecho que la norma penal describe como delito; que el hecho mencionado haya sido dado a conocer al órgano persecutorio, es decir, al Ministerio Público, por medio de una denuncia o querrela; que la denuncia o querrela estén apoyadas en la declaración de un tercero digno de fe, rendida bajo protesta de decir verdad, o, en su defecto, en datos de otra clase; y, que valorados en su conjunto los datos ministrados por la declaración del tercero o averiguados por el Ministerio Público, resulte probable responsabilidad de una persona física y perfectamente identificada". (104)

Sabemos que todos los requisitos que establece el artículo 16 Constitucional, para la procedencia de la acción penal, deben estar cumplimentados por el Ministerio Público a través de una averiguación previa y serán objeto de estudio en los siguientes incisos de este capítulo.

## 2.- LA AVERIGUACION PREVIA

Hemos señalado que el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, se presenta

en dos fases del procedimiento penal; en el periodo de averiguación previa y durante la tramitación del juicio. En la primera etapa el órgano investigador funge como la única autoridad con facultades para efectuarla, en tanto que en la segunda, la realiza el Representante Social ante el Poder Judicial, pero actuando como parte en el proceso.

Dada su importancia, la averiguación previa se encuentra contemplada por nuestra Carta Magna, así, el artículo 19 establece: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado". (105)

El precepto citado complementa lo establecido por el artículo 16 Constitucional, al señalarnos los requisitos que debe reunir el Ministerio Público en la averiguación previa, que en su caso, culminará con el debido ejercicio de la acción penal. Antes de adentrarnos al estudio de estos elementos, procederemos a conceptuar el documento y periodo denominado averiguación previa.

#### a) CONCEPTO

OSORIO Y NIETO nos dice: "Como fase del procedimiento

---

(105) Op. cit., pág. 40

penal, puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal. En tanto que el expediente es definible como el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador tendientes a comprobar en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal". (106)

"La averiguación previa -escribe GARCIA RAMIREZ- comprende las diligencias necesarias para que el Ministerio Público resuelva sobre el ejercicio de la acción penal. Por consecuencia, en este período se confía al Ministerio Público a recibir denuncias y querellas, practicar averiguaciones y buscar pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los participantes, así como ejercitar, en su caso, la acción penal". (107)

En estas condiciones, la averiguación previa será el instrumento y el período en el que el Ministerio Público inicia la investigación de los hechos que pueden ser constitutivos de delitos, tomando conocimiento de éstos a través de una denuncia, acusación o querrela, a fin de que si se comprueba el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, proceda al ejercicio de la acción penal (consignación con o sin detenido) ante el órgano jurisdiccional o determine el no ejercicio de la

---

(106) Op. cit., pág. 17

(107) Op. cit., pág. 255

acción penal, por las causales que la propia ley determina.

Es importante señalar que al Ministerio Público no se le limita el tiempo en que debe llevar a cabo la consignación de la averiguación previa. Cuando no existe detenido el problema pudiese no ser mayor, pero cuando se encuentra una persona a su disposición la situación se torna sumamente grave, ocurre en la práctica que un indiciado puede estar días o semanas detenido sin que exista un precepto legal que obligue al Ministerio Público a resolver su situación jurídica, esto sucede en las Direcciones Generales de Averiguaciones Previas y de la Policía Judicial.

"Ningún ordenamiento -escribe COLIN SANCHEZ- señala el tiempo que debe durar la averiguación previa, de tal manera que estará al arbitrio del Ministerio Público determinarlo. Se ha dicho: como la Constitución General de la República establece que también será consignado a la autoridad o agente de ella el que, realizada una aprehensión no pusiere al detenido a disposición de su juez dentro de las veinticuatro horas siguientes...; ello obliga al Ministerio Público a llevar a cabo la consignación en el término citado".

"Pero debemos hacer notar que, en el artículo mencionado, la intención del Constituyente de 1917 fue regular la conducta de los encargados de realizar las aprehensiones, advirtiendo, a nuestro parecer, que tratándose de órdenes emanadas directamente de la autoridad judicial, no hay motivo para prolongar la detención, más allá del tiempo indispensable para poner al aprehendido a disposición de aquélla, porque siendo así, al término constitucional de veinticuatro horas, se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y en el que se

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

79

efectuó la detención". (108)

Nuestra opinión es que debiera ser adicionada la Fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, estableciendo el término máximo que el Ministerio Público (Agente Investigador y Policía Judicial) pueda tener detenida a una persona cuando no existe orden de aprehensión y que de conformidad con la práctica que tuvimos en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal no debería exceder de veinticuatro horas, plazo en que debe integrarse la indagatoria, ya sea para determinar el ejercicio de la acción penal o la libertad del indiciado con las reservas de ley. Impidiéndose, de igual forma, que el Ministerio Público pueda volver a detener a esa persona por los mismos hechos, si carece de la correspondiente orden de aprehensión.

Conceptuado el documento y período de averiguación previa, nos corresponde abocarnos al estudio de los elementos que deben integrarla, siendo estos; que exista denuncia, acusación o querrela; que se presenten los datos suficientes para tener por comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

**b) DENUNCIA, ACUSACION Y QUERELLA**

Hemos señalado, que el ejercicio de la acción penal se basa primordialmente en el principio de oficialidad, puesto que el Estado es el encargado de llevarla a cabo, pero

---

(108) Op. cit., págs. 233 y 234

para que el órgano investigador tenga plenas facultades para efectuarla, requiere necesariamente tener como base el principio dispositivo, que consiste en el hecho de que el Ministerio Público para dar inicio a una averiguación previa requiere del conocimiento de un suceso presumiblemente delictuoso, por medio de una denuncia, acusación o querrela.

Esta regla, dada su importancia, está prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en la Ley Orgánica y Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y en virtud de esa trascendencia, citaremos los principales preceptos que prevén estos requisitos de procedencia para el ejercicio de la acción penal.

Artículo 16 Constitucional, "...No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado ...". (109)

Nosotros sugeriríamos que este precepto señalara como requisito para el libramiento de la orden de aprehensión, el hecho de que estuviese comprobado el cuerpo del delito y no sólo que sea probable la responsabilidad del inculcado, pues tomando en consideración lo establecido por el artículo 19 Constitucional, en lo referente al auto de formal prisión, que exige la comprobación

---

(109) Op. cit., pág. 38

del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado, consideramos que los mismos requisitos debían exigirse para el libramiento de la orden de aprehensión.

Lo que resulta acertado es que el artículo 16 Constitucional ordene que la denuncia, acusación o querrela, sean formuladas bajo protesta de decir verdad y por persona digna de fe, con lo que se impide que éstas sean secretas, como ocurría en otros tiempos, proporcionando de esta forma seguridad jurídica para el procesado, quien así tendrá la posibilidad de defenderse adecuadamente.

De acuerdo con lo que hemos señalado, IGNACIO BURGOA escribe: "Una tercera garantía de seguridad jurídica que descubrimos en la segunda parte del artículo 16 Constitucional y que condiciona, concurrentemente con las anteriores, el acto de aprehensión o detención contra una persona, consiste en que la acusación, querrela o denuncia de un hecho delictivo sancionado legalmente con pena corporal, debe estar apoyada en una declaración rendida por una persona digna de fe y bajo protesta de decir verdad o -disyuntiva- en otros datos que hagan probable la responsabilidad del acusado. Estos datos no deben ser de ninguna manera aquellos que comprueben el cuerpo del delito, pues como lo ha asentado la jurisprudencia de la Suprema Corte (Apéndice al Tomo CXVIII del Semanario Judicial de la Federación, Tesis 720, Tesis 195 de la Compilación de 1917 - 1965, y Tesis 205 del Apéndice 1975, Primera Sala), no es necesaria la comprobación de éste para que no sea inconstitucional una orden de aprehensión o detención, sino que son suficientes, por una parte, indicios de la existencia de un hecho delictivo, y por la otra, circunstancias que presuman la probable responsabilidad de la persona contra la que se dirige el acto aprehensivo, aun cuando dicha responsabilidad se desvanezca

durante el juicio". (110)

En este sentido, resulta favorable la redacción del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales que establece: "El Ministerio Público, con la intervención legal de sus auxiliares, la Policía Judicial y el Tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado como base del ejercicio de la acción penal y del proceso penal federal". (111)

En relación a los antecedentes de la denuncia, GONZALEZ BLANCO escribe: "La denuncia considerada como un acto público y simplemente informativo, que es como se le conoce en la actualidad, fue desconocida durante la vigencia del proceso romano de tipo acusatorio, debido a que el procedimiento penal en aquéllos tiempos se seguía con base en la acusación que se consideraba como una función pública".

"No fue sino hasta la época de los Emperadores, cuando se introdujo la denuncia en forma escrita y secreta, pero como esta clase de denuncia por su propia naturaleza no permitía la identificación del denunciante, para los efectos de que se le pudiera exigir la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir en caso de falsedad, ni conocer la causa que la había originado que bien podía ser una simple venganza, dió motivo para que fuera objeto de severas críticas y de que, al iniciarse las reformas en materia procesal, se viera la conveniencia de que fuera sustituida por la forma que reviste en la actualidad. (112)

---

(110) Op. cit., págs. 628 y 629

(111) Op. cit., pág. 168

(112) Op. cit., pág. 85

La prohibición de las denuncias, acusaciones y querellas secretas, se encuentra corroborada por lo dispuesto en el artículo 20 Constitucional, que establece: "Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo ...; IV. Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa ...". (113)

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece la forma que deben guardar la denuncia y querella, así como la obligación del Ministerio Público de dar inicio a una indagatoria al recibir la *notitia criminis*, lo que está previsto en los siguientes artículos:

"Artículo 262.- Los funcionarios del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden común que tengan noticia ...". (114)

"Artículo 276.- Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretarán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando la denuncia o querrela no reúna los

---

(113) Op. cit., págs. 41 y 42

(114) Op. cit., pág. 262

requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos, asimismo, se informará al denunciante o querellante dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurrir los que declaran falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querrelia".

"En el caso de que la denuncia o la querrelia se presenten verbalmente, se harán constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba, recabando la firma o huella digital del denunciante o querellante. Cuando se haga por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que la presenta y su domicilio". (115)

De lo preceptuado en los artículos mencionados, podemos señalar que el Ministerio Público debe proceder a dar inicio a una averiguación previa cuando reciba una denuncia o querrelia, que éstas pueden formularse en forma verbal o escrita, pero que en todo caso deben rendirse bajo protesta de decir verdad, haciéndole saber a quien las presente las penas que se imponen por declarar falsamente y siempre deberán estar firmadas o con huella digital, debiéndose señalar además domicilio cierto de estas personas; con lo anterior, se da cumplimiento al mandato constitucional que prohíbe las denuncias o querrelas secretas y que se presenten por personas dignas de fe.

Las facultades del Ministerio Público en esta materia, se encuentran establecidas por el artículo 3o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, que

---

(115) Op. cit., pág. 276

señala: "En la persecución de los delitos del orden común, al Ministerio Público le corresponde: A. En la averiguación previa: I. Recibir denuncias, acusaciones o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito; II. Investigar los delitos del orden común con el auxilio de la Policía Judicial, de los servicios periciales y de la Policía Preventiva; III. Practicar las diligencias necesarias, para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quienes en ellos hubieren intervenido, para fundamentar, en su caso, el ejercicio de la acción penal". (116)

Al efectuar el estudio del Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, pudimos constatar que las facultades de recibir denuncias y querellas residían en la Dirección General de Averiguaciones Previas, así, en el artículo 16 se establece: "La Dirección General de Averiguaciones Previas, tendrá las siguientes atribuciones: I. Recibir denuncias, acusaciones o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito ...". (117)

Una vez que hemos establecido el marco legal que regula a la denuncia, acusación y querella, procederemos a conceptuarlos para tener una idea clara de su trascendencia y significado.

En relación a la denuncia, OSORIO Y NIETO escribe: "Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público, de la posible comisión de un hecho perseguible

---

(116) Op. cit., pág. 3

(117) Ibid., pág. 16

por oficio". (118)

Respecto a este concepto, GONZALEZ BLANCO nos dice: "En el aspecto procesal, se entiende por denuncia al medio legal por el cual se pone en conocimiento del órgano competente la noticia de haberse cometido o que se pretende cometer un hecho que la ley penal castiga como delito, siempre que sean de aquéllos que por disposición de la ley se persigan de oficio; o bien como la considera BARTOLONI FERRO, como la manifestación de la voluntad por la cual una persona lleva a conocimiento de la autoridad competente para recibirla, la noticia de un delito, o como lo señala FLORIAN, es la exposición de la noticia de la comisión del delito hecha por el lesionado o por un tercero a los órganos competentes". (119)

Nosotros consideramos, que la denuncia es el medio legal, por el que cualquier persona puede hacer del conocimiento del Ministerio Público la ejecución o posible realización de un hecho presumiblemente delictivo, que por disposición legal es perseguible de oficio.

Por lo que hace a la naturaleza jurídica de la denuncia, COLIN SANCHEZ escribe: "¿Denunciar los delitos es una obligación?, ¿es una facultad potestativa?, ¿constituye un deber?. En contestación a las preguntas planteadas, MANUEL RIVERA SILVA considera que la obligatoriedad de la presentación de la denuncia es parcial y no absoluta, ya que para hablar de obligatoriedad se requiere que exista la sanción. Desde el punto de vista jurídico

---

(118) Op. cit., pág. 21

(119) Op. cit., págs. 85 y 86

es justificable la tesis aludida, porque en efecto: los Códigos de Procedimientos Penales en materia Federal y del Distrito, no señalan ninguna sanción para quien no denuncia los delitos; en cambio, el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, establece: "Se aplicará de cinco días a dos años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos, al que: I. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe se van a cometer, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio ...(art. 400)".

"Como únicamente en el caso citado existe sanción, en todos los demás, la denuncia viene a ser una facultad potestativa. Pero, si desde el punto de vista estrictamente legal esto es justificable, por otra parte, estimamos que fuera de las situaciones señaladas, la denuncia es un deber de toda persona, y su justificación está en el interés general para conservar la paz social". (120)

El vigente artículo 400 del Código Penal para el Distrito Federal, estatuye: "Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que: ... V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables". (121)

"De acuerdo con nuestro régimen procesal la denuncia tiene carácter de un acto público, y su efecto jurídico consiste

---

(120) Op. cit., pág. 237

(121) Op. cit., págs. 400 y 401

en obligar al Ministerio Público a iniciar y tramitar la averiguación previa respecto al hecho delictuoso que la motive desde el momento que tenga conocimiento de su comisión o que se pretenda cometer. Cabe indicar que en nuestra legislación sobre la materia, no existe disposición expresa que le imponga esa obligación, pero no obstante ello, de acuerdo con el artículo 21 Constitucional, esa obligación debe considerarse con el carácter de imperativa y no potestativa, porque ese precepto le otorga la facultad expresa y exclusiva de perseguir el delito y, por tanto, si no la ejercitara dejaría de cumplir con ese mandato, y se correría el riesgo de que los delitos quedaran impunes". (122)

Contrariamente a lo que señala GONZALEZ BLANCO, hemos citado con antelación que sí existe la obligación expresa por parte del Ministerio Público, en iniciar y tramitar una averiguación previa cuando tenga conocimiento de que se ha cometido o se pretenda cometer un hecho presumiblemente ilícito, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales.

Respecto a las personas que pueden formular la denuncia, el mismo autor señala: "Para que los delitos no queden impunes, por los graves perjuicios que esto traería consigo para la convivencia social, nuestra legislación procesal -tratándose de los delitos que se persiguen de oficio- concede facultad para denunciarlos no sólo a las personas directamente ofendidas, sino a cualquiera otra que tenga conocimiento de que se cometió o se pretende cometer un hecho delictuoso para que lo denuncie al órgano competente para los efectos legales; facultad, que de

---

(122) GONZALEZ BLANCO, op. cit., pág. 86

acuerdo con el Código Federal de Procedimientos Penales, se le niega al apoderado jurídico, quien sólo la tiene para el caso de los delitos de querrela cuando tenga poder con cláusula especial o instrucciones concretas de sus mandantes para el caso. Sobre el particular nos dice MANZINI, que no existen limitaciones de capacidad para ejercitar dicha facultad porque la denuncia es un acto meramente informativo, que no funda la imputación ni tiene por sí sola valor de prueba ni siquiera indiciaria".

"En la legislación procesal del Distrito y Territorios Federales no existe disposición legal en el sentido de que todo aquel que tenga conocimiento de haberse cometido o que se pretenda cometer un delito, esté obligado a denunciarlo. Esta obligación en cambio si la establece en forma expresa el Código Federal de Procedimientos Penales al disponer que toda persona que tenga conocimiento de un delito que deba perseguirse de oficio está obligado a denunciarlo, y que toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que debe perseguirse de oficio, está obligado a participarlo al Ministerio Público, trasmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición, desde luego, a los inculpados, si hubieran sido detenidos". (123)

De conformidad con lo señalado, podemos establecer que la denuncia por regla general es potestativa, con la salvedad que establece la fracción V del artículo 400 del Código Penal, que atinadamente reglamenta los supuestos para que las personas deban denunciar un hecho típico, siendo adecuado en este sentido que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no establezca esa obligatoriedad, contrariamente a lo preceptuado

---

(123) Op. cit., pág. 87

por el ordenamiento federal que si bien impone esa regla a los funcionarios públicos, esto no debe aplicarse a los particulares quienes para cumplir con ese precepto federal, tendrían que saber primeramente la diferencia entre delitos federales y del orden común, cuales son perseguibles de oficio o a petición de parte ofendida, lo que es casi imposible de exigir a la ciudadanía.

En relación a la acusación, cabe decir que generalmente va acompañada de una denuncia o querrela, y a pesar de que los autores no le dan la debida importancia, es vital tomarla en consideración, puesto que sin ésta no concebimos el correcto ejercicio de la acción penal.

Esto es, porque las denuncias y querrelas pueden formularse sin que se requiera forzosamente una imputación contra determinada persona, ello puede ocurrir cuando se desconoce al presunto responsable y no es obstáculo para que el Ministerio Público reciba la noticia del delito, y consecuentemente proceda al inicio de la averiguación previa, en la que se establece la siguiente fórmula: denuncia o querrela en contra de quien o quienes resulten responsables.

Sin embargo, resultará improcedente el ejercicio de la acción penal si de los datos que arroje la averiguación previa, no se desprende la imputación del hecho delictuoso a una persona determinada, acusación que no debe ser realizada precisamente por el ofendido, pues la puede efectuar un tercero que se haya percatado de quien fue la persona que cometió el ilícito.

En estas condiciones, diremos que la acusación no es el medio más común para hacer del conocimiento del órgano investigador el acontecer de una conducta delictiva, pero que es

un requisito esencial para la procedencia de la acción penal.

Dado que los autores mexicanos casi no se ocupan en analizar esta figura, como ocurre con RIVERA SILVA que la confunde con la querrela, citaremos únicamente a OSORIO Y NIETO que al respecto escribe: "Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión (o realización) de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido". (124)

Finalmente haremos alusión a la querrela, como el tercer medio que contempla nuestra legislación, para que el Ministerio Público se haga sabedor de la realización o posible comisión de un acontecimiento presumiblemente típico. El análisis de esta figura comprenderá: su concepto, naturaleza jurídica, las personas que pueden presentarla, la forma en que se extingue y los efectos que produce.

"La querrela -señala GONZALEZ BLANCO- es otro de los medios legales, a que se recurre para poner en conocimiento del órgano competente, que se ha cometido o pretende cometer un delito, pero con la particularidad de que sólo puede recurrir a ella, la persona ofendida o su legítimo representante, siempre que se trate de delitos que por disposición de la ley, sean de aquellos que se persigan a instancia de parte, y se exprese la voluntad de que se proceda en contra del responsable. La querrela según MANZINI, exige dos manifestaciones de voluntad: la de llevar a noticia de la autoridad competente el hecho considerado como delito, y la de ejercitar el derecho de querrela, o sea de demandar que se proceda. Para nosotros la querrela es el derecho que se le

---

(124) Op. cit., pág. 22

concede a la víctima de un delito que por disposición de la ley se persiga a instancia de parte, para poner ese hecho en conocimiento del órgano competente, y expresa su voluntad de que se proceda en contra del delincuente".

"Dos son los presupuestos que se requieren para que la querrela pueda producir sus efectos jurídicos: que la acción penal que pudiera derivarse del delito que la motive, no se encuentre prescrita; y que no medie el desistimiento expreso de ella una vez hecha valer, porque en ambos supuestos no podría realizarse la investigación, o tendría que suspenderse de haberse iniciado". (125)

OSORIO Y NIETO la conceptúa en estos términos: "La querrela puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal". (126)

"La querrela -escribe COLIN SANCHEZ- es 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. Tratándose de los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, no solamente el agraviado, sino también su legítimo representante, cuando lo estimen necesario, pondrán en conocimiento del Ministerio Público la comisión del hecho delictuoso, para que éste sea perseguido, no pudiendo hacerlo en ningún caso

(125) Op. cit., págs. 88, 89 y 90

(126) Op. cit., pág. 22

para esta clase de delitos, sin la manifestación de voluntad del que tiene ese derecho". (127)

En estos términos, la querella será el medio legal en virtud del cual, el sujeto pasivo o su representante hacen del conocimiento del Ministerio Público la realización o posible comisión de un hecho presumiblemente típico, que por disposición legal únicamente pueda ser investigado a petición de parte, a fin de que se proceda a dar inicio a la correspondiente indagatoria y a la persecución del indiciado.

En relación a la naturaleza jurídica de la querella, COLIN SANCHEZ señala: "La doctrina contemporánea más connotada sitúa a la querella dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales, considerándola como una condición de procedibilidad (FLORIAN, ATTAGLINI, RICCIO, RANIERI, VANNINI, MAGGIORE, ANTOLISEI y algunos más). En nuestro medio, IGNACIO VILLALOBOS, GONZALEZ BUSTAMANTE, FRANCO SODI, PIÑA PALACIOS y RIVERA SILVA así lo afirman. No puede ser en otra forma, porque concebida como un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades, la actuación del engranaje judicial está condicionada a esa manifestación de voluntad del particular, sin la cual no es posible proceder; de ahí que la querella la entendamos como un requisito de procedibilidad". (128)

"La denuncia (en los delitos perseguibles de oficio) y la querella (en los casos citados), son requisitos indispensables para la iniciación del procedimiento, siendo

---

(127) Op. cit., pág. 241

(128) Idem.

menester separarlos de otros institutos que hasta nuestros días, ni en la doctrina ni en la práctica, se han deslindado con pulcritud. Los requisitos de procedibilidad son los que ha menester llenar para que se inicie el procedimiento (denuncia o querrela). Los requisitos prejudiciales son los que la ley señala como indispensables para el nacimiento de la acción procesal penal (ejercicio de la acción penal) y los obstáculos procesales, que son situaciones fijadas en la ley, que impiden la continuación de la secuela procesal iniciada por un tribunal". (129)

Un caso claro de requisito prejudicial es el previsto por el artículo 359 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece: "Cuando haya pendiente un juicio, en averiguación de un delito imputado a alguien calumniosamente, se suspenderá el ejercicio de la acción de calumnia hasta que dicho juicio termine. En este caso, la prescripción comenzará a correr cuando termine el juicio". (130)

En el supuesto señalado, pueden iniciarse las averiguaciones tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado (con la presentación de la querrela), pero no se podrá ejercitar acción penal en tanto no termine el juicio que pudiera dar origen al delito de calumnia.

Los obstáculos procesales se encuentran previstos en el Capítulo II, Título V del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que se denomina "Suspensión del Procedimiento" y un ejemplo muy ilustrativo es previsto por el artículo 477 Fracción I, que señala: "Una vez iniciado el procedimiento, en averiguación de un delito, no se podrá suspender sino en los casos

---

(129) RIVERA SILVA, op. cit., pág. 128

(130) Op. cit., pág. 359

siguientes: I. Cuando el responsable se hubiere sustraído a la acción de la justicia ...". (131)

En estas condiciones, podemos afirmar que la denuncia, acusación y querrela son requisitos de procedibilidad indispensables para que el Ministerio Público de inicio a una indagatoria, situación que regula nuestra Carta Magna en su artículo 16, al establecer: "... No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela ...". (132)

Por lo que hace a las personas con capacidad legal para presentar una querrela, el artículo 264 del Código Adjetivo Penal señala: "Cuando para la persecución de los delitos se haga necesaria la querrela de la parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que proceda en los términos de los artículos 275 y 276. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, y, tratándose de incapaces, a los ascendientes y, a falta de éstos, a los hermanos o los que representen a aquéllos legalmente".

"Las querrelas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto".

---

(131) Op. cit., pág. 477

(132) Op. cit., pág. 38

"Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro, o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo". (133)

Haciendo alusión al precepto citado, COLIN SANCHEZ escribe: "En nuestro medio, el menor es el titular del derecho, puede querellarse por sí mismo, no obstante, pueden hacerlo otras personas a su nombre, pero siempre y cuando no haya oposición de éste. No obstante que los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito y el Federal facultan al menor para querellarse, el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, establece excepciones, por ejemplo, el artículo 263 indica: "no se procederá contra el estuprador sino por queja de la mujer ofendida o de sus padres, o a falta de éstos, de sus representantes legítimos". (134)

El vigente artículo 63, establece: "... no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes". (135)

"En lo tocante a los menores -señala RIVERA SILVA- la ley contempla tres hipótesis: a) Que el menor directamente formule su querella; b) A nombre del menor puede querellarse lícitamente el ofendido, entendiéndose por tal, toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito (nos referimos a un tercero que resulta ofendido aparte del sujeto pasivo del

---

(133) Op. cit., pág. 264

(134) Op. cit., págs. 245 y 246

(135) Op. cit., pág. 63

delito); y, c) En caso de que el menor esté incapacitado (e igual cuando es mayor) pueden formular querrela los ascendientes, y, a falta de estos los hermanos o los que representen legalmente al incapacitado". (136)

En nuestro concepto, el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal deja de regular ciertas hipótesis, como el hecho de que realmente hasta que minoría de edad un menor puede querellarse; que ocurre cuando el menor quiera querellarse y sus representantes no lo desean o viceversa; nosotros consideramos que en todo caso debe prevalecer el principio de que una vez recibida la noticia del delito, ya sea por el menor o sus representantes, debe el Ministerio Público proceder a iniciar las averiguaciones del ilícito. Por lo que hace a la persona facultada para otorgar perdón, en los supuestos citados anteriormente, lo analizaremos en el siguiente Capítulo de esta Tesis.

Siendo la querrela una facultad potestativa atribuida a determinadas personas, su extinción se presenta por: muerte del ofendido y de sus representantes, por muerte del activo, por otorgamiento de perdón y por prescripción.

Al respecto, COLIN SANCHEZ cita: "En virtud de que el derecho para querellarse corresponde al agraviado, la muerte de éste lo extingue, siempre y cuando no se haya ejercitado, pues si se ejercitó y la muerte del ofendido ocurre durante la averiguación previa o en la instrucción del proceso, surtirá sus efectos para la realización de los fines del proceso ...; la muerte del ofensor también extingue el derecho de querrela por falta de objeto y

finalidad; y puede darse durante la averiguación previa, en la instrucción o aun en la ejecución de sentencia; ... el perdón es el acto a través del cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial, manifiestan ante la autoridad correspondiente que no desean se persiga a quien lo cometió; ... la prescripción extingue el derecho de querrela, ... en términos del artículo 107 del Código Penal". (137)

"Artículo 107.- Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, fuera de esta circunstancia".

"Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales, se **observarán** las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio". (138)

La querrela producirá los mismos efectos que la denuncia o acusación, es decir, obliga al órgano investigador a iniciar una averiguación previa, tendiente a comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, tal y como lo previene el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales, que hemos citado con antelación.

En última instancia, señalaremos que la existencia

---

(137) Op. cit., págs. 249 a 253

(138) Op. cit., pág. 107

jurídica de la querrela ha sido muy debatida, así, GONZALEZ BLANCO nos dice: "El reconocimiento del derecho de querrela que se concede en ciertos delitos, ha sido motivo de severas críticas en aquellos países en que como el nuestro lo aceptan. La crítica más seria de que es objeto la institución de la querrela, es la que se hace consistir en que contraviene el carácter público de la represión penal, al supeditarla a la voluntad de los ofendidos". (139)

"JULIO ACERO justifica la existencia de esta institución procedimental penal, al señalar que por ejemplo los prejuicios existentes en nuestra sociedad y las reprobadas prácticas sociales, que rechaza de todo trato y se considera sin honra a la mujer forzada, y que el escándalo y la publicidad que provocan el proceso y la consigna de esta clase de hechos resultarán un castigo más grave para la víctima inocente que para el culpable, razón por la cual, la ley ha requerido el consentimiento de la misma víctima para proceder en contra del presunto responsable, decidiendo si ésta no se satisface, dejar impune el delito antes que ocasionar con su represión consecuencias más graves al ofendido". (140)

En nuestro concepto, si es conveniente la existencia de la querrela, puesto que al ordenar el artículo 17 Constitucional que "ninguna persona podrá hacerse justicia por propia mano" (141), y existiendo conductas tipificadas como delitos, que por política criminal sabemos que únicamente afectan a la víctima y no trascienden en perjuicio de la sociedad, debe ser el Ministerio Público, en uso de esa facultad exclusiva de la acción penal, quien debe

---

(139) Op. cit., pág. 90

(140) GARDUÑO GARMENDIA, op. cit., pág. 54

(141) Op. cit., pág. 39

intervenir en representación del ofendido para salvaguardar sus derechos, pero cuando éstos se encuentren satisfechos no vemos la necesidad de que se continúe el ejercicio de la acción penal en contra del activo, sobre todo si es voluntad del sujeto pasivo que cese la represión estatal.

#### c) EL CUERPO DEL DELITO

Un elemento esencial para el ejercicio de la acción penal, primordialmente durante el proceso, es que esté debidamente acreditado el cuerpo del delito, sin que por ello sea estrictamente necesario durante el período de averiguación previa, dado que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional no se requiere forzosamente esta comprobación para que el Ministerio Público consigne la indagatoria o para que el Juez libre la orden de aprehensión, pues tan sólo se necesita que se presuma la existencia de un ilícito y que sea probable la responsabilidad del inculpado.

"La comprobación del cuerpo del delito -cita GONZALEZ BLANCO- motivo de la denuncia o de la querrela, no es un requisito que las leyes procesales penales ni la Constitución, exijan entre los que deban aportarse durante el período de la averiguación previa, para que pueda deducirse el ejercicio de la acción penal, como tampoco lo es, para que la autoridad judicial competente pueda decretar la orden de aprehensión que se le solicite si los requisitos para ello se surten, porque como dice con razón ACERO, no habría delincuente que mientras se recabaran los elementos requeridos para ese efecto, no lo aprovechara para ponerse a salvo en previsión de que la orden de captura se expidiera en su contra, haciendo ilusoria la orden de esa manera; pero en cambio si lo es, como se ha visto,

para que pueda dictarse el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso en su caso". (142)

Antes de adentrarnos a la explicación de si debiera o no estar comprobado el cuerpo del delito para el debido ejercicio de la acción penal, y el tiempo en que efectivamente debe darse esa acreditación, señalaremos la forma en que es conceptualizada esta figura por diversos autores y por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"Al cuerpo del delito -cita BORJA OSORNO- se le han dado tres acepciones diferentes. Algunos entienden que el cuerpo del delito es el delito mismo. Otros estiman que el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que comprenden la definición legal. Los terceros opinan que el cuerpo del delito consiste exclusivamente en los elementos materiales".

"Cuando hablamos de cuerpo del delito, nos viene a la mente la idea de algo material, objetivo, que podamos apreciar físicamente, con el auxilio de nuestros sentidos. En la contemplación de los fenómenos que nos rodean, concebimos la existencia de un cuerpo como una substancia material en el mundo de la realidad. Cuerpo es todo aquello que tiene existencia propia y que es perceptible, porque se encuentra al alcance de nuestros sentidos. No es el cuerpo del delito el delito mismo, pues como dice el viejo maestro ORTOLAN, sería tanto como concebir que el cuerpo del hombre sea el hombre en sí. El concepto que se tiene sobre el delito, es substancialmente distinto a lo que se entiende por cuerpo del delito en el procedimiento

penal".

"Tampoco el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales, porque sería tanto como consentir en que el cuerpo del delito se compone de los elementos objetivos y subjetivos contenidos en la fórmula legal, incluyendo al dolo. Naturalmente que si es así, estaríamos comprobando la existencia del delito y caeríamos en el mismo error, al considerar que el cuerpo del delito es el delito mismo".

"Lo que equivale a decir que por cuerpo del delito no se entiende la realidad del delito mismo y que comprobar el cuerpo del delito, no es otra cosa sino demostrar la existencia de un hecho, sancionado corporalmente, con arreglo a la ley; que el cuerpo del delito en Derecho Procesal Penal, está constituido por los elementos materiales, objetivos, contenidos en la definición legal, con exclusión de los elementos subjetivos y del dolo". (143)

Sobre este concepto, GONZALEZ BLANCO escribe: "Tema debatido en la doctrina ha sido precisar el concepto de cuerpo del delito, y para darse cuenta de ello basta considerar el cúmulo de criterios que se han expuesto sobre el particular, entre otros los de los siguientes tratadistas: BARTOLONI FERRO, que dice, que el doctor ROJAS, llama cuerpo del delito, *corpus delicti*, a la materialidad del delito, que consta de dos elementos esenciales e inseparables; el hecho considerado en sí mismo, o sea la materialidad de la infracción, y la culpabilidad del agente, es decir la moralidad del acto; y que para MANZINI, cuerpo del delito, son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante

---

(143) Op. cit., págs. 204 a 206

las cuales fue cometido el delito, como toda otra cosa que fue efecto inmediato del delito mismo o que de otro modo tenga directa referencia con su ejecución. Para FRANCMARINO, el cuerpo del delito se refiere a los medios materiales inmediatos y a los efectos inmediatos de la consumación del delito, y que todo lo que, ya como causa, ya como efecto, no tiene ese lazo inmediato con la consumación del delito, será si se percibe directamente, una prueba material, pero no cuerpo del delito".

"JIMENEZ HUERTA, expresa al respecto, que en tres sentidos diferentes ha sido empleada la expresión cuerpo del delito. Como la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; como el efecto material que los delitos dejan de manera permanente después de su perpetración; y como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserva como reliquia de la acción material perpetrada; y hace la observación justificada, que el segundo de los supuestos adolece del inconveniente de admitir tantos cuerpos del delito como efectos pueda producir éste, y respecto al tercero, que resulta un absurdo, porque los delitos que consisten en una inacción no requieren de instrumentos. FLORIAN hace la distinción entre *corpus criminis* y *corpus instrumentorum*, entendiendo por aquél, el producto o rastro del delito, y por éste el conjunto de medios materiales empleados por el delincuente para perpetrar el delito".

"Con los antecedentes expuestos nosotros consideramos que por cuerpo del delito debe entenderse al resultado de los daños causados por el comportamiento corporal del inculpado, es decir, a los elementos materiales u objetivos que integran en cada caso el tipo descrito por la ley penal, con abstracción de aquellos que puedan catalogarse como subjetivos, como son el engaño y el lucro indebido en el fraude que está previsto por el artículo 386 del Código Penal, porque éstos se refieren al problema de

la culpabilidad". (144)

"En torno a la noción de cuerpo del delito se han elaborado múltiples concepciones teóricas y la jurisprudencia se ha ocupado del tema. Considerando que los fines de este trabajo -señala OSORIO Y NIETO- son eminentemente prácticos y que no hay ninguna pretensión del tipo doctrinal, únicamente se hará mención de lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado por cuerpo del delito: debe entenderse como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descritos concretamente por la ley penal". (145)

"Del contenido de ambos preceptos -escribe COLIN SANCHEZ-, desprendemos claramente que, el legislador consideró como cuerpo del delito a los elementos materiales de la propia infracción; a nuestro entender, tal criterio no es correcto. Existen infracciones en las que es necesario, al integrar el cuerpo del delito, determinar algunos otros elementos del injusto punible; como los elementos típicos subjetivos y los normativos, mismos que atendiéndonos estrictamente al criterio del legislador y de la Suprema Corte, quedarían excluidos, y en tal caso, nos atenderíamos exclusivamente a los elementos objetivos; es decir, a aquellos que sólo pueden ser conocidos por la aplicación de los sentidos (objetivamente)".

"De lo expuesto concluimos que el tipo penal puede tener como contenido, según el caso: lo meramente objetivo; lo objetivo y normativo; lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo; lo objetivo y lo subjetivo. En consecuencia, el cuerpo del delito se da cuando

---

(144) Op. cit., págs. 101 y 103

(145) Op. cit., pag. 43

hay tipicidad, según el contenido de cada tipo. Para demostrar lo anterior, basta pensar respectivamente en el delito de homicidio (objetivo); en el delito de estupro (objetivo y normativo); en el delito de robo (objetivo, normativo y subjetivo), y por último, en el delito de atentados al pudor (objetivo y subjetivo). En resumen, se puede afirmar: el cuerpo del delito corresponde en la mayoría de los casos, a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales, a los que corresponde como figura delictiva". (146)

Independientemente de lo sustentado por nuestro más Alto Tribunal y por los juristas que hemos señalado, consideramos acertado el criterio del maestro COLIN SANCHEZ, pues en todo caso, siempre deberá integrarse y comprobarse los elementos del tipo, tal y como lo previene el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece:

"El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código". (147)

Habiéndose determinado lo que consideramos por cuerpo del delito, debemos establecer la diferencia que existe entre esta figura y la integración de la misma, esta última la realiza directamente el Ministerio Público investigador durante el período de averiguación previa y consiste en reunir los elementos

---

(146) Op. cit., pág. 279

(147) Op. cit., pág. 122

que integran el tipo legal, en tanto que, por comprobación debe entenderse que esos supuestos constitutivos de la descripción penal han sido acreditados con las pruebas que el Código Adjetivo contempla y que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 Constitucional, ocurre cuando la autoridad judicial dicta el auto de término dentro de las setenta y dos horas de que es puesto a su disposición el inculpado.

"En este sentido, COLIN SANCHEZ señala: "Tomando en cuenta que la legislación mexicana se refiere a integración y comprobación del cuerpo del delito, es importante hacer notar que, con ello, alude a dos aspectos, frecuentemente confundidos en la práctica, y que en relación con el tema a estudio conduce a errores. Integrar, significa componer un todo con sus partes; en cambio, comprobar es evidenciar una cosa, cotejándola con otra, repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierta".

"La integración del cuerpo del delito es una actividad, en principio, a cargo del Ministerio Público durante la averiguación previa y tiene su fundamento en imperativos de carácter legal. Los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales, y Federal, indican: cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el Agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta que levante, recogiendo los si fuere posible (artículos 94 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales y 180, 181 y demás relativos del Código Federal de Procedimientos Penales)".

"De los preceptos citados se desprende que el conjunto de elementos probatorios que se hayan logrado acumular durante la averiguación previa, dependerá que el cuerpo del delito resulte

comprobado. Es innegable que la actividad del Ministerio Público, durante la etapa mencionada, tiende esencialmente a la integración del *corpus delicti*; ésa es su función característica".

"La comprobación del cuerpo del delito implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho se adecúa a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo. El proceso de adecuación típica, consiste en atender al bien jurídico tutelado, comparando la conducta o hecho con las formas descritas por el legislador para lograr su identidad; ha de llevarse a cabo, además, examinando cada uno de los elementos integrantes del tipo, los cuales, reunidos en su totalidad lo comprueban, pues de lo contrario, si falta alguno, no habrá tipicidad y en consecuencia, cuerpo del delito. En la legislación positiva, la comprobación del cuerpo del delito es una función que corresponde al órgano judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Constitución, que a la letra dice: Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado".

"La comprobación, está a cargo del juez en diversos momentos procedimentales; fundamentalmente durante la etapa de la instrucción y el juicio. En la primera, examinar las diligencias de averiguación previa y las que se hubieren practicado ante él mismo (cuando previa consignación de los hechos sin detenido, o en base al artículo 4o del Código de Procedimientos Penales, negó la orden de aprehensión y el Ministerio Público solicitó desahogo

de diligencias), y aquellas que se hubieren llevado a cabo durante el término constitucional de setenta y dos horas, para así, dictar el auto de formal prisión, el de sujeción a proceso, o en su caso, el de libertad por falta de méritos. En el juicio, también examinará las actuaciones antes mencionadas, relacionándolas con las demás probanzas rendidas después del auto de formal prisión, al igual que las presentadas durante la audiencia final, constatando así, la existencia o falta, del cuerpo del delito, con las consecuencias que una u otra situación producirán". (148)

Por no corresponder directamente a nuestro estudio, omitiremos realizar un análisis pormenorizado de las reglas específicas que señala el Código de Procedimientos Penales para la comprobación del cuerpo del delito, pero citaremos la forma en que éstas pueden realizarse, para lo cual nos remitiremos a lo señalado por el jurista RIVERA SILVA.

"La comprobación del cuerpo del delito -cita el autor- lleva al capítulo de la forma en que se debe hacer la comprobación, o lo que es lo mismo, cómo se debe acreditar la existencia de los procederes previstos en la ley. La existencia de los actos tipificados, puede acreditarse de manera directa o indirecta. Directa, cuando lo que se prueba es determinado elemento (o elementos) del cual se puede inferir lógicamente y naturalmente la existencia del acto. Así pues, los medios indirectos nunca comprueban de manera inmediata la conducta prevista en la ley, lo hacen de manera mediata o indirecta, que bien podría llamarse presuncional, debido a que, como ya indicamos, acreditan algo de lo cual se infiere el acto previsto en el delito legal".

---

(148) Op. cit., págs. 280 y 281

"La existencia de los medios indirectos se justifica por el hecho de que muchas infracciones penales presentan serias dificultades en lo tocante al capítulo de la comprobación de los elementos que las forman. En este orden de ideas, el legislador, casi siempre de manera limitativa, señala lo que hay que probar, aunque como ya se indicó, lo que hay que probar no sean forzosamente los elementos integrantes del tipo". (149)

En resumen diremos que el cuerpo del delito debe estar debidamente acreditado, para que el órgano jurisdiccional pueda dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y que después de analizadas las pruebas que se aporten durante la instrucción, si el Ministerio Público estima que se ha comprobado el cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado deberá formular conclusiones acusatorias, siendo el Juez en última instancia quien determinará si efectivamente quedó debidamente comprobado el cuerpo del delito, de donde podemos establecer que esta determinación siempre es de carácter judicial.

#### d) LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

El último elemento esencial para el debido ejercicio de la acción penal, es el hecho de que debe existir la probable responsabilidad del inculpado; pero antes de adentrarnos por completo a su estudio, citaremos que existen discrepancias entre los autores para establecer su verdadera denominación.

Así, GONZALEZ BLANCO señala: "El otro elemento

---

(149) Op. cit., pág. 168

básico del auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, es el relativo a la "presunta" responsabilidad del acusado". (150)

De igual forma COLIN SANCHEZ habla de "presunta", al respecto escribe: "Tanto en la práctica como en la doctrina se habla indistintamente de responsabilidad probable o presunta; ambos términos son sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha por tener indicios. En consecuencia, existe presunta responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente". (151)

En los mismos términos GARCIA RAMIREZ y ADATO DE IBARRA hacen referencia a la "presunta" y nos dicen: "Como en otro lugar hemos dicho, el cuerpo del delito y la probable o presunta responsabilidad del sujeto, que de este modo resulta inculpatado, constituyen nociones básicas, constitucionales inclusive, del procedimiento penal mexicano. El proceso entero se sustenta en la acreditación de ambos elementos". (152)

BORJA OSORNO nos aclara el panorama, al citar: "Se concluye que habrá indicios de responsabilidad y por tanto responsabilidad presunta cuando existen hechos o circunstancias accesorias al delito y que permiten suponer fundadamente que la persona de que se trata ha tomado participación en el delito ya concibiéndolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su

---

(150) Op. cit., pág. 103

(151) Op. cit., pág. 287

(152) Op. cit., pág. 199

cooperación de cualquier especie por acuerdo previo o posterior, o ya induciendo a alguno a cometerlo".

"Los términos del artículo 19 Constitucional son inequívocos y exigen: pluralidad de datos que tales datos sean bastantes para hacer probable la responsabilidad del acusado. Bastar, del latín *bastare*, quiere decir suficiente y proporcionado para alguna cosa; que da o suministra lo que se necesita; es sinónimo de abundar, en la primera acepción de este verbo que significa haber copia o gran cantidad de alguna cosa. Bastante es lo que basta y sinónimo de suficiente, que quiere decir apto o idóneo, bastante para lo que se necesita. De lo expuesto se desprende que el artículo 19 Constitucional exige que los datos que arroje la averiguación previa, sean suficientes e idóneos para hacer probable la responsabilidad del acusado. A pesar de la claridad del texto constitucional existe la tendencia a tergiversar el contenido del citado mandamiento, prescindiendo de la pluralidad de datos que la ley requiere, y substituyendo la noción de responsabilidad "probable" por la de "posible" que es muy distinta de la expresada por el legislador".

"Posible viene del latín *possibilis*, que quiere decir lo que puede suceder, lo que no se sabe si es cierto. Lo posible es lo potencial, lo que se opone a lo real o actual, no es la contraposición irreductible, sino más bien como aquello que puede realizarse. En la esfera práctica, el probabilismo es la norma que ordena actuar de acuerdo con lo más probable o verosímil".

"Probable viene del latín *probabilis*, significa aquello de que hay buenas razones para creer lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, lo que se puede probar. Lo probable es un posible, que tiene más posibilidades de ser, que de no ser. Es

probable lo que es posible y merece ser más creído que la opinión contraria. La idea de posibilidad, opuesta a lo imposible y contradictorio, se opone en parte a lo real o efectivo, porque lo real es lo actualmente dado o ya producido, y lo posible es lo que puede acontecer y también no llegar a suceder, no llegar a ser real. La posibilidad, existencia en razón de dualidad, base y principio de toda hipótesis, implica siempre, lo mismo en el orden especulativo que en el práctico, problema para resolver". (153)

En nuestro concepto, es afortunada la redacción de los artículos 16 y 19 Constitucionales, al mencionar esta figura como "probable" responsabilidad, a diferencia de algunos autores que la señalan como posible o presunta, pues en el primer caso, se entendería un hecho de dudosa realización; y en el segundo supuesto, daría pausa a equívocos creyéndose que su acreditación se da a través de la prueba presuncional o circunstancial, lo que de ninguna manera puede aceptarse, ya que estos medios probatorios, en todo caso, deben ser complementarios de otros elementos de convicción más eficaces. Debiendo entenderse por "probable" responsabilidad, la factibilidad de poder acreditarla en base a los indicios o datos que contenga la indagatoria.

Siguiendo el criterio expuesto y los lineamientos de nuestra Carta Magna, sólo haremos alusión a esta figura como probable responsabilidad, procediendo a vertir los diferentes conceptos que señalan los autores penalistas.

"Por presunta responsabilidad -escribe OSORIO Y NIETO- se entiende la probabilidad razonable de que una persona

---

(153) Op. cit., págs. 202 y 203

determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría. Se requiere, para la existencia de la presunta responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues tal certeza es materia de la sentencia". (154)

Por su parte, RIVERA SILVA señala: "Lo técnico es elaborar el elemento medular en estudio con la probabilidad o posibilidad, ya que tanto una como otra palabra no indican comprobación absoluta, sino simplemente se refieren a lo que puede ser o existir, o a lo que se puede fundar en alguna razón, sin que por ello se concluya la prueba plena del proceder".

"En resumen, la probable responsabilidad existe cuando se presentan determinadas pruebas, por las cuales se pueda suponer la responsabilidad de un sujeto. El término presunta responsabilidad es el que usan nuestros tribunales y el que adquiere carta de naturalización en la práctica. Sin embargo, debe recordarse, como ya lo indicamos, que en este caso, la palabra "presunta" no se identifica con la prueba circunstancial y que por tanto, lo único que debe comprobarse es la probable responsabilidad, como dice nuestra Constitución". (155)

"La posible responsabilidad debe tenerse por comprobada cuando existan indicios o sospechas que nos hagan presumir, racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito que se le atribuye (GONZALEZ BUSTAMANTE). Se ... concluye que habrá indicios de responsabilidad y, por lo tanto, responsabilidad

---

(154) Op. cit., pág. 44

(155) Op. cit., pág. 172

presunta cuando existen hechos o circunstancias accesorias al delito y que permiten suponer fundadamente que la persona de que se trata, ha tomado participación en el delito ya concibiéndolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie por acuerdo previo o posterior, o ya induciendo a algunos a cometerlo (FRANCO SODI)". (156)

Ya que no existe una definición legal de lo que debemos entender por probable responsabilidad, diremos que ésta se presenta cuando existen indicios o datos "bastantes" por los que se le considerará a una persona sujeto activo del delito, por haber participado de algún modo en la perpetración del injusto penal, realización que debe sujetarse a lo dispuesto por el artículo 13 del Código Penal, que establece:

"Artículo 13.- Son responsables del delito:  
I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo; VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado". (157)

En tales condiciones, la probable responsabilidad se presentará cuando existan elementos bastantes para suponer que

---

(156) GARCIA RAMIREZ y ADATO DE IBARRA, op. cit., págs. 199 y 200

(157) Op. cit., págs. 13 y 14

un sujeto ha participado de alguna forma en la perpetración del delito, debiéndose adecuar su conducta a cualquiera de los supuestos que contempla el Código Penal.

Si establecimos que la comprobación del cuerpo del delito compete a la autoridad judicial, la acreditación de la probable responsabilidad incumbe tanto al juzgador como al Ministerio Público.

Así, al establecer el artículo 16 Constitucional que es requisito indispensable para el libramiento de la orden de aprehensión, que se presenten los elementos de procedibilidad (denuncia, acusación o querrela) u otros datos que arroje la averiguación previa y que de éstos se desprenda la probable responsabilidad del inculpado, debemos entender que el órgano investigador debe reunir elementos que hagan probable la responsabilidad del indiciado, para que de esta forma resulte procedente el libramiento de captura.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 de nuestra Carta Magna, para que la autoridad judicial esté en posibilidades de dictar el auto de formal prisión, se requiere que el Ministerio Público haya aportado suficientes datos dentro de la indagatoria, a fin de que se acredite el cuerpo del delito y sea probable la responsabilidad del acusado.

COLIN SANCHEZ al respecto señala: "La determinación de la presunta responsabilidad del procesado corresponde, fundamentalmente, al juez; sin embargo, también concierne al Ministerio Público. Es indudable que durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de resolver si procede la consignación o la libertad del sujeto, analice los hechos y todas las pruebas recabadas,

porque, aun habiendo integrado el cuerpo del delito, sin estar demostrada la presunta responsabilidad, no podría cumplir con el ejercicio de la acción penal. El órgano jurisdiccional, por imperativo legal, también deberá establecer si existe probable responsabilidad para decretar la orden de captura y el auto de formal prisión".

"En ambos casos, el juez hará un análisis lógico y razonado de todos y cada uno de los hechos consignados en autos; no debe, en forma arbitraria, tener por demostrada la responsabilidad presunta de ninguna persona, sin el previo análisis valorativo de los elementos de cargo y de las pruebas de descargo, cuando éstas se hayan aportado".

"Disentimos de quienes opinan que durante el término constitucional de setenta y dos horas, sólo debe atenderse a las pruebas de cargo; tal criterio es contrario al principio de legalidad y a la imparcialidad que debe regir todos los actos y resoluciones judiciales. En la práctica, bastan indicios para considerar demostrada la presunta responsabilidad, sin embargo, el juzgador no debe atenderse exclusivamente a eso, pues lo más prudente es atender a los diversos medios de prueba establecidos en cada una de las leyes adjetivas, para que previo análisis de los hechos, en relación con éstas, conduzcan a una resolución consistente y capaz de evitar procesos inútiles y molestias sin fin a las personas". (158)

Respecto a la determinación de responsabilidad, compete únicamente a la autoridad judicial y se presenta al momento de que se dicte sentencia definitiva, cuando previamente el Ministerio

Público ha formulado conclusiones acusatorias por considerar que se encuentra comprobado el cuerpo del delito y es atribuible al procesado la comisión del delito que se le imputa.

"Es responsable -señala CUELLO CALON- aquel que siendo imputable, que teniendo capacidad para responder ante el poder social, debe responder ante él, así es que la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad de un hecho ejecutado". (159)

"El sujeto activo del delito -nos dice BORJA OSORNO- es responsable de su acto (físicamente imputable a él), porque vive en sociedad, representa un peligro social; es temible precisamente porque ha ejecutado ese delito y debe imponérsele una pena en defensa de la sociedad; la que el Juez elija entre el mínimo y el máximo correspondiente. El grado de responsabilidad se fija por la participación que el individuo haya tomado en el delito: autor material o intelectual, cómplice en sus múltiples formas, o encubridor". (160)

En relación a la responsabilidad, RIVERA SILVA escribe: "El Código Penal no define lo que es responsabilidad; simplemente señala qué personas son responsables de los delitos. Para eludir la engorrosa teoría, que en este punto es sumamente intrincada y la cual no hace sino obscurecer nuestras ideas, podemos aceptar como responsabilidad, la obligación que tiene un individuo a quien le es imputable un hecho, de responder del mismo, por haber actuado con culpabilidad (dolo u omisión espiritual)

---

(159) BORJA OSORNO, op. cit., pág. 201

(160) Idem.

y no existir causa legal que justifique su proceder o lo libere de la sanción". (161)

Estando nuestro trabajo relacionado únicamente con la actividad que desarrolla el Ministerio Público, no nos adentraremos más en el estudio de la responsabilidad, que como ya indicamos anteriormente, compete tan sólo a la autoridad judicial.

En tales condiciones citaremos a GONZALEZ BLANCO, quien hace referencia a la probable responsabilidad que compete acreditar al Representante Social, así, el autor señala: "Debe advertirse que la responsabilidad que se requiere para fundamentar esos autos es la presunta (haciendo referencia a la orden de aprehensión y al auto de formal prisión), y que ese carácter se desprende de los indicios o sospechas que arrojen los elementos que se hubieren aportado hasta el momento en que dicten esos mandamientos, que hagan suponer fundadamente que el sujeto a quien se le atribuye el hecho delictuoso le sea imputable, y por lo mismo que deba responder de él, a juicio de la autoridad que los dicta". (162)

### 3.- LA CONSIGNACION

De conformidad con lo señalado en los incisos que

---

(161) Op. cit., pág. 172

(162) Op. cit., pág. 104

antecedentes, sabemos que el ejercicio de la acción penal compete única y exclusivamente al Ministerio Público, tal y como lo ordena el artículo 21 Constitucional. Ahora bien, estando nuestro trabajo más relacionado con el período de averiguación previa, el ejercicio de la acción se conoce como consignación, que puede realizarse con o sin detenido, pero en todo caso siempre ante el órgano judicial competente.

"El Ministerio Público -señala GARDUÑO GARMENDIA- al ejercitar la acción penal, puede hacerlo, según los hechos investigados, con detenido o sin detenido. En el caso de consignarse sin detenido, el delito de que se trata determinará que la consignación vaya acompañada de la orden de aprehensión o de comparecencia. Tratándose de delitos que se sancionan con pena privativa de libertad, la consignación se hará solicitándose la orden de aprehensión. Si el delito se sanciona con pena alternativa o pecuniaria, se solicitará la orden de comparecencia".

"El Ministerio Público no podrá pedir se gire orden de aprehensión cuando el delito tenga pena pecuniaria o alternativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 Constitucional interpretado a *contrario sensu* que a la letra dice: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva ...". (163)

De igual forma OSORIO Y NIETO señala: "Se solicitará la orden de aprehensión cuando el delito o delitos que se atribuyan sean sancionados con pena privativa de libertad, y se solicitará orden de comparecencia cuando la sanción aplicable al o los

delitos por los que se consigna tengan establecida pena pecuniaria o alternativa". (164)

El mismo autor define esta figura en estos términos: "La consignación es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso". (165)

COLIN SANCHEZ define esta actividad acusatoria, señalando: "La consignación es el acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo a disposición del juez las diligencias o al indiciado, en su caso, iniciando con ello el proceso penal judicial. Al llevarse a cabo el ejercicio de la acción penal, hasta antes en preparación, se inician los actos de persecución del delito; de este modo, los actos de ejecución darán margen a los actos de defensa y a los de decisión". (166)

"La consignación -cita GARDUÑO GARMENDIA- o el ejercicio de la acción penal que lleva a cabo el Ministerio Público consignador ante el juez, es un acto más de naturaleza administrativa, y esto se desprende atendiendo tanto al órgano que la realiza por la discrecionalidad de sus actos que le permiten decidir si procede una consignación o no, como por no existir algún recurso

---

(164) Op. cit., pág. 47

(165) Idem.

(166) Op. Cit., pág. 261

judicial que pueda hacer valer el interesado ante su negativa de no ejercitar la acción penal, ...". (167)

En estos términos, la consignación será el documento y la actividad, en virtud de la cual el Ministerio Público investigador, haciendo uso de la facultad exclusiva que le concede el artículo 21 Constitucional, incita al órgano jurisdiccional para incoar un procedimiento penal en contra de determinada persona.

Siendo la consignación el pleno ejercicio de la acción penal, en la etapa de averiguación previa, encuentra su fundamento en nuestra Carta Magna; en primer lugar, por una potestad exclusiva que le otorga el artículo 21 al Ministerio Público, y, toda vez que los requisitos que debe cubrir el Representante Social cuando decide ejercitar esa acción, se encuentran previstos por el artículo 16, los que han sido analizados con antelación.

Confirma nuestra aseveración lo sustentado por OSORIO Y NIETO, quien escribe: "Los fundamentos del orden constitucional de la consignación son los artículos 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el artículo 16 respecto a los requisitos para el ejercicio de la acción penal y el artículo 21 por lo que se refiere a la atribución del Ministerio Público de ejercitar acción penal". (168)

Al respecto, GARDUÑO GARMENDIA menciona: "Una vez

---

(167) Op. cit., pág. 84

(168) Op. cit., pág. 45

que el agente del Ministerio Público considera acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, en los términos exigidos por los artículos 16 y 19 Constitucionales de acuerdo con el valor jurídico que a cada una de las pruebas existentes en actuaciones le otorga la Ley Procesal Penal correspondiente, hará la consignación ante la autoridad judicial que corresponda". (169)

Nosotros no compartimos el criterio expuesto por este autor, pues si bien es cierto que el ejercicio de la acción penal debiera comprender tanto la comprobación del cuerpo del delito como la de la probable responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 Constitucional, existe criterio definido de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que únicamente es necesario que el Ministerio Público cubra los requisitos del artículo 16 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, el propio autor atinadamente señala que "la actividad consignatoria se encuentra fundamentada jurídicamente en los artículos 2o y 3o Fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (170), que establecen:

"Artículo 2o.- Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto: I. Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales; II. Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal".

"Artículo 3o.- Corresponde al Ministerio Público:

---

(169) Op. cit., pág. 31

(170) Idem.

II. Pedir al Juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades ...". (171)

La consignación tiene de igual forma sustento, en lo ordenado por el artículo 3o de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y en el artículo 17 de su Reglamento Interior, que prescriben:

"Artículo 3o.- En la persecución de los delitos del orden común, al Ministerio Público le corresponde: B. En el ejercicio de la acción penal y durante el proceso: I. Promover la incoación del proceso penal; II. Ejercitar la acción penal ante los juzgados competentes por los delitos del orden común, cuando exista denuncia o querrela, esté comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quienes hubieren intervenido, solicitando las correspondientes órdenes de aprehensión o de comparecencia; ... IV. Poner a disposición de la autoridad judicial sin demora, a las personas detenidas, en los términos de las disposiciones constitucionales y legales ordinarias; ...". (172)

"Artículo 17.- A la Dirección General de Control de Procesos a través de sus Agentes del Ministerio Público adscritos a las Salas y Juzgados Penales y en el área de consignaciones le corresponde: ...XIV. Ejercitar acción penal por diversos delitos o en contra de personas distintas a los procesados, cuando en la causa penal en que intervienen surjan elementos suficientes para ello, tratándose de los mismos hechos o íntimamente vinculados;

---

(171) Op. cit., págs. 2 y 3

(172) Op. cit., pág. 3

XV. Vigilar y coordinar las actividades de los Agentes del Ministerio Público Consignadores, a fin de que las averiguaciones previas sean consignadas de manera adecuada y oportuna; XVI. Recibir de la Dirección General de Averiguaciones Previas, las averiguaciones de los delitos integrados por ésta y de las que se propone el ejercicio de la acción penal, haciendo el estudio respectivo para determinar lo procedente; XVII. Ejercitar la acción penal ante los Tribunales competentes por los delitos del orden común, dejando a su disposición a los detenidos que hubiere, así como los objetos relacionados con los hechos en los casos que corresponda; ... XX. Instruir a los Subdirectores, Jefes de Departamento y Agentes del Ministerio Público adscritos a su cargo, respecto a los casos en que por acuerdo del Procurador o del Subprocurador de Control de Procesos, deberán ejercitar acción penal directamente ante los Juzgados Penales y de Paz; ...XXIII. Someter a la aprobación del superior inmediato los criterios que deben observarse en los pliegos de consignaciones; ...". (173)

En atención a lo dispuesto por el Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, podemos decir que el ejercicio de la acción penal (en el periodo de averiguación previa) debe plasmarse en un documento denominado pliego de consignación, instrumento que no reviste formalidad alguna, por lo que los autores lo han considerado un acto informal.

Así, GARDUÑO GARMENDIA señala: "El acto consignatorio presenta, además, la característica de ser informal, por no requerir su formulación de requisitos especiales en cuanto a la forma de su elaboración, ni de palabras solemnes cuya omisión le pudiera restar

validez, aunque es necesario que jurídicamente este debidamente fundado y motivado; entendiéndose por fundamentación, el señalar los preceptos legales del Código Penal que tipifiquen y sancionen el hecho delictuoso, mencionándose asimismo las leyes correspondientes en que se apoyan las facultades del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, y la competencia del órgano jurisdiccional al cual se solicita la aplicación del Derecho al caso concreto que se le da a conocer; y por motivación, el dejar asentado en actuaciones las diligencias de investigación que acrediten la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad".

"De igual manera, se puede decir que es un acto unilateral, autónomo e independiente, en razón de que se lleva a cabo con la sola intervención del Ministerio Público consignador, no dependiendo en cuanto a su ejercicio de ninguna otra autoridad o particular, lo que se deriva del monopolio del ejercicio de la acción penal que ejerce en forma absoluta de acuerdo con lo señalado por el artículo 21 Constitucional, que lo convierte en cierta forma en juzgador de los hechos delictuosos, quedando en consecuencia a su juicio (en muchas ocasiones) el destino que se les dará a las personas y objetos relacionados con el delito". (174)

"Formalidad -cita BORJA OSORNO- en el sentido de solemnidad especial, ninguna. Ni la Constitución, ni las leyes orgánicas correspondientes, ni los Códigos de Procedimientos Penales señalan requisitos, solemnidades o formas expresas a que deba sujetarse el Ministerio Público invariablemente y cuya observancia tuviera como resultado la nulidad de la consignación".

"Ninguna ley establece una solemnidad especial

para formular la acción penal; basta con que el Ministerio Público promueva la iniciación de un proceso para que se tenga por ejercitada la acción penal relativa; tanto más cuanto que el exceso de trabajo en los Tribunales Penales no aconsejaría ni permitiría juzgar con un criterio muy riguroso la forma de esa promoción, bastando para los fines de un procedimiento regular, con que exista el pedimento respectivo (criterio jurisprudencial)". (175)

"Sin bien, como quedó expresado, no existen formalidades especiales para la elaboración de las ponencias de consignación, en los casos concretos se han utilizado formas impresas que facilitan y agilizan la formulación de esas ponencias, pero el uso de las mencionadas formas impresas no es obligatorio, y en múltiples ocasiones es recomendable, necesario e indispensable elaborar una ponencia de consignación para el caso específico, la cual en términos generales debe contener los siguientes datos:

I. Expresión de ser con o sin detenido; II. Número de la consignación; III. Número del acta; IV. Delito o delitos por los que se consigna; V. Agencia o Mesa que formula la consignación; VI. Número de fojas; VII. Juez al que se dirige; VIII. Mención de que procede el ejercicio de la acción penal; IX. Nombre del o de los presuntos responsables; X. Artículos del Código Penal que establezca y sancione el ilícito o ilícitos de que se trate; XI. Síntesis de los hechos materia de la averiguación; XII. Artículos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aplicables para la comprobación del cuerpo del delito, así como elementos de convicción utilizados específicamente al caso concreto; XIII. Forma de demostrar la presunta responsabilidad; XIV. Si la

consignación se efectúa con detenido se debe precisar el lugar en donde queda éste a disposición del Juez; XV. Si la consignación se lleva a cabo sin detenido, se solicitará la orden de aprehensión o de comparecencia según el caso; y, XVI. Firma del responsable de la consignación". (176)

Hemos podido apreciar que en el período de averiguación previa, se equipará el concepto consignación al de ejercicio de la acción penal, lo cual se encuentra confirmado con las Tesis Jurisprudenciales que a continuación citaremos.

"El Ministerio Público, para cumplir su cometido constitucional, al acudir a los tribunales en su fase persecutoria, debe consignar hechos que estima punibles, pudiendo, como es práctica usual, citar nombres y señalar delitos, y corresponde al órgano jurisdiccional el dictar resolución dentro del término constitucional, clasificar el evento dentro del tipo legal correspondiente y determinar desde luego a quien o a quienes se imputa la comisión delictuosa; tipo legal y presunta responsabilidad que serán materia del proceso. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XL, pág. 10. Directo 480/60. Pedro Torres Botello. Unanimidad de 4 votos".

"Basta con la consignación que del reo haga el Ministerio Público para que se entienda que este funcionario ha ejercido la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción, a reserva de que, después ya como parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueva todo lo que a su representación corresponda.

Quinta Epoca: Tomo XXVII, pág. 2002. Martínez Inocente".

"El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas; investigación, persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya ejercicio de la acción ante los Tribunales y es lo que constituye la instrucción y, en la tercera, o sea la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias, incluyendo en éstas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito. Sexta Epoca, Segunda Parte; Vol. XXXIV, pág. 9, A.D. 146/60. Luis Castro Malpica. Unanimidad de 4 votos". (177)

Por último, señalaremos que erróneamente el artículo 4o. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, hace una salvedad a esa facultad exclusiva para la persecución de los delitos que corresponde al Ministerio público y que se encuentra prevista por el artículo 21 Constitucional, cuando faculta a la Autoridad Judicial para que practique aquellas diligencias necesarias para comprobar los requisitos establecidos por el artículo 16 de nuestra Carta Magna y a efecto de que se libre la orden de detención, cuando el órgano jurisdiccional

---

(177) GARCIA RAMIREZ y ADATO DE IBARRA, op. cit., págs. 31 y 32

recibe una consignación sin detenido.

El mencionado artículo 4o. estatuye: "Cuando del acta de policía judicial no aparezca la detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará o pedirá a la autoridad judicial que se practiquen todas aquellas diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para la detención; pero si dichos requisitos aparecieran ya comprobados en el acta de policía judicial, el Ministerio Público la turnará al juez solicitando dicha detención". (178)

"CARLOS FRANCO SODI al criticar este precepto dice: Desgraciadamente en esta disposición se faculta al Ministerio Público para solicitar de los jueces que practiquen diligencias de averiguación en auxilio del órgano de la acción penal, lo que menoscaba su responsabilidad, convirtiéndolos en amanuenses de una autoridad administrativa, contraria a la naturaleza de la averiguación previa, que es función exclusiva del Ministerio Público, como lo destaca la jurisprudencia de la Corte que puede consultarse en el Semanario Judicial de la Federación y, por último da un carácter híbrido al proceso, contrariando el texto del artículo 21 de la Constitución General de la República que previene como función única del Juez la aplicación de la ley y no la persecución del delito, que ha dejado privativamente en manos del Ministerio Público". (179)

En tal virtud, nosotros propondríamos la reforma

---

(178) Op. cit., pág. 3

(179) COLIN SANCHEZ, op. cit., págs. 262 y 263

de este precepto, a fin de que el Ministerio Público sea el único que pueda acreditar los extremos del artículo 16 Constitucional cuando se solicite el libramiento de la orden de aprehensión; y en caso de que la autoridad Judicial, al recibir una consignación sin detenido, considerara que no es procedente el libramiento de la orden de captura, por no estar cubiertos los extremos que para tal fin establece el precepto constitucional, el órgano investigador debiera acreditarlos a través de una indagatoria de las llamadas relacionadas, pero no debe autorizarse al Juez para que practique esas diligencias, ya que ello contraviene el espíritu del artículo 21 de la Constitución Federal.

## CAPITULO IV

### EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

- 1.- ANTECEDENTES HISTORICOS
- 2.- CONCEPTO
- 3.- CAUSAS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL
- 4.- RESERVA Y ARCHIVO
- 5.- JURISPRUDENCIA

## EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

En este último Capítulo, analizaremos la facultad exclusiva del Ministerio Público para abstenerse en ejercitar la acción penal. Nos adentraremos en el análisis de esta figura, haciendo alusión a sus antecedentes históricos, su concepto, las causas que deben motivar ese no ejercicio y sus consecuencias legales.

Nuestro trabajo está encaminado primordialmente a justificar el hecho de que el Representante Social no ejercite la acción penal, siempre y cuando existan causas que jurídicamente lo sustenten, pero de ninguna manera estamos de acuerdo en que el Ministerio Público no haga uso de esa facultad exclusiva que le encomienda la Constitución, cuando sea legalmente procedente su ejercicio.

En tales condiciones, en el siguiente inciso correspondiente a los antecedentes históricos, señalaremos el criterio que sustentan los estudiosos de esa prerrogativa constitucional que fue encomendada al Ministerio Público, cuando esta institución se niega a ejercitar la acción penal sin apoyo jurídico que lo justifique.

Y en virtud de las graves consecuencias sociales que puede propiciar una determinación de no ejercicio de la acción

penal, sobre todo porque no existe ningún medio legal para impugnar una resolución de ese tipo, será imprescindible hacer mención a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de reciente creación, por ser una institución a la que se puede acudir para presentar una inconformidad en contra de una abstención o desistimiento de esa facultad persecutoria de delitos.

#### 1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

De conformidad con lo señalado en el Capítulo I del presente trabajo, denominado Antecedentes Históricos del Ministerio Público, sabemos que los procedimientos penales han estado encomendados a diversos funcionarios, por tanto, a esas mismas autoridades les competía decidir cuando una persona no debía ser sujeto a un proceso, lo que fue motivado en tiempos remotos a la existencia de fueros o por la desigualdad de razas.

Así, en la Época Precolombina correspondió al Tlatoani - y por delegación de éste, a los jueces y Consejos - la persecución de los delincuentes, que eran tratados cruelmente, y en donde existían diversos fueros (religioso y militar primordialmente), período en el que estaban fundidas las facultades de acusación y la de imposición de penas.

De donde podemos afirmar que la falta de imputación y de sanción, era competencia del propio Tlatoani o de los jueces que él mismo facultaba para ello, siendo el motivo principal para dejar de castigar a quien cometiera un delito, el hecho de

que gozara de determinado fuero.

CARLOS H. ALBA nos dice: "... la máxima autoridad era el Tlatoani, quien tenía la mayor jerarquía judicial y que era auxiliado por el Cihuacóatl o Juez Mayor, quien lo auxiliaba en lo referente a la impartición de justicia ...". En tal sentido, podemos deducir que estos funcionarios tenían la facultad para determinar que una persona no fuera enjuiciada, dado que no existía ninguna otra instancia que pudiese modificar una resolución dada en ese sentido. (180)

Apoyamos nuestra aseveración, tomando en consideración lo sustentado por LUCIO MENDIETA Y NUÑEZ, quien señala: "... el Tlatoani y el Cihuacóatl formaban los Consejos, con asistencia de un representante del sacerdocio, y esta autoridad colegiada era quien en forma definitiva determinaba sobre los asuntos de tipo criminal". (181)

Por lo que respecta a la Época Colonial, antes de la recopilación denominada Leyes de Indias, prevaleció una gran anarquía respecto a la investigación de los delitos, en virtud de que cualquier autoridad se "hacía justicia por propia mano", sobre todo si se trataba de castigar a los indígenas. Y en la mayoría de los casos en que algún español cometiera un ilícito en contra de un nativo, este hecho quedaba impune.

COLIN SANCHEZ nos dice: "... durante esta época, cualquier autoridad civil, militar o religiosa podía perseguir a

---

(180) Op. cit., pág. 7

(181) Op. cit., pág. 47

los delinquentes. Siendo los principales funcionarios encargados de imponer las penas, el Virrey, los Gobernadores, las Capitanías Generales, los Corregidores, entre muchas otras". (182)

A partir de 1681, con las llamadas Leyes de Indias, la persecución de los delitos se encomendó a la Audiencia, que contaba con los Fiscales y Oidores. Posteriormente la Promotoría Fiscal tuvo a su cargo esa función penal.

Y dada la gran desigualdad existente en este estadio, entre los conquistadores y el pueblo indígena, los delitos no eran castigados cuando el responsable era un hispano y el agraviado un natural de estas tierras, sin que estos tuvieran la posibilidad de hacer valer sus derechos.

Durante la primera etapa de la Epoca Independiente, continúa en funciones la Promotoría Fiscal, y no es sino hasta la promulgación de la Constitución de 1917, cuando la función persecutoria se encomienda con exclusividad al Ministerio Público, otorgándole el monopolio en el ejercicio de la acción penal, que desde luego comprende la prerrogativa exclusiva para que decida sobre la abstención de la misma.

Cabe señalar, que al encontrarse plasmada esa atribución a favor del Ministerio Público en el artículo 21 Constitucional, correspondiente a la instauración de las Garantías Individuales, debería proceder el Juicio de Amparo cuando el Representante Social infundadamente se negare a hacer uso de esa facultad.

Sirve de sustento para nuestra afirmación, lo preceptuado por el artículo 103 Fracción I de nuestra Carta Magna, que establece: "Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; ...". (183)

En base al numeral citado y de conformidad con lo dispuesto por la propia Ley de Amparo, en un principio sí fue posible impugnar una determinación de no ejercicio de la acción penal, por la vía del amparo.

Al respecto, SERGIO GARCIA RAMIREZ señala: "... se ha querido procurar el control a través del juicio de amparo, posibilidad aceptada en el artículo 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1919, opción que fue cerrada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, de cierto tiempo atrás".

"La Suprema Corte y los adversarios del amparo en esta hipótesis y eventualmente en las de desistimiento y formulación de conclusiones no acusatorias, argumentan en síntesis, lo siguiente: el ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público; la abstención del Ministerio Público en el ejercicio de su función requirente no lesiona derechos individuales, sino sociales, y puede dar cause a un juicio de responsabilidades, pero no al amparo".

"... es claro que la no consignación involucra un acto de autoridad y una decisión de quien no es parte en el

---

(183) Op. cit., pág. 104

proceso. No es posible dejar de reconocer que ni la Constitución ni la ley secundaria consagran derecho alguno del ofendido al proceso penal del inculcado. En consecuencia, creemos que el amparo es improcedente en los casos de no ejercicio de la acción penal, desistimiento de la misma o formulación de conclusiones no acusatorias por parte del Ministerio Público". (184)

COLIN SANCHEZ fija en forma muy clara su posición, respecto del no ejercicio de la acción penal, al señalar: "No olvidemos que la acción penal es pública, no sólo porque su ejercicio está encomendado a un órgano del Estado, sino, acaso más, porque es éste quien debe promover todo lo encaminado al castigo de los infractores a los ordenamientos jurídicos-penales, como garantía de tranquilidad y de seguridad; sin embargo, al Ministerio Público incumbe investigar los delitos y realizar toda la actividad necesaria para que se imponga, en su caso, una pena o una medida de seguridad; en otros términos, debe activar la propia acción y no renunciar a la misma, porque en esto no tiene derecho alguno, ni para no ejercitarla, ni tampoco para desistirse, a su arbitrio, como ocurre en nuestro medio, facultado para eso por leyes secundarias".

"Tanto las leyes secundarias como la jurisprudencia, han convertido al Ministerio Público en un ente jurídico dotado de un super-poder en torno a la acción penal, con grave detrimento de los ofendidos y víctimas del delito".

"Es aberrante y hasta sospechoso que, el Ministerio Público en nuestro medio pueda desistirse de la acción penal y haciendo gala, descarada, inaudita e inenarrable invada funciones

---

(184) Op. cit., págs. 199 a 201

jurisdiccionales, puesto que, con el desistimiento está resolviendo el proceso".

"Estos excesos no terminan con lo hasta aquí anotado, llegan a extremos inconcebibles; como el desistimiento de la acción, dado nuestros lineamientos legales, que produce efectos de sentencia absolutoria; en consecuencia, si es el acusador quien se está desistiendo, de hecho está absolviendo, de manera tal que, por una parte, en el ejercicio de la función de policía judicial dispone en lo absoluto de la acción penal, a grado tal de no ejercitarla, y cuando sí lo hace puede convertirse en el factor determinante de la relación jurídico procesal desistiéndose de su acción". (185)

Por su parte, JUVENTINO V. CASTRO escribe: "Nueva crítica debemos hacer respecto a las actividades del Ministerio Público, ejercitando la facultad de policía judicial. Esta se refiere a la falta de control constitucional de las actividades del Ministerio Público, en el caso de que se abstenga de ejercitar la acción penal en un caso determinado".

"Cuando un delito es denunciado al Ministerio Público, y éste se niega a ejercitar la acción penal contra el que aparezca responsable de él, los interesados en que la persecución se realice, pueden ocurrir ante el Procurador - control interno para que revise la resolución del inferior (art. 15 del Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal)".

"Los ofendidos por el delito no tienen otro recurso

---

(185) Op. cit., 13a. Edic., págs. 289 a 291

que hacer valer, ya que la jurisprudencia de la Suprema Corte ha resuelto que el juicio de amparo no procede en estos casos, pues en esa forma se arrebataría de manos del Ministerio Público la facultad persecutoria que el artículo 21 le otorga".

"El criterio no es exacto. Los efectos del amparo serían en el sentido de que el Ministerio Público ejercite su acción, en los casos en que se encuentre que sí procede, y de ninguna manera sería la autoridad judicial o el recurrente, ofendido por el delito, los que tomarían en sus manos la acción penal. Las víctimas del delito tienen derecho a que se les repare el daño que les haya causado éste, y cuando el Ministerio Público se niega a ejercitar la acción penal puede privarlos de la posibilidad de obtener dicha reparación". (186)

El propio autor cita a RAFAEL MATOS ESCOBEDO, quien afirma: "Y es que la abstención produce dos violaciones: la del derecho social de castigar - que da materia a un juicio de responsabilidad -, y la del derecho que el ofendido tiene a la reparación del daño, violación ésta que debe ser materia de un control jurisdiccional de índole constitucional". (187)

Dado que estamos haciendo referencia a si debiera existir un control constitucional, respecto de la resolución de no ejercicio de la acción penal, es innegable que debemos citar al maestro BURGOA, quien nos dice: "Cuando el Ministerio Público ilegalmente, contra toda disposición, se niegue a ejercitar su potestad persecutoria, ninguna otra autoridad, ni el ofendido mismo,

---

(186) Op. cit., págs. 36 a 38

(187) Idem.

pueden hacer que el delito cometido no quede impune, puesto que, según lo asentado por la Corte al interpretar el artículo 21 Constitucional, dicha facultad es privativa de la indicada institución, cuyas decisiones sobre su no ejercicio son inimpugnables jurídicamente por ningún medio ordinario o extraordinario, incluyendo la acción de amparo".

"En opinión del ministro De la Fuente, misma que nosotros acogemos por parecernos correcta, el ofendido debe tener el derecho de entablar la acción constitucional contra el acuerdo del Ministerio Público en el sentido de no ejercitar su facultad persecutoria, pues de esta manera dicha institución y su jefe, que es el Procurador, tendrían un dique a su posible actuación arbitraria de dejar impunes los delitos o irreparados los daños causados por éstos al ofendido".

"Si se determinase la procedencia de la acción de amparo contra dichas decisiones del Ministerio Público, la Justicia Federal tendría oportunidad de establecer, en cada caso concreto que se presentase a su conocimiento, si la negativa por parte de dicha entidad de perseguir un delito y acusar a su autor está o no legalmente fundada, pudiendo obligar a la mencionada institución a ejercitar la acción penal en el caso de que se reunieran los requisitos legales para el efecto".

"La jurisprudencia de la Suprema Corte ha sido sustentada en este sentido: Corresponde el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo la autoridad y mando de aquél. Una de las más trascendentales innovaciones hechas por la Constitución de 1917 a la organización judicial, es la de que los jueces dejen de pertenecer a la Policía Judicial, para que no tengan el carácter

de jueces y partes encargados, como estaban antes de la vigencia de la Constitución, de decidir sobre la responsabilidad penal y allegar, de oficio, elementos para fundar el cargo. El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público; de manera que, cuando él no ejerce esa acción, o se desiste de ella, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercitado por el Ministerio Público, imponga una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 Constitucional. Apéndice al Tomo CXVIII, Tesis 16 y 17. Tesis 5 y 6 de la Compilación 1917 - 1965 y del Apéndice 1975, Primera Sala".

"Ahora bien, la obligación social a que hemos aludido no sólo la tiene dicha institución frente a la comunidad, sino que la asume, en cada caso concreto, frente a los sujetos que sean víctimas u ofendidos de un delito; esta obligación social individualizada nos lleva a la conclusión de que el artículo 21 constitucional, en lo que al Ministerio Público atañe, sí contiene una verdadera garantía individual en favor de todas las personas que sean sujetos pasivos de un hecho tipificado legalmente como delito, asistiéndoles el derecho correlativo consistente en exigir de la citada institución la investigación penal correspondiente y el ejercicio de la acción punitiva ante los tribunales. Esta consideración, a su vez, apoya la procedencia del juicio de amparo contra las decisiones del Ministerio Público en lo que respecta al no desempeño de la mencionada acción". (188)

Nosotros opinamos que, todo acto de autoridad debe estar sujeto al control constitucional, dado que es la

---

(188) Op. cit., págs. 662 a 667

Única forma en la que los particulares pueden oponerse a las arbitrariedades del poder público, y si los actos de los Poderes Legislativo, Judicial y del propio Titular del Ejecutivo, pueden ser impugnados por la vía del amparo, no comprendemos que el Ministerio Público sea la única autoridad administrativa que este al margen de la Ley de Amparo.

No es posible considerar que la procedencia del amparo, en contra de los actos del Ministerio Público, constriñan su facultad exclusiva en el ejercicio de la acción penal, pues sería tanto como sustentar que en todos los juicios de garantías, la autoridad judicial federal sustituiría en sus funciones a las autoridades que sean señaladas como responsables. La materia del amparo no es relegar en sus facultades a las autoridades responsables, es ceñirlas a que su actuación sea apegada a las normas que establece la propia Constitución Federal.

Por tanto, como cualquier otra institución, todos los actos del Representante Social deben ser legalmente dictados, esto es, respetando las leyes secundarias y sobre todo lo establecido en la Carta Magna.

Los argumentos esgrimidos, encuentran sustento en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 8o. establece: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". (189)

---

(189) BURGOA ORIHUELA, op. cit., pág. 705

Actualmente, se ha abierto una opción para impugnar una resolución de no ejercicio de la acción penal, esta se presenta con la aparición de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual tiene facultades para pedir informes al Ministerio Público (artículo 47 Fracción XXI de la Ley de Responsabilidades), y, de esta forma, poder emitir una opinión respecto de que si debiera o no proceder la acción penal, en contra de determinada persona.

En relación al precepto citado, GARCIA RAMIREZ nos dice: "Por Decreto del 22 de Diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de enero de 1991, y vigente, según el artículo transitorio único, al día siguiente de su publicación, se dió nuevo texto a la Fracción XXI del artículo 47 de la Ley de Responsabilidades. El numeral determina las obligaciones de los servidores públicos para salvaguardar los principios - constitucionales y legales - que presiden su función. El texto aludido ordena: Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda la información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos, a efecto de que aquélla pueda cumplir con las facultades y atribuciones que le correspondan".

"Como se ve, esa fórmula normativa no menciona la denominación del órgano, sino que lo identifica por su función. Pero es claro que se alude a la Comisión Nacional de Derechos Humanos". (190)

MONICA ALDUCIN y ANA PAULA DOMINGUEZ al referirse

---

(190) GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Proceso Penal y Derechos Humanos, 1a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1992, pág. 37

a esta institución protectora de los derechos fundamentales del hombre, señalan: "Esta Comisión es responsable de vigilar el acatamiento a las normas que consagran los Derechos Humanos que se encuentran contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como garantías individuales o sociales, y en las convenciones y tratados internacionales suscritos por México".

"La Comisión defiende los derechos humanos de los individuos frente al poder público y por eso mismo para su éxito es apolítica y apartidista y debe guardar siempre imparcialidad".

"La Comisión Nacional no sustituye al Juicio de Amparo, porque ésta no invade la esfera de competencia del Poder Judicial Federal, sino que busca orientar a los particulares para que hagan uso adecuado del juicio de amparo. Esta institución puede intervenir en conflictos de individuos por violación de cualquier garantía individual por parte de la autoridad, mediante recomendaciones de carácter moral. En caso de que las autoridades no sigan las recomendaciones dadas por la Comisión, tiene como efecto un señalamiento en los medios de comunicación e informes públicos del organismo sobre la autoridad rebelde, lo cual implica un elevado costo político para ella". (191)

En nuestro país, por iniciativa presidencial, fue constituida la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como un reclamo popular en contra de las arbitrariedades del poder público. Este organismo encuentra sustento legal, mediante la

---

(191) ALDUCIN, MONICA y DOMINGUEZ, ANA PAULA. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Compilación Histórica, 1a. Edic., Edit. Sista, S.A., México 1992, pág. 103.

reforma del artículo 102 Constitucional.

La disposición constitucional, en su apartado B, señala: "El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas".

"Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales".

"El organismo que establezca el Congreso de la Unión, conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados". (192)

"Este artículo en los apartados A, contiene su redacción original, y el B, instituye a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que tiene competencia para intervenir en caso de violaciones a las garantías que ocasionen las instituciones administrativas y los sectores públicos federales, estatales y municipales, con excepción de jurisdicciones laborales".

"El llamado Ombudsman (vocablo sueco), surgió en

---

(192) Ibid., págs. 52 y 53

la Constitución de Suecia de 1809. Entre nosotros existe un antecedente autóctono generado por Ponciano Arriaga en el congreso potosino de 1847: la llamada Procuraduría de los Pobres cuyo objetivo era defenderlos de las injusticias, atropellamientos y excesos que contra ellos se cometían, y se siguen cometiendo, ya sea por parte de algunas autoridades, o por algunos agentes públicos, ...". (193)

Habiendo señalado, aunque brevemente, el fundamento y antecedentes de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se hace imprescindible hacer mención a las principales disposiciones que contempla la ley que regula este organismo, y en los que se puede apoyar un particular que se considere afectado por una resolución de no ejercicio de la acción penal.

Respecto a las Facultades de la Comisión Nacional, se establece en el artículo 6.- "La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones: I. Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos; II. Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos: a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal; b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas".

Artículo Tercero Transitorio.- "En tanto el Congreso

---

(193) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 9a. Edic., Edit. Trillas, S.A., México 1992, pág. 109

de la Unión para el Distrito Federal y las Legislaturas de los Estados establezcan los organismos de protección de los derechos humanos a que se refiere el primer párrafo del apartado B del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos podrá seguir conociendo de las quejas que deban ser competencia local, de conformidad con lo establecido por dicha Constitución Política".

"La Comisión Nacional conocerá también de las quejas e inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones o acuerdos del organismo de derechos humanos del Distrito Federal, así como de la insuficiencia en el cumplimiento de las mismas por parte de las autoridades a las que sean emitidas". (194)

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 6o. y Tercero Transitorio, de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, podemos establecer la procedencia de una denuncia en contra de una resolución de no ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público del Distrito Federal.

Ahora bien, la práctica nos irá enseñando el tipo de delito por el que sí intervendrá la Comisión Nacional de Derechos Humanos, para emitir una recomendación a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en el sentido de que deberá ejercitar acción penal en contra de un indiciado. Anotación que hacemos, en virtud de la salvedad establecida en la parte final del artículo 6o., que señala su intervención particularmente si se trata de delitos que afecten la integridad física de las personas.

Por último, será importante señalar las consecuencias que tiene para una autoridad, cuando ésta no brinde cooperación en una investigación y haga caso omiso a las recomendaciones que le dicte la Comisión Nacional, para tal fin, citaremos los artículos 70 y 73 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

"Artículo 70.- Las autoridades y los servidores públicos serán responsables penal y administrativamente por los actos u omisiones en que incurran durante y con motivo de la tramitación de quejas e inconformidades ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales aplicables".

"Artículo 73.- Además de las denuncias sobre los delitos y faltas administrativas en que puedan incurrir las autoridades y servidores públicos en el curso de las investigaciones seguidas por la Comisión Nacional, podrá solicitar la amonestación pública o privada, según el caso, al titular de la dependencia de que se trate". (195)

En nuestro concepto, consideramos de gran valía la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, pues viene a ser una alternativa real para el control en el abuso del poder público. Sobre todo en casos como en el del no ejercicio de la acción penal, porque no existe un medio de impugnación que proteja a la víctima de un delito, en contra de una determinación de ese tipo.

## 2.- CONCEPTO

Antes de definir el no ejercicio de la acción penal, es preciso señalar que esta inactividad por parte del Ministerio Público, puede presentarse en el período de averiguación previa, resolviendo el archivo de la indagatoria, o durante el proceso, solicitando al juez la libertad del procesado (generalmente mediante la formulación de conclusiones no acusatorias).

En el primer supuesto, el Ministerio Público deberá abstenerse en ejercitar acción penal ante los tribunales, por las siguientes causas: por no encontrarse reunidos los requisitos que, para tal fin, señala el artículo 16 Constitucional; porque se demuestre que el inculcado actuó en circunstancias excluyentes de responsabilidad; en el caso de que únicamente exista como prueba, la confesión del indiciado; y, en los casos de extinción de la acción penal.

El segundo supuesto, se presenta cuando el Ministerio Público, actuando como parte en el procedimiento, solicita la libertad del procesado, por las causas anteriormente aludidas, por considerar que el delito no existió o que este no sea imputable al inculcado.

Cada uno de los supuestos citados, serán analizados en el siguiente inciso del presente Capítulo, por lo que únicamente nos limitamos a mencionarlos como causas para el no ejercicio de la acción penal.

Como hablamos del aspecto negativo, de esa facultad exclusiva del Ministerio Público, es claro que los tratadistas no se ocupan en definirla (puesto que conceptúan su carácter positivo), limitándose a señalar los motivos y consecuencias de ese no ejercicio.

Así, OSORIO Y NIETO señala: "El no ejercicio de la acción penal se consulta, en el caso de que agotadas las diligencias de la averiguación se determina que no existe cuerpo del delito, de ninguna figura típica, y, por supuesto, no hay presunto responsable; o bien que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal ...".

"En estos casos, el Agente del Ministerio Público propone el no ejercicio de la acción penal y el archivo de la averiguación previa, los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador opinan sobre la procedencia o improcedencia de autorizar el no ejercicio de la acción penal y los Subprocuradores, cualquiera de ellos, por delegación de atribuciones del Procurador, autorizarán o negarán el no ejercicio de la acción penal". (196)

Por su parte, GARDUÑO GARMENDIA escribe: "La resolución de archivo por no ejercicio de la acción penal, procede cuando el Agente del Ministerio Público investigador ha verificado que no existe indicio alguno que haga suponer la comisión del delito; en este supuesto acuerda el archivo de la averiguación previa".

"Por acuerdo del Procurador (Lic. Agustín Alanís Fuentes) de la institución del Ministerio Público del fuero común,

a esta resolución de archivo se le ha otorgado el carácter de definitividad, esgrimiéndose como argumento para evitar la investigación de los hechos ya examinados en forma indefinida, mediante la reapertura de la averiguación previa, y proporcionar así seguridad jurídica a los gobernados que pudieran llegar a sufrir las consecuencias de la mala fe de los funcionarios del Ministerio Público".

"En la doctrina se ha sostenido que, a esta resolución de archivo, no se le puede dar el carácter de definitividad, como cosa juzgada, ya que esta resolución no es judicial, sino administrativa, donde impera la jerarquía del Procurador y por su mismo carácter administrativo, puede ser revocable en beneficio de la sociedad y continuar la investigación y, llegado el caso, ejercitar la acción penal".

"Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece: "... el acto por el cual se ordena el archivo de una averiguación, no es firme, ni inmodificable como algunas resoluciones judiciales, pues aquí opera la jerarquía del Procurador, quien puede dictar un acto y después, por razones de oportunidad o de una más serena reflexión y siempre en interés de la sociedad, tiene poder para revocarlo, puesto que el archivo de un asunto, no produce cosa juzgada y es esencialmente revocable por motivos supervinientes ...". (197)

Existe un caso especial de no ejercicio de la acción penal, que se presenta cuando el Ministerio Público considera que un indiciado cometió una conducta típica en circunstancias

que excluyen su responsabilidad penal (como en los casos de legítima defensa).

En estos supuestos, antes de la adición del artículo 3 bis al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Ministerio Público en base a la Fracción VII del artículo 3o del ordenamiento citado, ponía a disposición del juez al presunto responsable, pero en vez de ejercitar acción penal en su contra, solicitaba su libertad, lo que ocurría por carecer de facultades para determinar su libertad en la fase de averiguación. Esta resolución se denominó acción declarativa, y, sin duda, está comprendida como un no ejercicio de la acción penal, estando prevista por el artículo 6o del Código Procesal Penal.

En relación a este supuesto, GARCIA RAMIREZ nos dice: "Con el tema que ahora examino se vincula otro importante asunto, a saber: la conducta del Ministerio Público cuando se encuentra probada en la averiguación previa, a juicio de aquella autoridad instructora, la existencia de una excluyente de incriminación, o bien, de una causa extintiva de la pretensión punitiva. En este último suceso, estrictamente procesal, no parece haber problema; lo hay en el otro, que atañe a una cuestión de fondo".

"En una etapa de la práctica procesal, fundada en normas existentes en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que facultaba al Ministerio Público -y lo siguen facultando- para requerir al juez la liberación de un inocente -mediante libertad absoluta, no apenas por falta de méritos-, se llevó adelante el ejercicio de acción, calificada como declarativa, para que fuera el juez quien resolviese, mediante auto de libertad absoluta -que es, en esencia, el sobreseimiento- el cierre

definitivo del proceso".

"No podía el juez, empero, negar lo solicitado por el Ministerio Público. A este procedimiento se atribuye la ventaja de hacer pública la causa de la liberación, por el carácter asimismo público que reviste el proceso judicial, aunque no tuviese la virtud de entregar al juez la decisión autónoma del asunto".

"Esa solución fue frecuentemente impugnada, más por la opinión pública que por los juristas. En efecto, parecía incomprendible -por no conocerse la diferencia entre la acción de condena y la acción declarativa- que en casos de evidente legítima defensa, los más notorios, el Ministerio Público ejercitara acción ante los tribunales, aunque la consecuencia visible de ese ejercicio fuera, en brevísimo plazo, la libertad del consignado. Aquí entraron en pugna, como se ve, la técnica jurídica y el concepto social". (198)

El problema que se presentaba con la llamada acción declarativa, fue resuelto por lo dispuesto en el artículo 3 bis del Código Adjetivo Penal, que fue adicionado mediante Decreto de fecha 26 de diciembre de 1981, facultando al Ministerio Público para no ejercitar la acción penal, en los casos en que se acredite que el indiciado está favorecido por una excluyente de responsabilidad penal.

En nuestra opinión, el no ejercicio de la acción penal, es la resolución que efectúa el Ministerio Público, tanto

en el periodo de averiguación previa como durante el procedimiento, en uso de la facultad constitucional que le otorga el artículo 21, en virtud de la cual determina que el presunto responsable o el inculpaado, no deben ser procesados penalmente.

Acuerdo que debe estar debidamente fundado y motivado, en las causas expresamente determinadas por la ley y no por un mero arbitrio del Representante Social.

### 3.- CAUSAS DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

En el presente apartado, nos avocaremos al estudio de las causas que deben motivar una abstención en el ejercicio de la acción penal, motivos que están previstos en la Constitución Federal, en el Código de Procedimientos Penales y en el Código Penal.

Interpretando en sentido opuesto al artículo 16 Constitucional, podemos decir que el Ministerio Público no debe ejercitar acción penal cuando no se reúnan los requisitos que para tal fin señala este precepto, a saber: que no exista una denuncia, acusación o querrela; que existiendo estas, no hayan sido formuladas bajo protesta o fueron expresadas por una persona indigna de fe; o, que no existan datos "suficientes" para hacer probable la responsabilidad del inculpaado.

Cada uno de estos elementos, ya fueron analizados en el Capítulo precedente, por lo que únicamente nos limitamos a señalarlos.

Ahora bien, en lo referente al Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal, diremos que este ordenamiento prevé como supuestos para el no ejercicio de la acción penal, en el período de averiguación previa, el hecho de que el inculpado haya actuado en circunstancias que excluyen su responsabilidad penal (artículo 3 bis) y cuando exista como única prueba la confesión (artículo 59).

El artículo 3 bis, establece: "En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal". (199)

Antes de analizar las circunstancias excluyentes de responsabilidad, citaremos la crítica que de este precepto hace MARCO ANTONIO DIAZ DE LEON, quien escribe: "La responsabilidad o no responsabilidad penal del inculpado sólo corresponde determinarla al órgano jurisdiccional. Juzgar sobre la existencia y prueba de una excluyente de responsabilidad penal es entrar al fondo del asunto, lo cual entendiéndose bien, únicamente se puede hacer en la sentencia definitiva. Estos aspectos sustanciales del derecho punitivo ni siquiera deben tratarse por el juez en el incidente de desvanecimiento de datos; menos aún, en la averiguación previa por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal. En el incidente por desvanecimiento de datos no cabe el trato ni la resolución de las excluyentes de responsabilidad penal, pues, en él sólo procede analizar pruebas indubitables que desvirtúen

las que a su vez sirvieron para tener por comprobados el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, en el auto de formal prisión, como lo establece el artículo 547 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

"Esta disposición no se justifica sólo por el principio de economía procesal, pues éste no debe llevarse hasta el absurdo de eliminar de la propia instancia, para propiciar una justicia de propia mano o, como en el caso, para que la imparta casi salomónicamente, sin juez y sin proceso, una de las partes, la parte acusadora Ministerio Público".

"Por lo mismo, como ya lo he señalado, este artículo puede considerarse inconstitucional. Establecer cuándo un inculcado actuó bajo las excluyentes de la responsabilidad penal que establece el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, es decir, resolver si un hecho es o no delito de este fuero, o determinar la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados, es competencia exclusiva de los Tribunales del Distrito Federal, pues es tal la jurisdicción que conforme a la división de poderes corresponde únicamente, este caso, al Poder Judicial del Distrito Federal, como lo establecen los artículos 21, 43, 44, 49, 73 Fracción VI, 94 y 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lo. del Código Procesal Penal".

"Además de que este artículo que se comenta rebasa lo ordenado por el artículo 102 Constitucional, que no otorga al Ministerio Público facultad para resolver sobre las excluyentes de la responsabilidad penal, es un error jurídico convertir en juez y parte acusadora al Ministerio Público. No olvidemos, la imposición o no del *ius puniendi* a un inculcado, sólo corresponde hacerse mediante proceso y en fallo definitivo. Ello porque la determinación

de las excluyentes de la responsabilidad penal equivale a la comprobación, juicio y sentencia firme de que la acción no fue punible por no haber sido típica, antijurídica o culpable, aspectos éstos delicados que son esencia del delito y, consecuentemente, de la aplicación o no del *ius puniendi* por parte de la autoridad judicial".

"Ahora bien, por política criminal, cuando en la averiguación previa aparezca probada una excluyente de responsabilidad en términos del artículo 15 del aludido código punitivo, lo correcto es no consignar al detenido, pues no existiendo delito nada tiene que perseguir el Ministerio Público; caso contrario debe consignar sin detenido y arraigo del inculpado -o con las medidas para que éste no se fugue-, con expreso pedimento del Ministerio Público para que el juez, después de tomar preparatoria dicte libertad por falta de elementos para procesar. Esto, a más de que no debe confundirse con lo dispuesto por el artículo 271 que sólo abarca delitos culposos, habrá de resolverse bajo el principio de que actúa en lo más favorable al reo, lo cual, a su vez, produce los siguientes efectos: a) no se viola la constitución como en el caso del artículo 3o. bis que se comenta; b) no se violan garantías individuales, al no causar molestias al inculpado, cumpliéndose, además, con lo ordenado por el artículo 16 constitucional; c) se protege mejor a la justicia y a la sociedad, porque el auto de libertad por falta de elementos para procesar no impide que, posteriormente, con nuevas pruebas, se proceda en contra del indiciado". (200)

Nosotros, discrepamos de la opinión expuesta por DIAZ DE LEON, por parecernos contradictoria, dado que en un

---

(200) DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Comentado, 1a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1990, pág. 105

principio nos dice: que por ningún motivo el Ministerio Público debe resolver sobre la existencia de una excluyente de responsabilidad en favor del inculpado, y, por otro lado, señala que: por política criminal el Ministerio Público no debe consignar, cuando aparezca probada una excluyente de incriminación, que el órgano investigador debe limitarse a solicitar al juez la libertad del indiciado, lo que ocurrirá después de que rinda su declaración preparatoria y al dictarse el auto de falta de elementos para procesar.

Esto, según el autor, no viola garantías individuales del probable responsable, por no causarle molestias, lo que a nuestro juicio resulta inaudito, pues sabemos que el juez dictará el auto de término constitucional, dentro de las setenta y dos horas siguientes de que una persona es puesta a su disposición, luego entonces, nos preguntaríamos: ¿el estar detenido tres días, es o no una molestia para una persona que actuó bajo circunstancias que excluyen su responsabilidad penal? Desde luego que es un acto de molestia, no concebimos a una persona en un reclusorio, durante setenta y dos horas, cuando en defensa de su familia lesionó o mató a un delincuente, por citar un ejemplo, sobre todo si esta circunstancia está debidamente probada en la averiguación previa.

Hemos señalado con antelación, que el criterio expuesto por DIAZ DE LEON, es conocido en la doctrina como: acción declarativa del Ministerio Público, encontrando su base en los artículos 3o. Fracción VII y 6o. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y, que precisamente el artículo 3 bis del propio ordenamiento, fue el que vino a resolver esa falta de atribuciones del agente investigador, para poder decidir un no ejercicio de la acción penal, en el periodo de averiguación previa, evitando la consignación de una persona, cuando en la indagatoria se acreditó que actuó bajo una circunstancia excluyente de

responsabilidad penal.

Por otro lado, no es argumento suficiente, para justificar el ejercicio de la acción en las circunstancias antes descritas, el hecho de que se pueda proceder en contra del inculpado, después de dictado el auto de libertad por falta de elementos, si aparecieran nuevas pruebas de culpabilidad, toda vez que en el supuesto de un no ejercicio, el Ministerio Público de igual forma puede consignar la indagatoria al juez correspondiente, si con posterioridad al archivo de la averiguación, se presentan pruebas que desvirtúen la excluyente y, además, hagan probable la responsabilidad del presunto responsable.

Con relación a la inconstitucionalidad de este precepto, porque a decir del autor otorga facultades al Ministerio Público que son exclusivas de los Tribunales del Fuero Común, y que por tanto va en contra del principio de división de poderes, en nuestro concepto no es acertada esta afirmación, puesto que, nuestra Carta Magna en diversas disposiciones, otorga facultades a un Poder de la Unión que supuestamente, en estricto derecho, le competieran a otro Poder.

Al respecto, nuestro emérito profesor ANDRES SERRA ROJAS escribe: "En puridad a cada poder debería corresponder una función específica, es decir, al Poder Legislativo le corresponde la función legislativa, al Poder Ejecutivo la función administrativa, y al Poder Judicial la función jurisdiccional. Sin embargo, los textos constitucionales por diversas razones de necesidad orgánica se han visto obligados a no seguir este criterio; de este modo nos encontramos con que el Poder Legislativo además de la función legislativa le corresponden, por excepción, otras funciones; por ejemplo, las Cámaras nombran a su personal, que es un acto

administrativo; se erigen en Gran Jurado, lo cual es un acto jurisdiccional y otros semejantes".

"Si pasamos al Poder Administrativo veremos que, además de la función administrativa, le corresponden otras actividades, por ejemplo la facultad reglamentaria, que es un acto de naturaleza legislativa; las controversias en materia fiscal, agraria, obrera, que son actos materialmente jurisdiccionales".

"El Poder Judicial además de ejercer la función jurisdiccional realiza otros actos no propiamente de esta naturaleza, por ejemplo el nombramiento de su personal que es un acto administrativo".

"Esto ha obligado a los autores alemanes a emplear un método selectivo que permite determinar con claridad la naturaleza de las funciones: el criterio formal considera al acto jurídico tomando en cuenta el órgano que realiza legalmente la función, de este modo todas las funciones que corresponden al Poder Legislativo, artículos 73, 75, 76 y 77 constitucionales y demás relativos, son funciones formalmente legislativas. Así el artículo 89 de la Constitución señala las funciones administrativas y el artículo 97 y siguientes indican, de acuerdo con el mismo criterio, que esas funciones son jurisdiccionales".

"El criterio formal es insuficiente porque no es adecuado llamar actos legislativos al nombramiento de un empleado, o cuando el Poder Legislativo se erige en Gran Jurado, ya que el primero es un acto administrativo y el segundo un acto jurisdiccional".

"El criterio material es objetivo y prescinde del órgano que realiza la función, y considera el acto jurídico en

sus elementos naturales o propios. Por esta razón la expedición de la ley y el reglamento, aunque corresponden a los Poderes Legislativo y Administrativo, son actos de naturaleza legislativa desde el punto de vista material".

"Es, por lo tanto, útil aplicar este criterio de la formalidad y de la materialidad al estudio de las funciones que se descomponen en una serie de actos jurídicos de alcance diverso. Las funciones que realiza el Estado corresponden a las funciones de una comunidad, si tomamos en cuenta que toda organización política se justifica por la forma como atiende a las grandes necesidades colectivas". (201)

La adición del artículo 3 bis al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, viene a ser un avance substancial en el sistema procesal mexicano, al conducirnos hacia el logro del principio de "la justicia pronta y expedita", que siempre ha sido un reclamo de la sociedad, pocas veces alcanzado.

En el precepto referido, se establece que el Ministerio Público no ejercerá acción penal, cuando el inculpado actúe en circunstancias que excluyan su responsabilidad penal, motivo por lo cual pasaremos al estudio de éstas, las cuales se encuentran previstas por el artículo 15 del Código Penal, que establece:

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias;

II. Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente;

III. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquel que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

IV. Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, siempre que

exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho.

VI. Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo.

IX. Derogada.

X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

XI. Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible". (202)

Antes de adentrarnos al análisis de cada una de las hipótesis que señala el Código Penal, es conveniente hacer

mención a la crítica que al rubro del artículo 15, hace el maestro RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, quien escribe: "Circunstancia es lo que está alrededor de algo y la razón de ser de las excluyentes atañe a lo esencial del delito. La responsabilidad tiene por presupuesto la imputabilidad y ambas hacen posible la culpabilidad; por lo que las excluyentes, en su especie, se fundan en la ausencia de imputabilidad o de culpabilidad, mas no de responsabilidad. Por estas consideraciones hemos propuesto una denominación más comprensiva y genérica: causas que excluyen la incriminación". (203)

Desde luego, será mejor hablar de causas (así empieza la denominación del presente inciso) en vez de circunstancias, pero se nos hace engorroso entrar al tema de si debieran ser excluyentes de incriminación o de responsabilidad, sobre todo si nuestra Carta Magna habla de probable responsabilidad (artículo 16) y nuestro trabajo está ligado a determinar si el Ministerio Público debe abstenerse en ejercitar acción penal, cuando favorezca al indiciado una de estas causas, por lo que, sin dejar de reconocer la acertada denominación realizada por el jurista, las designaremos como excluyentes de responsabilidad.

Para poder encuadrar estas excluyentes, es menester que hagamos alusión a los elementos positivos del delito, dado que estas causas son el aspecto negativo de esos presupuestos de existencia del ilícito penal.

Refiriéndose a este tema, el propio jurista CARRANCA Y TRUJILLO nos dice: "Si según su noción jurídica, el delito se

---

(203) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Código Penal Anotado, 16a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1991, pág. 73

define por la concurrencia de actividad (nosotros diríamos conducta), antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad (le faltó citar al autor la tipicidad), al faltar alguna de ellas no habrá delito. Los citados son sus elementos positivos a los que se pueden oponer los negativos: ausencia de acción, juridicidad de la acción, ausencia de tipo, ausencia de imputabilidad y de culpabilidad y ausencia de pena". (204)

Nosotros preferiríamos hablar de falta de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.

Cabe señalar, que no todas las causas excluyentes de responsabilidad, se encuentran previstas en el artículo 15 del Código Penal, puesto que otros preceptos de este ordenamiento también las contemplan, así, podemos citar: el aborto terapéutico (artículo 334) y el robo de fideicomiso (artículo 379), sólo por mencionar algunos ejemplos.

En estas condiciones, diremos que existe una excluyente de responsabilidad penal, cuando de la investigación se desprenda la existencia de un elemento negativo del delito.

Al respecto, existe la siguiente jurisprudencia: "No todas las excluyentes de responsabilidad están comprendidas en el artículo 15 del Código Penal, porque la enumeración contenida en éste es enunciativa, no limitativa. Cuando el reo obra sin intención ni imprudencia queda excluido de responsabilidad penal, aunque sus hechos no encuadren en alguna de las previsiones del

artículo 15 (A.J., T. XIII, pág. 106)". (205)

Regresando a las hipótesis contenidas en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, pasaremos al estudio de sus diversas fracciones, para encuadrarlas en alguno de los elementos negativos del delito.

La Fracción I, corresponde al aspecto negativo de la acción u omisión, que llamaremos ausencia de conducta, porque precisamente no existió voluntad por parte del activo para realizar el hecho típico.

Sustentamos nuestra opinión, en lo escrito por CASTELLANOS TENA, quien nos dice: "... si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal".

"Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada *vis absoluta*, o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal del Distrito. En el fondo de esta eximente en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo

jurídico-penal, como persona capaz. Por lo mismo no se trata de una causa de imputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta. Así lo ha venido enseñando en nuestra Facultad a partir de 1936 el profesor Villalobos, quien desde entonces ubicó certeramente esta causa eliminatoria del elemento objetivo del delito".

"Es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar como factores eliminatorios de la conducta a la fuerza mayor (*vis maior*) y a los movimientos reflejos. Entre nosotros estas causas adquieren carácter supralegal, por no estar expresamente destacadas en la ley, pero pueden operar, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario. Sólo resta añadir que la *vis absoluta* y la *vis maior* difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito)".

"Para algunos penalistas también son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias". (206)

La Fracción II, debe encuadrarse dentro del elemento

---

(206) CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 5a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1969, págs. 155, 156 y 157

negativo denominado inimputabilidad, dado que el sujeto activo realizó la acción u omisión, sin la capacidad de querer y entender su conducta.

La primera parte, de la Fracción II, contempla una situación típica de inimputabilidad, pero en nuestro concepto no debe ser motivo para un no ejercicio de la acción penal, puesto que el indiciado, en muchos casos, puede resultar una persona peligrosa para la sociedad, y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 del Código Penal, el indiciado debe ser sometido a una medida de seguridad.

"Artículo 68.- Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas".

"La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso". (207)

La Fracción II, contempla una segunda hipótesis, a saber, que el sujeto al cometer el hecho típico se encuentre sin la capacidad de querer y entender, pero cuando esta circunstancia haya

sido propiciada por el activo, no producirá una excluyente de responsabilidad, como sucede en los casos de embriaguez y drogadicción.

En relación a este tema, CASTELLANOS TENA nos dice: "La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama *acciones libere in causa*. Es el caso de quien decide cometer un homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí, sin duda alguna existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal".

"Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena". (208)

Antes de la reforma del 13 de enero de 1984, esta fracción sí contemplaba una causa de inimputabilidad, que debía propiciar un no ejercicio de la acción penal, ello se presentaba cuando el inculpaado actuaba afectado por una "perturbación de carácter patológico y transitorio". (209)

---

(208) Op. cit., págs. 210 , 211 y 217

(209) Idem.

En este sentido se pronunció la Suprema Corte, al emitir la siguiente tesis jurisprudencial: "ESTADO DE INCONSCIENCIA. SISTEMA LEGAL.- Relacionados los preceptos adjetivo y substantivo federales para el problema se advierten tres hipótesis: 1) el sujeto debe ser puesto en libertad si delinque en estado de inconsciencia por trastorno mental patológico y transitorio (art. 15 - II del C.P.); 2) el sujeto es inimputable, pero debe recluírse en un establecimiento especial si causó daño lesivo por falta absoluta de conocimiento (locura, imbecilidad, idiotismo o cualquier otra anomalía semejante) y 3) se suspende el procedimiento recluyéndosele en un manicomio si enloquese estando en prisión (arts. 68 y 69). Por consiguiente no se ubica en la primera hipótesis, aun cuando los expertos sostengan que el acusado delinquiró bajo el impulsivismo epileptoide con liberación de sus instintos por intoxicación alcohólica, si no se demostró que estuviera en el paroxismo o en el aura epiléptica y menos que se encontraba ebrio en el momento del evento; de ahí que fue correcto aplicarle una sanción privativa de libertad en lugar de una medida de seguridad, al haber tenido conciencia de la antijuridicidad de su conducta".

"Amparo Directo 2186/50.- Quejoso: Leopoldo Rodríguez Espinosa.- Fallado el 5 de agosto de 1957.- Por unanimidad de 5 votos.- Pte. Mtro. Mercado A.- Srío.: Lic. Ruben Montes de Oca. Primera Sala.- Informe 1957, pág. 34". (210)

La Fracción III, contempla una clásica forma de causa de justificación, conocida como la legítima defensa, la cual va a desvirtuar el elemento positivo del delito denominado antijuridicidad.

JIMENEZ DE ASUA define esta figura, en estos términos: "La legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios". (211)

En primer término, podemos decir que se trata de una figura completamente objetiva, puesto que se debe presentar en el mundo de la realidad, lo cual se da por la aparición de una agresión y la defensa que de ésta se hace.

"La naturaleza objetiva -escribe CARRANCA Y TRUJILLO- de la excluyente se advierte por cuanto su condición *sine qua non* es la existencia de una agresión. Se entiende por agresión la actividad de un ser viviente, racial o irracional, que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Puede por tanto provenir de un loco o de un niño, de un ser racional como de uno irracional". (212)

Respecto de este elemento, la Corte ha emitido la siguiente tesis: "Se entiende por ataque o agresión, la conducta de un ser viviente que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos; y la agresión existe, aunque ningún efecto haya producido todavía, con la simple amenaza de atacar de un modo inmediato o inminente; por ejemplo, cuando se apunta con una arma o se amenaza con un puñal. Por otra parte, la agresión existe mientras la conducta corporal del agente amenaza un bien jurídico. Semanario Judicial de la Federación (T. CXIII, pág. 423)". (213)

(211) CASTELLANOS TENA, op. cit., pág. 181

(212) Op. cit., pág. 87

(213) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Programa de la Parte General de Derecho Penal, 2a. Edic., U.N.A.M., Ciudad Universitaria 1968, págs. 409 y 410

Esa amenaza que se rechaza, debe ser actual o inminente y sin derecho, es decir, presentarse en el momento mismo en que se repele y, además, requiere tener el carácter de injusta.

Al respecto, CASTELLANOS TENA escribe: "Según nuestra ley, la agresión ha de ser actual, es decir, de presente; de lo contrario no se integra la justificante; si la agresión ya se consumó, no existirá la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada por la Constitución al establecer: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer la violencia para reclamar su derecho". La reacción contra situaciones pretéritas no sería evitación y ésta es la esencia de la defensa legítima. Tampoco se integraría la justificante ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras".

"No basta una agresión actual y violenta, precisa también que sea injusta, sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir delito, da lugar a la defensa legítima". (214)

En este mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte, al dictar esta jurisprudencia: "Para que exista la legítima defensa, se requiere que haya una agresión, y que ésta sea actual, es decir, que sea repelida en el momento mismo en que se produce y que la conducta opuesta del sujeto del delito, justifique la juridicidad del acto por la actualidad de la agresión; que la misma

agresión sea inminente, esto es, que al sujeto activo no le quede otro camino que matar, ante la injusta agresión, y por último, que sea sin derecho, esto es, que el agredido no haya dado motivo alguno para tal agresión. Semanario Judicial de la Federación (T. CIV, pág. 1499)". (215)

El daño que se ocasione, debe ser en defensa de los bienes jurídicamente protegidos (la vida, la integridad física, el domicilio, los bienes, etc.), y que sea proporcional el medio empleado para la protección y la agresión; además, se requerirá que no se haya provocado ese ataque actual.

"La agresión -señala CASTELLANOS TENA- ha de amenazar bienes protegidos jurídicamente: la persona, el honor o los bienes del que se defiende o de un tercero a quien se defiende".

"... no es legítima la defensa en los siguientes casos: si el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella; si previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales; si no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa ...". (216)

Al respecto, CARRANCA Y TRUJILLO nos dice: "En las circunstancias del inciso comentado la agresión provocada y causada no dejaría de ser antijurídica; pero carecería de la antijuridicidad que la norma requiere para que el rechazo fuera, a su vez, plena afirmación de juricidad, por lo mismo que el agredido había provocado y causado esa agresión (caso del amante de la mujer

---

(215) PORTE PETIT, op. cit., pág. 414

(216) Op. cit., pág. 184

casada que, descubierto por el cónyuge ofendido, que le agrede, pretendiera contra-atacar en legítima defensa). Esta situación del provocador y agresor da lugar a la riña, en la cual no cabe la excluyente de legítima defensa, pues es inadmisibles que el rijo se pueda encontrar en la condición de no haber dado causa a la agresión de su oponente". (217)

En relación a este punto, la jurisprudencia señala: "La defensa legítima de un tercero solamente procede en el caso de que dicho tercero sea objeto de una agresión actual, violenta y sin derecho, y de la cual se derive un peligro inminente; agresión que, por otra parte, no debe ser provocada o motivarse por ese tercero en cuyo favor se interviene, pues si esto acontece, deja de tener las características que son necesarias para poder ser repelida o contrarrestada de manera lícita. Se entiende que la ley, al establecer la legítima defensa de un tercero, toma en cuenta que éste se encuentre en la misma situación del agredido que atiende a su propia defensa, ya que de otra manera la intervención en una riña, por parte de una persona ajena a ella, constituiría un acto injustificado; por eso es que si el que invoca la excluyente de que se trata, concurre en una riña, no puede estar comprendido en la exención penal aludida. Semanario Judicial de la Federación (T. CXIX, págs. 321 - 322)". (218)

En el segundo párrafo de la Fracción III, se hace referencia a las presunciones legales de la legítima defensa, en una forma casuística, que por lo mismo, resulta inoperante, pues hace suponer que sólo en estos casos procederá la excluyente; en nuestro concepto, sería conveniente que se dejara únicamente la regla general, contenida en el primer párrafo.

---

(217) Op. cit., pág. 103

(218) PORTE PETIT, op. cit., pág. 445

RAUL CARRANCA Y RIVAS critica el establecimiento de estas presunciones, al señalar: "Por entender que las presunciones recogidas en la ley casuísticamente nada agregan ni aclaran a la fórmula general de la legítima defensa y que son inoperantes si no se ajustan a ésta, así como que otras más podrían formularse, ninguna razón aconseja su inclusión en la ley penal". (219)

La Fracción IV, regula otra causa de justificación, denominada estado de necesidad, que se presenta cuando se causa un daño, para salvaguardar los bienes propios o ajenos (que se tenga el deber de conservar) de un peligro actual e inminente.

"El estado de necesidad -según CUELLO CALON- es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona". (220)

Para que opere el estado de necesidad, como causa de justificación, se requiere que el bien protegido sea de mayor o igual jerarquía que el sacrificado, y que no exista otro medio menos perjudicial para salvaguardar el primero. Pero si el objeto o bien jurídico resguardado, es inferior al dañado, no surtirá en favor del activo esta excluyente de responsabilidad.

Así, IGNACIO VILLALOBOS señala: "Si el bien que se salva es mayor que el sacrificado, conforme al principio de la estimación de intereses en concurso y la manifiesta conveniencia de salvar el más valioso, el agente obra jurídicamente al hacer

---

(219) Op. cit., pág. 108

(220) CASTELLANOS TENA, op. cit., pág. 193

esto último, aun cuando haya tenido que sacrificar para ello el bien inferior si no había otra manera de lograr su propósito. Hay casos en que la igualdad de los bienes en concurso no es sino aparente, pues en realidad no se compara el valor de un objeto con otro sino el de cualquiera de ellos con el de un conjunto de que ambos forman parte. Esto sucede, por ejemplo, cuando en el incendio de un bosque se destruye gran número de árboles para salvar el resto, aun cuando la parte destruida sea igual o mayor que la que se salva; o cuando se arroja al mar parte del cargamento de un buque para evitar el naufragio. El acto es jurídico puesto que el dilema consistía en perderlo todo o salvar alguna parte".

"Si el bien que se sacrifica es más importante que aquel que trata de preservarse, los hechos no pueden constituir, sino el triunfo del egoísmo primitivo y la falta de respeto al derecho ajeno y a la solidaridad social ...". (221)

Para no confundir esta figura con la legítima defensa, haremos referencia a lo señalado por CARRANCA Y TRUJILLO, quien nos dice; "... el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es reacción contra el ataque. Por eso se le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la legítima defensa o contra-ataque. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de un injusto agresor". (222)

La Fracción V, prevé situaciones en las que el agente

---

(221) VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano, 4a. Edic., Edit. Porrúa, S.A., México 1983, págs. 377 y 378

(222) CASTELLANOS TENA, op. cit., pág. 195

puede causar un resultado típico, pero apoyado en las facultades que su propia actividad le confiere, como el caso del agente de policía que al detener a un delincuente lo lesiona, por la resistencia que este opone, o cuando un particular realiza la detención en los casos de flagrante delito.

"El deber consignado -cita CARRANCA Y TRUJILLO- en la ley para ser cumplido, cuando se cumple afirma la juridicidad de la conducta. El que usa de su derecho, escribe Pacheco, no injuria a nadie; el que cumple con su deber, si algo merece por ello es elogio, que no pena. El soldado que fusila, el alguacil que prende, el médico que amputa, no son objeto de la ley criminal, a pesar de que causan daño".

"El deber puede estar configurado en la ley taxativamente o puede derivar de la función amparada en la ley, pues el que está obligado a cumplir un deber legal ha de contar con los medios que su prudente arbitrio le aconseje cuando la ley misma no los fije ni los prohíba".

"Pueden distinguirse dos situaciones: a) los actos ejecutados en cumplimiento de un deber resultante del empleo, autoridad o cargo público, que pesa sobre el agente, v.gr. el agente policial que catea un domicilio obedeciendo la orden judicial que le ha sido transmitida por los debidos conductos; y b) los ejecutados en cumplimiento de un deber legal que pesa sobre los individuos, por ser tales y no como titulares de empleo, autoridad o cargo público, v.gr., la aprehensión de un delincuente *in flagranti delicto*. En uno y otro casos la acción está amparada por la ley y no es antijurídica". (223)

La Fracción VI, nos ubica dentro del campo de la inimputabilidad, dado que el miedo grave viene a ofuscar la mente del agente, y por lo subjetivo que resulta esta figura, consideramos que el Ministerio Público, en el período de averiguación previa, difícilmente contará con los elementos suficientes para determinar que se actuó al amparo de esta excluyente, sobre todo si le exigimos que resuelva la indagatoria en un breve plazo.

"Al referirse a esta excluyente, CASTELLANOS TENA escribe: "El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales. El miedo se engendra en la imaginación. Octavio Véjar Vázquez expresa: Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro hacia afuera y el temor de fuera hacia adentro. Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica. También en estos casos los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valía para el juzgador". (224)

Como lo citamos anteriormente, en la presente hipótesis se plantea un problema de tipo psicológico, por ello, la Suprema Corte sostiene el siguiente criterio: "EXCLUYENTES DEL MIEDO GRAVE Y DE TEMOR FUNDADO CONFORME EL ARTICULO 15 FRACCION IV (actualmente es la fracción VI) DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.- El miedo grave consiste, en síntesis, en

---

(224) Op. cit., pág. 217.

un estado de conmoción profunda, capaz de anular o limitar casi totalmente, la capacidad de raciocinio, dejando a la persona obrando bajo el influjo de los instintos, capitalmente el de la propia conservación, o sea en la forma que obran los animales irracionales ante un peligro; para comprobarla, por tanto, no basta la aseveración contenida en el dicho del quejoso, sino es precisa otra prueba de índole pericial específica, pues que la emoción primaria del miedo grave, produce perturbaciones somático funcionales susceptibles de interpretación técnica adecuada. El temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave, es el caso de *vis compulsiva*, por la coacción de terceros sobre el ánimo del sujeto, para que realice el hecho delictuoso, así como la comprobación de que en efecto se produjo el impacto psíquico buscado y el agente delinque sólo por evitarse el mal concreto y cierto, grave e inminente con que se le amenazaba. Amparo directo 4845/61/1a.- Aurelio Hernández González.- Resuelto el 23 de noviembre de 1961, por unanimidad de 5 votos.- Ponente: Sr. Mtro. Alberto R. Vela.- Srio.: Lic. Alejandro Martínez Camberos. Primera Sala.- Informe 1961, pág. 34". (225)

La Fracción VII, contempla una causa eximente de culpabilidad, puesto que, el sujeto al actuar lo hace sin dolo ni culpa, su conducta obedece a la relación de subordinación que tiene con relación a la persona que dicta la orden. Ello se presenta con cierta frecuencia, en el ámbito de las relaciones militares.

"Si el inferior -señala CASTELLANOS TENA- posee el poder de inspección, pero desconoce la ilicitud del mandato y ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible, se configura una inculpabilidad en virtud de un error esencial de

hecho".

"... el Derecho (en esas condiciones) está más interesado en la ciega obediencia del inferior, que en la excepcional posibilidad de que el superior ordene algo delictuoso. Esto sucede lo mismo si el subordinado conoce o desconoce la ilicitud, pues el Estado impone al inferior como un deber cumplir las órdenes superiores, sin ser relevante su criterio personal sobre la licitud o ilicitud de la conducta ordenada. Tal acontece con los miembros del Ejército, en donde importa más la disciplina, con independencia de los delitos que eventualmente resulten. En el Instituto Armado, el Estado, la propia sociedad, esperan incondicional obediencia jerárquica de los miembros del mismo. Si en estos casos el inferior actúa cumpliendo una obligación legal, se integra una causa de justificación y no hay delito ...". (226)

La obediencia jerárquica, presupone que exista una orden de autoridad, que el subordinado acate esa disposición, que ésta no sea notoriamente ilícita y, que esta circunstancia sea ajena al sujeto. A continuación, citaremos unas jurisprudencias relacionadas con la Fracción VII, del artículo 15 del Código Penal, para conocer el criterio de la Corte, respecto de este tema.

"El historial de la Fracción VII del artículo 15 del Código Penal, indica que sólo es aplicable a casos en que tanto el que ordena como el que obedece tienen cargo oficial, esto es, integran el Poder Público; prueba de ello es que cuando se discutía tal disposición, los partidarios de la obediencia ciega veían el peligro de que la ley quedase al arbitrio de las autoridades gubernativas, en tanto que los partidarios de la resistencia del

inferior atendían al peligro de que se destruyeran las jerarquías, imposibilitando así el ejercicio del Poder Público. Por eso no concurre esta causa de justificación cuando un recluso, obedeciendo a otro recluso, comete un delito, porque ninguno de ellos está investido de autoridad. Boletín de Información Judicial (T. IX, págs. 555 - 556)". (227)

"Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquélla sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley como excluyente de responsabilidad cuando la dependencia jerárquica entre el superior que mande y el inferior que obedezca sea de carácter oficial (S.C., Jurisprudencia definida, Quinta Epoca, numero 193)". (228)

La Fracción VIII, contempla otra causa de justificación, denominada impedimento legítimo, la cual se presenta cuando el sujeto viola un precepto legal, pero en virtud de que la propia ley o una cuestión de hecho le imposibilitan para dar cumplimiento a lo dispuesto por la norma.

Respecto a los antecedentes de esta figura, IGNACIO VILLALOBOS señala: "... se alteró la redacción de los Códigos de 1871 (art. 34. frac. XVI) y de 1929 (art. 45, frac. XII), en que se decía: "Infringir una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo e insuperable". Al hacerlo se buscaba

---

(227) PORTE PETIT, op. cit., pág. 685

(228) CARRANCA Y TRUJILLO, op. cit., pág. 120

una mayor concisión en el texto que, por lo que ve el antiguo, pareció redundante".

"Lo que a los legisladores de 1871 interesaba, probablemente, era determinar con la mayor claridad posible cuándo había esa suficiencia en el impedimento para que pudiera ser admitido, acumulando entonces la insuperabilidad con la legitimidad, ya que esta última, por sí sola, podía interpretarse más bien con su sentido genuino de conformidad con la moral, con la razón o con el derecho. Quien deja de cumplir una obligación imperiosa por haber tenido una reunión familiar que se prolongó demasiado y le hizo olvidar sus compromisos, no puede alegar un impedimento legítimo; el que deja de encender un faro o de cerrar la oficina que se le confía, por haber sufrido el robo de la llave que permitía el acceso a las instalaciones de aquel faro o aseguraba la puerta de esta oficina, tiene ciertamente un impedimento que podría pasar como legítimo, pero que no es insuperable si se puede obtener un duplicado de la llave perdida o se puede pedir auxilio de un cerrajero que allane la dificultad de momento".

"En tales condiciones aquella Ley antigua optó por consignar ambos requisitos, dada la gran importancia que en todo precepto penal tienen la claridad y la certeza, pero por supuesto también el criterio de la necesaria diferenciación de las dos exigencias: legitimidad e insuperabilidad, criterio éste que seguramente no se puede rechazar sin discusión". (229)

En cuanto al tipo de conducta, que se presenta para la configuración de esta excluyente, CASTELLANOS TENA escribe:

---

(229) Op. cit., págs. 364 y 365

"Opera cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose, en consecuencia, un tipo penal. Adviértase que el comportamiento es siempre omisivo. Emerge otra vez, el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción". (230)

CASTELLANOS TENA, únicamente hace mención al impedimento legal (dejar de declarar en una causa penal, cuando se encuentre relacionado el cónyuge, el padre, etc., tal y como lo previene el artículo 192 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), dejando a un lado lo relativo a los impedimentos de *facto* que, por no estar expresamente legislados, cobran mayor relevancia para hacerlos valer como excluyente de responsabilidad, basados en la fracción que se comenta.

Un ejemplo de impedimento legítimo, por situación de hecho, se presenta en el caso del enfermo que, por su estado de salud, omite realizar un acto y por ese motivo se da un resultado típico, es claro que le favorecerá esta excluyente.

La Fracción IX, actualmente derogada, contemplaba una excusa absolutoria por encubrimiento, misma que se encuentra plasmada en el artículo 400 del Código Penal, que establece: "Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que: ... III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe; IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la

persecución de los delincuentes; ... No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de: a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consaguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles ...". (231)

La Fracción X, prevé al llamado caso fortuito, como una excluyente por inculpabilidad, puesto que si se produce un daño sin dolo ni culpa, es obvio que no se presenta el elemento del delito denominado culpabilidad y, por lo tanto, no puede haber ilícito alguno.

Ese resultado típico, producido accidentalmente sin dolo ni culpa, debe acontecer en ejecución de un hecho lícito en el que se tomaron las debidas precauciones, así, no puede favorecerle a un delincuente que, en su huida, causa un daño (atropella a un peatón, puesto que su conducta de inicio es ilícita e imprudente.

En relación al caso fortuito, CASTELLANOS TENA nos dice: "El legislador se refiere, sin duda, al hecho anterior, inmediato a la producción del resultado y no a éste; la expresión lícito, atañe a la conducta inicial".

"En este caso la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de metaculpabilidad, según denominación nuestra, en virtud de no ser previsible el resultado. El Estado no

---

(231) Op. cit., págs. 399 y 400

puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible. Por ello se ha expresado que marca el límite o la frontera con la culpabilidad. Por debajo de la culpa, asienta Soler, no hay responsabilidad penal".

"El profesor Franco Guzmán, al comentar la fracción X del artículo 15 del Código Penal, afirma, acertadamente, que en realidad no se trata de una causa de inculpabilidad; si el hecho realizado es lícito, no puede ser antijurídico; si no es antijurídico, no está en condiciones de ser culpable". (232)

Por su parte, CARRANCA Y RIVAS señala: "Como se sabe, la razón de ser de las excluyentes atañe a lo esencial del delito. Las excluyentes, además, se fundan en la ausencia de imputabilidad o de culpabilidad, así como de antijuridicidad; lo que quiere decir que si no hay dolo ni culpa no puede haber delito al no haber culpabilidad". (233)

En nuestro concepto, la fracción X del artículo 15 del Código Penal, tan sólo debería señalar que es causa excluyente de responsabilidad: causar un daño por mero accidente, omitiendo mencionar que éste se cause sin intención ni imprudencia, pues estos elementos están implícitos en aquél, y al producirse el resultado con ausencia de dolo y culpa, entonces sí diríamos que el caso fortuito es una forma de inculpabilidad.

La Fracción XI, se refiere a otra causa de inculpabilidad, que la doctrina y la legislación llaman el error, mismo que debe tener determinadas características para que surja

---

(232) Op. cit., págs. 237 y 238

(233) Op. cit.; pág. 125

como una excluyente de responsabilidad, a saber, que sea esencial e invencible. Nuestro Código Penal hace referencia a que ese error no se considerará como excluyente, cuando sea vencible, señalamiento que, si bien no es equivocado, si resulta inútil, ya que anteriormente se indica que deberá ser invencible.

Ahora bien, de acuerdo a la redacción que presenta la fracción XI, ese error podrá ser de derecho o de hecho, puesto que no hace ninguna distinción al respecto, y, si además se establece que deberá recaer sobre los elementos esenciales del tipo.

Sobre este punto, el profesor CARRANCA Y RIVAS escribe: "La ley penal argentina, por ejemplo, ha seguido siempre la tendencia de excusar nada más el llamado error de hecho por afiliarse a la máxima de que la ignorancia de la ley no es excusable. Pero nuestro legislador, como lo vemos, si excusa tal ignorancia pues no de otra manera se puede entender la nueva fracción XI que alude específicamente a "la descripción legal". ¿Cómo se explica, entonces, la regla consagrada por el artículo 21 del Código Civil vigente y que dice así: "La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento?".

"Pero hay algo más. Si "la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento", yo entiendo que esa ignorancia puede llevar a error y viceversa; habiendo una estrecha vinculación entre ambos. De tal manera que no procedería el argumento de que la fracción XI no contraviene la disposición del Código Civil por referirse aquélla al error y ésta a la ignorancia. Por lo que toca a la frase "o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta" a mí me parece que si "realizó la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal", pensó de alguna

manera que su conducta era lícita, ya que en caso contrario, si no lo estimó así, desaparece la naturaleza de la excluyente". (234)

Citamos anteriormente, que no sólo en el artículo 15 del Código Penal podemos encontrar excluyentes de responsabilidad, otros preceptos de este ordenamiento también las contemplan, en tales condiciones, el Ministerio Público debe investigar a fondo los hechos que llegan a su conocimiento, para determinar si el sujeto actuó al amparo de una de estas excluyentes y, consecuentemente se abstenga en ejercitar acción penal, tal y como lo establecen los artículos 3 bis del Código Procesal Penal, y el artículo 17. del Código Sustantivo, que dada su importancia, transcribiremos.

"Artículo 17.- Las circunstancias excluyentes de responsabilidad se harán valer de oficio". (235)

Por ser el antecedente directo del artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, nos vamos a permitir citar el Acuerdo de fecha 15 de noviembre de 1979, dictado por el Lic. Agustín Alanís Fuentes, entonces Procurador General de Justicia del Distrito Federal, que establece: "Primero.- En las averiguaciones previas en que se ha demostrado plenamente y sin lugar a dudas que el inculpado ha actuado en legítima defensa de la vida o del honor o bajo alguna otra de las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, previstas en nuestro sistema jurídico, el Ministerio Público, sometiendo el asunto previamente a consideración del Procurador General, para que decida en la averiguación previa de que se trata, pondrá en inmediata libertad

---

(234) Op. cit., pág. 126

(235) Op. cit., pág. 17

a las personas que corresponda y no ejercerá la acción penal".  
(236)

El segundo supuesto que contempla el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para que el Ministerio Público no ejercite la acción penal, en el período de averiguación previa, es el previsto por el sexto párrafo del artículo 59, que establece:

"No podrá consignarse a ninguna persona, si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes, pero no obtener confesiones; si lo hace, éstas carecerán de todo valor probatorio". (237)

En relación al precepto citado, COLIN SANCHEZ lo critica diciendo: "No cabe duda que continuamos de mal en peor, por lo ordenado en ese texto, y también por la impropiedad de su ubicación dentro del Código, lo cual acusa carencia absoluta de técnica jurídica".

"Con referencia al nacimiento de la relación jurídica, ¿Cuál es el alcance de semejante disposición? ¿Si no se puede consignar a ninguna persona, quiere esto decir que con base en lo actuado podrá ejercitarse la acción penal, aunque sea sin detenido?

"Si esto último fuese así, por lo menos el Ministerio Público tendría oportunidad de aportar, ante el órgano jurisdiccional, otras probanzas y así no circunscribirse únicamente a la confesión,

---

(236) CARRANCA Y TRUJILLO, op. cit., pág. 98

(237) Op. cit., pág. 59

medio de prueba, que independientemente de todo lo que sobre la misma hemos dicho, no es posible descartar en la forma tan ligera o prepotente, como lo hace el legislador en los artículos mencionados".

"Por otra parte, si, como se indica, la Policía Judicial "no podrá obtener confesiones y si lo hace éstas carecerán de todo valor probatorio" ¿Cuál será el destino del resto de sus investigaciones partiendo de ese supuesto?".

"Seguimos repitiendo, como lo hemos hecho siempre: si bien, el éxito del proceso penal no debe hacerse depender únicamente de la prueba confesional, por no ser ésta el único medio para conocer la verdad; empero, tampoco es admisible que incurriendo en exageraciones se concluya que, en todos los casos y sin mayores explicaciones la confesión ante la Policía Judicial carece de todo valor probatorio". (238)

Por su parte GARCIA RAMIREZ, señala: "La Comisión de los Diputados consideró que es "un verdadero acierto" establecer los elementos constitutivos de la confesión y las circunstancias que deben concurrir para que ésta tenga valor, así como disponer que a nadie podrá consignarse si la confesión es la única prueba aportada por la averiguación previa y que aquélla no podrá ser obtenida por la Policía Judicial ...". (239)

Nosotros estamos de acuerdo en lo señalado por COLIN SANCHEZ, por lo que respecta a la ubicación de esta disposición dentro del Código, debiera estar comprendida en alguna de las fracciones

---

(238) Op. cit., págs. 266 y 287

(239) Op. cit., pág. 158

del artículo 3o., pero nunca en lo referente a la tramitación de las audiencias, ya que en este punto nada tiene que hacer.

Sin embargo, diferimos diametralmente con el autor, respecto de la crítica que realiza a la esencia de esta disposición; en la vida práctica tanto el Ministerio Público como la Policía Judicial, omitían realizar una verdadera investigación de los hechos denunciados, a pesar de que en la actualidad cuentan con buenos servicios periciales, se conformaban con obtener una confesión, en la mayoría de los casos arrancada por medio de tortura, y en base a ella consignaban la indagatoria.

Nosotros sinceramente aplaudimos la reforma implantada, porque con ella el Representante Social se verá obligado a integrar debidamente la averiguación previa, lo que evitará antiguos vicios de corrupción y, en lo futuro, podremos contar con una verdadera Policía Judicial científica.

Otras causas para el no ejercicio de la acción penal, las encontramos plasmadas en el artículo 6o. del Código de Procedimientos Penales, que si bien es cierto el precepto las coloca dentro del proceso seguido ante la autoridad judicial, consideramos que pueden presentarse en la etapa de averiguación.

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

del ofendido". (240)

Las situaciones planteadas en el artículo 60., por las que el Ministerio Público podrá solicitar al Juez la libertad del procesado, generalmente se presentan cuando el Representante Social formula conclusiones no acusatorias, las que previa ratificación del Procurador, tienen efectos de sentencia ejecutoriada, por tanto, sin la posibilidad de ser impugnadas, tal y como lo previenen los artículos 320, 321, 323 y 324 del Código Adjetivo Penal, que señalan:

"Artículo 320.- Si las conclusiones del Ministerio Público fueren de no acusación o contrarias a las constancias procesales, el juez, señalando en qué consiste la contradicción, cuando ésta sea el motivo de la remisión, dará vista de ellas con el proceso respectivo al Procurador de Justicia, para que éste las confirme, modifique o revoque".

"Artículo 321.- Para los efectos del artículo anterior, el Procurador de Justicia o Subprocurador que corresponda, oirán el parecer de los Agentes del Ministerio Público auxiliares que deban emitirlo y dentro de los diez días siguientes al de la fecha en que se haya dado vista del proceso, resolverán si son de confirmarse o modificarse las conclusiones. Si el expediente excediera de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca sean mayor de veinte días hábiles".

"Si transcurridos los plazos a que se refiere

el párrafo anterior no se recibe respuesta de los funcionarios mencionados, se entenderá que las conclusiones han sido confirmadas".

"Artículo 323.- Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación, el juez, al recibir aquél, sobreseerá en el asunto y ordenará la inmediata libertad del procesado".

"Artículo 324.- El auto de sobreseimiento producirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria". (241)

Corroboramos nuestro criterio, de que lo ordenado por los artículos 60., 320, 321, 323 y 324 del Código de Procedimientos Penales, constituye el fundamento del no ejercicio de la acción penal durante el proceso, la jurisprudencia que a continuación citamos, interpretada a *contrario sensu*.

"CONCLUSIONES ACUSATORIAS.- En las conclusiones acusatorias se puntualiza el ejercicio de la acción penal. Amparo Directo 2085/58.- Aldo Cazaurang Ramírez.- Junio 4 de 1959, Unanimidad de 4 votos. Primera Sala, Sexta época, Vol. XXIV, Segunda Parte, pág. 24". (242)

Sólo nos falta analizar las causas que deben motivar el no ejercicio de la acción penal, por extinción de ésta, y que son: la muerte del delincuente (que omite citar el artículo 60. del Código Procesal Penal), la amnistía, el perdón del ofendido y la prescripción. Cabe señalar, que la muerte del inculcado no está prevista en el artículo 60., porque en éste se hace referencia

---

(241) Ibid., págs. 321 y 322

(242) DIAZ DE LEON, op. cit., pág. 634

a los motivos por los que el Ministerio Público pedirá la libertad del procesado.

En relación al fallecimiento del sujeto activo, el artículo 91 establece: "La muerte del delincente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él". (243)

"Es evidente -cita DIAZ DE LEON-, que la materia penal no puede trascender más allá del inculpado, por lo cual, si éste muere, se extingue la pretensión punitiva y las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño y del decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él ...".

"La justicia criminal sirve para determinar la existencia de un delito con formulación de posible culpabilidad sobre un individuo, para declarar, más tarde, la procedencia o no de aplicar la ley penal al caso concreto. Vinculada así, la presencia del proceso al supuesto de una relación de derecho material (deducida de la comisión de un delito) entre el Estado y el presunto culpable, la muerte de éste deja sin objeto esa relación y, por lo tanto carente ya de fundamentación y motivación la pretensión punitiva, es por ello innecesario el enjuiciar al fallecido acusado; al no poderse objetivar el supuesto sustantivo, por su muerte, al imputado, la pretensión punitiva deja de justificarse, extinguiéndose por eso los efectos de la acción al carecer de objeto el proceso penal". (244)

---

(243) Op. cit., pág. 91

(244) Op. cit., págs. 127 y 128

Por su parte, IGNACIO VILLALOBOS nos dice: "La primera causa de extinción de la acción penal o de la pena, en su caso, es la muerte del señalado como responsable del delito, pues sabido es que toda persecución de carácter penal no pasa de la persona y bienes del delincuente, sin excepción, pese a lo que en contrario supone el artículo 10 de nuestra Ley Penal vigente" (245)

Así, el artículo 10 del Código Penal establece: "La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley". (246)

De conformidad con lo dispuesto por el artículo antes citado, podemos decir que no en todos los casos la muerte del delincuente extingue la acción penal, porque ésta comprende la reparación del daño, tal y como lo previene el artículo 2o. del Código Procesal Penal. Sin embargo, consideramos que pudiese ser más efectivo, para el ofendido, exigir esta reparación por la vía civil, atento a lo ordenado por el artículo 34 del Código Penal. Por su importancia, transcribiremos ambos preceptos.

"Artículo 2o.- Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto: I. Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales. II. Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal". (247)

"Artículo 34.- La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y

---

(245) Op. cit., pág. 629

(246) Op. cit., pág. 7

(247) Op. cit., pág. 2

se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales".

"Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales".

"Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreesimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente". (248)

La amnistía, además de su aspecto jurídico, tiene más relevancia de tipo social, dado que viene a beneficiar a un gran número de personas relacionados con un conflicto sociopolítico. Esta figura únicamente puede presentarse a través de una ley, ya que a diferencia del indulto que beneficia a una persona en particular y es emitido por el Ejecutivo, la amnistía la otorga el Congreso de la Unión en forma general, para todos los relacionados con determinado suceso.

Y si bien es cierto, que la amnistía generalmente favorece a los procesados, también beneficia a las personas que se han sustraído a la acción de la justicia, ya sea que se encuentren dentro o fuera del país, por ello, puede operar como una causa de no ejercicio de la acción penal, con excepción de la reparación

del daño, cuando la propia norma así lo indique.

Esta institución se encuentra prevista en el artículo 92 del Código Penal, que señala: "La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola; y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito". (249)

"Esta forma de extinción penal -cita VILLALOBOS- tiene la virtud de acabar con las intranquilidades consiguientes a una época de agitación política, y constituye, cuando los hechos han perdido actualidad y fuerza, el restablecimiento de la paz y de la normalidad en la vida y en todas las actividades sociales".

"No incurrió esta ley (del 28 de septiembre de 1978) en el error que muy al principio de esta obra comentamos de beneficiar tan sólo a quienes se encuentren procesados, sino que determina en su artículo segundo que: Los individuos que se encuentren actualmente sustraídos de la acción de la justicia, en el país o fuera de él, por los motivos a que se refiere el artículo lo. podrán beneficiarse de la amnistía ...". (250)

Otra norma de amnistía que tiene gran relevancia, fue la emitida con motivo de los sucesos del "68", misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de mayo de 1976, que a la letra dice: "Artículo lo.- Se decreta amnistía

---

(249) Op. cit., pág. 92

(250) Op. cit., pág. 631

para las personas contra las que se ejercitó acción penal por delitos de sedición e invitación a la rebelión en el 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. Artículo 2o.- El Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal solicitarán de oficio la aplicación de los beneficios que otorga la presente ley". (251)

El fundamento constitucional de una ley de amnistía, lo encontramos en el artículo 73, que establece: "El Congreso tiene facultad: ... XXII. Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los Tribunales de la Federación". (252)

Respecto de los efectos que produce una norma de este tipo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido el siguiente criterio: "La amnistía, ley de olvido, como acto del poder social, tiene por resultado que, olvidadas ciertas infracciones, se den por terminados los procesos y si ya fueron fallados queden sin efecto las condenas impuestas con motivo de esas infracciones; produce sus efectos antes o después de la condena; pero en los dos casos borra los actos que han pasado antes de ella; suprime la infracción, la persecución por el delito, la formación de los juicios, en una palabra borra todo el pasado y sólo se detiene ante la imposibilidad de los hechos. Se justifica por la utilidad que pueda tener para la sociedad que se den al olvido ciertos hechos, y tiene por efecto extinguir acción pública de manera que el beneficio es irrenunciable, produciendo sus efectos de pleno derecho con invalidación de su libertad, las multas y gastos pagados al Erario

---

(251) CARRANCA Y TRUJILLO, op. cit., pág. 275

(252) Op. cit., págs. 81 y 86

deben ser restituidos como reincidentes; empero, por excepción y respeto al derecho de terceros perjudicados por el delito, subsisten las consecuencias civiles de la infracción con lo cual la parte perjudicada tiene derecho a demandar ante los tribunales respectivos la reparación de los daños o perjuicios causados. La amnistía tiene como característica que, a diferencia del indulto, se concede a cuantos hayan cometido el mismo delito político, restableciéndoles en el goce de todos los derechos que por la sola comisión del delito o por una condena habían perdido. (S.J., T. LX, pág. 1,017)". (253)

El perdón, como causa de extinción de la acción penal, se encuentra previsto en el artículo 93 del Código Penal, que ordena: "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 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". (254)

---

(253) DIAZ DE LEON, op. cit., pág. 129

(254) Op. cit., pág. 93

Respecto de esta figura, DIAZ DE LEON escribe: "A virtud de considerarse que el Estado, a final de cuentas, es tan sólo sujeto, en sentido abstracto, de los efectos del delito (a menos de que se trate de alguno que ataque su identidad), y de que se tenga como sujeto pasivo en sentido concreto al titular del bien jurídico lesionado, en algunos casos se permite a éste disponer sobre la pretensión punitiva y enjuiciamiento del hipotético culpable. De esta manera el Estado limita su potestad de castigar, dejando a la víctima del delito en libertad para poner en movimiento o bien para detener a la acción penal. El fundamento político de esta atribución al individuo se basa en que a veces, por la levedad de ciertos ilícitos, es conveniente dejar su represión a iniciativa de los enjuiciados, así como en aquellas otras causas de naturaleza delicada o íntima que pueden motivar con el procesamiento un daño mayor al ofendido que el causado por el delito". (255)

"El perdón -nos dice COLIN SANCHEZ-, en general, puede otorgarse en cualquier estado de la averiguación previa, durante el proceso y en algunos casos, en ejecución de sentencia. Durante la averiguación previa, aun ya satisfechos algunos de los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal, la sola manifestación de voluntad de quien tiene facultades para otorgar el perdón, debe ser motivo suficiente para hacer cesar la actuación del Ministerio Público, puesto que extingue la acción penal, no solamente durante esa etapa procedimental, sino también en cualquier momento del proceso. El artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal prevé que el perdón puede concederse antes de pronunciarse sentencia y en segunda instancia, siempre y cuando el reo no se oponga a su otorgamiento". (256)

---

(255) Op. cit., pág. 128

(256) Op. cit., pág. 274

De conformidad con las hipótesis planteadas por el artículo 93 del Código Penal, con relación a la procedencia del perdón, debemos analizar separadamente los tres párrafos que conforman este precepto.

Por lo que respecta al primer párrafo, diremos que el perdón es procedente, tratándose de delitos perseguibles por querrela, pero que no en todos los casos da lugar a la inmediata libertad del inculcado. Así, el artículo 338 del Código Penal, establece: "Para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido pueda producir la libertad del acusado, deberá éste pagar todas las cantidades que hubiere dejado de ministrar por concepto de alimentos y dar fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que corresponda". (257)

Nos parece equivocada la condición planteada por el legislador, para que el reo obtenga su libertad a pesar de haber sido perdonado, puesto que el perdón es una causa de extinción de la acción penal y el primordial objetivo de ésta, es precisamente terminar con la represión que puede ejercer el Estado en contra de la libertad de una persona.

La segunda parte, de este primer párrafo, ordena que el perdón debe otorgarse, para que surta sus efectos, antes de que se dicte sentencia en segunda instancia, correctamente fue ampliado el término para su concesión, pues anteriormente tan sólo procedía antes de la formulación de conclusiones acusatorias.

La última parte, de este párrafo, señala que el

indiciado o procesado no se oponga a ese perdón, situación que si bien es cierto pudiera presentarse, en la práctica difícilmente esto ocurre, pues es la forma más rápida en que una persona involucrada en un ilícito, defina favorablemente su situación jurídica.

El segundo párrafo, contraviene el principio de unidad de la acción penal, pero ello resulta muy eficaz para resolver situaciones reales, como ocurre en lo relativo a los delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, en donde podemos encontrar a un ofendido por daño en propiedad ajena y a otro por lesiones, los que al tener intereses diversos, cada uno puede decidir si otorga o no perdón al presunto o procesado.

Las disposiciones antes citadas, relativas al término en que se puede otorgar perdón y a quien podrá beneficiar éste, encuentra una salvedad, la cual se plantea en el delito de adulterio, lo que resulta contrario a la sistemática jurídica; así, el artículo 276 del Código Penal, estatuye: "Cuando el ofendido perdone a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables". (258)

El tercer párrafo, correctamente señala que el perdón favorecerá a todos los involucrados, cuando se hayan satisfecho todos los intereses del ofendido, ya que sería injusto continuar la acción punitiva, si no hay agravio que reparar.

Hablando de delitos perseguibles por querrela, podríamos encontrar otra causa de no ejercicio de la acción penal,

y es el caso en que fallece el ofendido y no existe una persona que legalmente lo pueda representar, ante esa imposibilidad de cubrir este requisito de procedibilidad, el Ministerio Público no podrá ejercitar la acción punitiva.

Así, el Código Penal en su artículo 274 señala: "No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido ...". (259)

La última causa de no ejercicio de la acción penal, por extinción de ésta, es la prescripción, la cual está prevista en el Capítulo VI, del Título Quinto, Libro Primero del Código Penal, de donde citaremos los principales artículos que la regulan.

"Artículo 104.- La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo mereciere multa; si el delito mereciere, además de esta sanción, pena privativa de libertad, se atenderá a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad; lo mismo se observará cuando corresponda imponer alguna otra sanción accesoria".

"Artículo 105.- La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años".

"Artículo 106.- La acción penal prescribirá en dos años, si el delito sólo mereciere destitución, suspensión, privación de derecho o inhabilitación, salvo lo previsto en otras

normas".

"Artículo 107.- Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro equivalente, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, fuera de esta circunstancia".

"Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio". (260)

En cuanto a la prescripción, IGNACIO VILLALOBOS escribe: "Es este un medio extintivo, tanto de la acción penal como de la pena, y se funda en el transcurso del tiempo que borra el recuerdo social de las ofensas, lo que presentaría el proceso y la sanción como algo injusto e inmotivado; borra o hace difíciles las pruebas que oportunamente pudieron presentarse, orillando a fallos inseguros que habrán de basarse en testimonios alterados por el olvido y su reconstrucción, en otros medios procurados artificialmente; y supone una especial injusticia de toda pena que se imponga sobre todas las que el reo ha sufrido ya por su propia condición de prófugo. Se dice, además, que un lapso importante sin que la persona haya incidido en nuevos delitos, permite presumir su enmienda; pero sobre todo se busca consolidar, algún día, la tranquilidad y la paz que permitan a todos dedicarse al trabajo, a las atenciones familiares y a todas las actividades humanas y sociales". (261)

---

(260) Ibid., págs. 104 y 107

(261) Op. cit., pág. 633

Por su parte, DIAZ DE LEON nos dice: "... desde cualquier punto de vista, la prescripción de la pretensión punitiva debe ser declarada por el juez, esto es, que el Ministerio Público ejercite, siempre, la acción penal; inclusive, si se apetece, que el acusador oficial la haga valer en el pliego de consignación, pero que se ejercite. Esto no perjudica al inculcado por la brevedad del plazo (setenta y dos horas), fijado por el artículo 19 Constitucional, dentro del cual el juzgador debe decidir su situación jurídica". (262)

Sinceramente no compartimos el criterio sustentado por DIAZ DE LEON, si el Ministerio Público debe fundar y motivar todas sus actuaciones, luego entonces, no concebimos para qué el Representante Social va a ejercitar acción penal, cuando ésta se encuentra prescrita, lo que además resulta contrario al espíritu del artículo 6o. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que precisamente faculta al órgano de acusación para pedir la libertad del inculcado, en los casos de prescripción.

Para concluir, diremos que el Ministerio Público no debe hacer uso de la facultad exclusiva que le encomienda el artículo 21 Constitucional, cuando en la investigación del delito, aparezca como única prueba la confesión, cuando exista alguna causa excluyente de responsabilidad o si se encuentra extinta la acción penal.

Con esto, queremos señalar que el Ministerio Público, para poder determinar un no ejercicio de la acción penal, debe motivar una decisión dada en ese sentido, en las causas que

expresamente citadas por la ley para tal fin y no por un mero arbitrio sin fundamento.

#### 4.- RESERVA Y ARCHIVO

Por último, nos corresponde analizar las posibles resoluciones que puede tomar el Ministerio Público, cuando considera la improcedencia del ejercicio de la acción penal, concretándonos al período de averiguación previa, en donde encontramos que el Representante Social puede determinar la reserva o el archivo de la indagatoria.

Sólo haremos referencia a la etapa de preparación del procedimiento, ya que si bien es cierto el Ministerio Público puede abstenerse en ejercitar la acción ante el Juez, la resolución que resolverá la causa penal será de tipo jurisdiccional, conocida como el sobreseimiento, la es motivada generalmente por la formulación de conclusiones absolutorias, a las que ya nos hemos referido con antelación.

"La reserva de actuaciones -cita OSORIO Y NIETO- tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar más diligencias y no se ha integrado el cuerpo del delito y por ende la presunta responsabilidad, o bien cuando habiéndose integrado el cuerpo del delito no es posible atribuir la presunta responsabilidad a persona determinada".(263)

Respecto de esta figura, GARDUÑO GARMENDIA nos dice: "La resolución de reserva tiene lugar cuando existe imposibilidad para continuar con la indagatoria...; el impedimento que constituya un obstáculo para la práctica de diligencias que impidan la prosecución de la investigación, debe ser de tal naturaleza que impida realmente la actuación del Ministerio Público, por ejemplo: la declaración de algún testigo o persona relacionada con los hechos que se investigan, y cuyo testimonio sea necesario para la comprobación del delito, y existan suficientes datos para establecer que esta persona se encuentra fuera del país y no es posible presentar a declarar". (264)

Podemos decir, que la determinación de reserva es la que se presenta con mayor medida, respecto de las indagatorias que conoce el Ministerio Público, y esto es, porque el índice de criminalidad es muy alto y la mayoría de las denuncias o querellas que recibe el agente investigador, se presentan en contra de sujetos indeterminados, dificultándose la imputación del delito a un individuo en lo particular, lo que imposibilita el ejercicio de la acción penal.

En cuanto al archivo, señalaremos que este acuerdo es el que propiamente comprende el no ejercicio de la acción penal, en la fase de averiguación previa, pues en virtud de éste, el Ministerio Público, después de analizar el fondo de la denuncia o querella planteada, considera que no existe delito (por ser hechos atípicos) que investigar, o bien, que favorece al indiciado alguna causa excluyente de responsabilidad, se ha extinguido la acción penal o la única prueba que existe es la confesión del presunto, supuestos que ya fueron analizados en el inciso anterior.

En relación a este tema, RIVERA SILVA escribe: "Cuando practicadas todas las diligencias, no se comprueba el delito, se determina el no ejercicio de la acción penal. Esta resolución, llamada vulgarmente de archivo, ha sido criticada manifestándose que el Ministerio Público se abroga facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no es delictuoso. La crítica, con purismo jurídico, puede tener vigencia, pero cabe pensar que por economía y práctica procesal es correcto que no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben y por ende no puede hacer la consignación, atento a lo dispuesto en el artículo 16 Constitucional. Si se consignaran todos los asuntos al órgano judicial para que hiciera la declaratoria, el trabajo se multiplicaría en los tribunales, entorpeciendo la rápida administración de justicia". (265)

"El no ejercicio de la acción penal -cita OSORIO Y NIETO- se consulta en el caso de que agotadas las diligencias de la averiguación se determina que no existe cuerpo del delito de ninguna figura típica y por supuesto no hay presunto responsable; o bien que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal, que serán materia de estudio posterior. En estos casos el Agente del Ministerio Público propone el no ejercicio de la acción penal y el archivo de la averiguación previa, los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador opinan sobre la procedencia o improcedencia de autorizar el no ejercicio de la acción penal y los Subprocuradores, por delegación de atribuciones del Procurador, lo autorizarán o negarán ...". (266)

---

(265) Op. cit., pág. 145

(266) Op. cit., pág. 40

El Lic. Agustín Alanís Fuentes, cuando fungía como Procurador General de Justicia del Distrito Federal, emitió un acuerdo en virtud del cual la resolución de archivo tenía el carácter de definitividad. En nuestro concepto, siendo el archivo de naturaleza administrativa, no puede dársele el matiz de cosa juzgada, porque precisamente los hechos no han sido canalizados al Poder Judicial, que es la única autoridad con esa potestad para resolver que un asunto ha causado estado.

Sería conveniente, para que exista certeza jurídica, que dicho acuerdo fuese revocado, y en lo sucesivo (como lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación) se entienda que tanto la reserva como el archivo, no tienen la característica de haber causado ejecutoria, y que en tanto existan nuevos elementos que hagan probable la responsabilidad del inculcado en la comisión de un delito, el Ministerio Público deberá ejercitar acción penal, siempre y cuando no exista alguna excluyente de responsabilidad en favor del indiciado, o que aparezca una causa extintiva de la acción penal.

Al respecto, COLIN SANCHEZ señala: "La determinación de archivo no significa que: por haber resuelto así ya no es posible hacer nada, pues en cuanto aparezcan nuevos elementos, el Ministerio Público queda obligado a continuar la averiguación, porque carece de funciones jurisdiccionales y sus determinaciones no causan estado". (267)

El mismo criterio sigue OSORIO Y NIETO, quien nos dice: "Las ponencias de no ejercicio de la acción penal y de reserva,

en modo alguno significan que la averiguación previa haya concluido o que no pueden efectuarse más diligencias, pues en el supuesto de que aparecieran nuevos elementos, el Ministerio Público, en tanto no haya operado una causa extintiva de la acción penal, tiene obligación de realizar nuevas diligencias, pues la resolución del no ejercicio de la acción penal es una determinación que no causa ejecutoria. La práctica de nuevas diligencias puede llevar inclusive al ejercicio de la acción penal". (268)

#### 5.- JURISPRUDENCIA

En este momento, nos corresponde hacer mención a las principales tesis y jurisprudencias, que han emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Penal, respecto del ejercicio y abstención de la acción penal, por parte del Ministerio Público.

En cuanto a la titularidad de la acción penal, la Corte ha señalado: ACCION PENAL.- Del contexto del artículo 21 de la Constitución, se desprende que al Ministerio Público corresponde, de modo exclusivo, el ejercicio de la acción penal ante los tribunales, sin atender a la naturaleza del delito; por lo que cuando un proceso se promueve por querrela necesaria, los preceptos legales relativos deben interpretarse en el sentido, no de que tal querrela se presente ante el juez de la causa, sino de que debe formularse ante el Ministerio Público, para que éste presente en forma su acusación, pues la ley

al establecer la distinción entre delitos que se persiguen de oficio y los que se castigan a petición de parte, se refiere a los casos en que, aun cuando el Ministerio Público o las autoridades tengan conocimiento de que se cometió un delito, no puedan ejercer acción penal, sino cuando el ofendido formule ante esa institución, su queja. Quinta Epoca: Tomo XV, pág. 403.- Vega Francisco".

"ACCION PENAL.- Aun cuando el delito que se persiga sea del orden privado, la acción penal correspondiente, sólo puede ejercerse por el Ministerio Público, ante los tribunales, teniendo sólo la parte ofendida, el derecho de presentar su querrela, ante el representante de aquella institución; pues el artículo 21 constitucional, habla de los delitos en general, y no hace distinción alguna sobre si son los del orden privado o del orden público. Quinta Epoca: Tomo XIII, pág. 924.- Curtis y Amarillas Mario.- Tomo XVII, pág. 257.- Bautista María Esther".

"ACCION PENAL.- Corresponde su ejercicio al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo la autoridad de mando de aquél. Una de las más trascendentales innovaciones hechas por la Constitución de 1917, a la organización judicial, es la de que los jueces dejen de pertenecer a la Policía Judicial, para que no tengan el carácter de jueces y partes encargados, como estaba antes de la vigencia de la Constitución, en decidir sobre la responsabilidad penal y allegar, de oficio, elementos para fundar el cargo. Quinta Epoca: Tomo II, pág. 83.- Harlan Eduardo y Coags.- Tomo II, pág. 1024.- Vázquez Juana.- Tomo II, pág. 1550.- Grimaldo Buenaventura.- Tomo IV, pág. 147.- Mantilla y de Haro Ramón.- Tomo IV, pág. 471.- López Leonardo". (269)

Sin duda alguna, fue de gran relieve para el Derecho Penal, el hecho de que el artículo 21 Constitucional de nuestra vigente Carta Magna, separara las facultades jurisdiccionales de las de investigación y acusación, encomendando estas últimas al Ministerio Público (que pertenece al Poder Ejecutivo), para que de esta forma el proceso sea más equitativo para el inculpado, dado que anteriormente el órgano jurisdiccional tenía demasiadas atribuciones, por ser juez y parte en la misma causa.

Respecto de los períodos en que se presenta la acción penal, nuestro más Alto Tribunal ha establecido: "El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas: investigación, persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya ejercicio de la acción ante los Tribunales y es lo que constituye la instrucción y, en la tercera, o sea la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias, incluyendo en éstas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito. Sexta Epoca, Segunda Parte; Vol. XXXIV, pág. 9. A.D. 146/60. Luis Castro Malpica. Unanimidad de 4 votos". (270)

Aunque hemos expuesto nuestro criterio, respecto

de la procedencia del juicio de amparo, cuando infundadamente el Ministerio Público se abstiene en ejercitar la acción penal, es vital que conozcamos el criterio que al respecto sostiene la Corte, porque en última instancia esas tesis son las que tienen valor jurídico.

"El ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público y no a los particulares, de donde se deduce que dicha acción no está, ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, ni constituye un derecho privado de los mismos; de manera que la abstención del ejercicio de esa acción, por el Ministerio Público, aun en el supuesto de que sea indebida, no viola ni puede violar garantía individual alguna. Quinta Epoca: Tomo XXXIV, pág. 2593.- Cía. Mexicana de Garantías, S.A."

"De acuerdo con el artículo 21 de la Constitución, el ejercicio de la acción persecutoria es facultad exclusiva del Ministerio Público, que representa a la sociedad. Eso obliga a excluir dicha acción del patrimonio privado, sin que obste en contrario cualquiera actitud indebida en que sobre el particular incurra el Ministerio Público, porque en todo caso, esa actitud vulneraría derechos sociales, entre los que se encuentra el de perseguir delitos, lo que, a lo sumo, podría motivar en contra del funcionario infractor de la ley, el consiguiente juicio de responsabilidad, pero no una controversia constitucional, que, de prosperar, tendría como resultado que se obligara a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, cosa equivalente a dejar al arbitrio de los Tribunales de la Federación la persecución de los delitos, que por disposición expresa de la Ley Suprema queda fuera de sus atribuciones. Quinta Epoca: Tomo LXXII, pág. 379. Gutiérrez Anselmo". (271)

---

(271) Ibid., pág. 33

En cuanto a los motivos en los que debe apoyarse el Ministerio Público, para no ejercitar la acción penal, que son: la existencia de una excluyente de responsabilidad o una causa de extinción de la acción penal, consideramos que respecto a las citadas en última instancia, no existe mayor problema, en virtud de que resultan un obvio impedimento para tal actuación. Pero en lo que atañe a las excluyentes, si se plantea el problema, respecto a si debe hacerlas valer el Ministerio Público en la averiguación previa, en nuestra opinión, tomando como sustento lo establecido por los artículos 3 bis del Código Adjetivo Penal y 17 del Código Penal, éstas deben ser un obstáculo para consignar una indagatoria, siempre y cuando se encuentren debidamente probadas, como lo establece el precepto del ordenamiento procesal en cita.

En este sentido, DIAZ DE LEON cita estas tesis: "EXCLUYENTES, PRUEBA DE LAS.- Las excluyentes de responsabilidad deben quedar plenamente comprobadas, y no simplemente presumirse, a menos que se trate de las presunciones legales específicamente señaladas en el ordenamiento represivo. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XI, pág. 38.- A.D. 3179/60.- Santiago Coria Venegas.- 5 votos".

"CALIFICATIVAS Y EXCLUYENTES.- Tanto las excluyentes como las calificativas deben quedar establecidas en forma plena, sin que puedan aceptarse por suposiciones o conjeturas, sin prueba alguna procesal expresa que funde la modalidad. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XI, pág. 108.- A.D. 1621/54.- Samuel Ramos.- 5 votos". (272)

CARRANCA Y TRUJILLO, hace alusión a la siguiente jurisprudencia: "Pueden estudiarse las excluyentes en el auto de

formal prisión. Las autoridades judiciales tienen facultad para declarar la procedencia de las eximentes de responsabilidad en cualquier estado del juicio, inclusive antes del auto de detención; pero para ello es preciso que se justifiquen en forma plena e indubitable. Jurisprudencia definida de la Suprema Corte, Tesis 160". (273)

Señalamos anteriormente, que las determinaciones de reserva y archivo no deben tener el carácter de cosa juzgada; al respecto, GARDUÑO GARMENDIA nos dice: "La Suprema Corte se pronunció en este sentido: ... el acto por el cual se ordena el archivo de una averiguación, no es firme, ni inmodificable como algunas resoluciones judiciales, pues aquí opera la jerarquía del Procurador, quien puede dictar un acto y después, por razones de oportunidad o de una más serena reflexión y siempre en interés de la sociedad, tiene poder para revocarlo, puesto que el archivo de un asunto, no produce cosa juzgada y es esencialmente revocable por motivos supervenientes ... A.D. 3057/71. Sixto Padilla Carbajal. 7 de mayo de 1973. 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretario: José de la Peña. Primera Sala. Informe 1973". (274)

Otra Tesis en el mismo sentido, la refiere DIAZ DE LEON al señalar: AVERIGUACION PREVIA, ARCHIVO DE LA.- NO PRODUCE LA EXTINCION DE LA ACCION PENAL (ZACATECAS).- Los acuerdos de archivo de las averiguaciones previas penales no causan estado, no producen cosa juzgada y no extinguen la acción penal que resulta de las mismas. A.D. 1404/74. Francisco Ceniceros Ramirez, 28 de agosto de 1974, 5 votos, Ponente: Manuel Rivera Silva, Primera Sala, Séptima Epoca, Vol. 68, Segunda Parte, pág. 15". (275)

(273) Op. cit., pág. 75

(274) Op. cit., pág. 83

(275) Op. cit., pág. 73

## CONCLUSIONES

- I. El antecedente más directo del Ministerio Público, lo encontramos en la figura del Oidor o Promotor Fiscal, cuya actuación se desarrollaba en los Tribunales de la Audiencia y de la Acordada, quedando comprendidos estos funcionarios dentro del Poder Judicial, con un mínimo de atribuciones que, generalmente, se reducían a presentar un pliego acusatorio durante el proceso penal.
  
- II. La institución del Ministerio Público, nace con la promulgación de la Constitución de 1917, como consecuencia del pensamiento social que la misma recogió, ordenamiento que le otorgó el carácter de Representante Social, con una independencia total respecto del Poder Judicial al encuadrarlo dentro del Poder Ejecutivo, siendo facultado en forma exclusiva para investigar los delitos y quedando bajo su autoridad la Policía Judicial.
  
- III. El fundamento esencial del Ministerio Público, queda sustentado en lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que al otorgarle el monopolio de la acción penal a esta institución, excluye toda posibilidad para que cualquier otra autoridad o los particulares puedan ocurrir ante un Juez para incoar un procedimiento penal.
  
- IV. La Policía Judicial debe estar bajo la autoridad y mando del Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la Ley Orgánica y el Reglamento

Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, sin embargo, cotidianamente esta situación no se cumple, en virtud de que ambas instituciones orgánicamente están colocadas a un mismo nivel, propiciándose que la Policía Judicial trabaje con independencia de los Agentes Investigadores del Ministerio Público, en tales condiciones, proponemos la reforma del Reglamento Interior de la Procuraduría, a fin de que los Agentes de la Judicial estén adscritos a una Subdirección dependiente de la Dirección General de Averiguaciones Previas.

- V. Erróneamente, el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, autoriza a la Policía Judicial para recibir denuncias y querellas, pues ello únicamente ha propiciado infinidad de abusos por parte de este órgano policiaco, dado que los Agentes de la Policía Judicial carecen de la debida preparación para canalizar la noticia del delito, por ello sugerimos la reforma de este precepto, para dejar dicha facultad exclusivamente en manos de la Dirección General de Averiguaciones Previas.

- VI. La atribución de investigar los delitos y de ejercitar acción penal, es exclusiva del Ministerio Público, en tales condiciones, debiera ser reformado el artículo 40. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para que no se deleguen esas facultades en el órgano judicial, y en caso de que éste considere que no se encuentran reunidos los requisitos constitucionales para la procedencia del libramiento de la orden de captura, el Representante Social

deberá acreditarlos mediante una indagatoria de las llamadas relacionadas, pero el facultar al Juez para llevar a cabo esa comprobación, contraviene el espíritu del artículo 21 de nuestra Ley Fundamental.

- VII. Estando a cargo del Ministerio Público, por mandato constitucional, el monopolio de la acción penal, es indudable que tiene la facultad para determinar su no ejercicio, pero siempre y cuando lo realice sustentado en causas legales, por lo que no compartimos el criterio expuesto por nuestro más Alto Tribunal al establecer la improcedencia del juicio de garantías para impugnar dichas resoluciones, pues si todo acto de autoridad está sujeto al control constitucional, no comprendemos por qué los actos del órgano investigador deban escapar al ámbito de la Ley de Amparo, sobre todo si sus determinaciones pudiesen contravenir las formalidades esenciales del procedimiento, o no se encuentren debidamente fundadas y motivadas.
- VIII. Debe decretarse el no ejercicio de la acción penal, al no reunirse los requisitos establecidos para tal fin por el artículo 16 Constitucional; si se acredita la existencia de una excluyente de responsabilidad a favor del indiciado; cuando exista como única prueba la confesión del inculcado; y, en los casos en que se presente una causa de extinción de la acción penal.
- IX. El artículo 3 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vino a resolver el problema

de la llamada acción declarativa, puesto que ahora el Ministerio Público tiene el fundamento para no ejercitar acción penal, cuando en la averiguación previa se acredite que el indiciado actuó en circunstancias que excluyen su responsabilidad penal.

- X. El no ejercicio de la acción penal, en el período de averiguación previa, se presenta mediante una determinación de archivo; en la fase procedimental, generalmente ocurre con la formulación de conclusiones no acusatorias. En el primer caso, es una resolución que no tiene el carácter de definitividad, por lo que, allegándose nuevos elementos el Ministerio Público puede determinar la consignación de la indagatoria; el segundo supuesto, da lugar al sobreseimiento, con efectos de sentencia ejecutoriada y que conlleva a la inmediata libertad del procesado.

## BIBLIOGRAFIA

- ALDUCIN, MONICA y  
DOMINGUEZ, ANA PAULA      CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS  
UNIDOS MEXICANOS, COMPILACION HISTORICA,  
1a. EDIC., EDIT. SISTA, S.A., MEXICO  
1992.
- ARILLA BAS, FERNANDO      EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO, 6a.  
EDIC., EDITORES MEXICANOS UNIDOS, S.A.,  
MEXICO 1976.
- BORJA OSORNO, GUILLERMO      DERECHO PROCESAL PENAL, 3a. REIMPRESION,  
EDIT. CAJICA, S.A., MEXICO 1985.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO      DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, 3a.  
EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1979.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO      LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, 20a. EDIC.,  
EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1986.
- CALVO NICOLAU, ENRIQUE y  
VARGAS AGUILAR, ENRIQUE      MICRO THEMIS PENAL, 2a. EDIC., EDIT.  
THEMIS, S.A., MEXICO 1991.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL      DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL,  
13a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO  
1980.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL      DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL,  
15a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO  
1986.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL  
y CARRANCA Y RIVAS, RAUL      CODIGO PENAL ANOTADO, 16a. EDIC., EDIT.  
PORRUA, S.A., MEXICO 1991.

- CASTELLANOS TENA, FERNANDO LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 5a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1969.
- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 3a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1974.
- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 13a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1992.
- DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, COMENTADO, 1a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1990.
- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO, 4a. EDIC., EDIT. ESFINGE, S.A., MEXICO 1980.
- FRAGA, GABINO DERECHO ADMINISTRATIVO, 3a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1944.
- GARCIA-PELAYO Y GROSS AZTECAS, PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO, 8a. EDIC., EDIT. LAROUSSE, S.A., MEXICO 1984.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL, 3a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1980.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO PROCESO PENAL Y DERECHOS HUMANOS, 1a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1992.

- GARCIA RAMIREZ, SERGIO y  
ADATO DE IBARRA, VICTORIA PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO,  
3a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO  
1984.
- GARDUÑO GARMENDIA, JORGE EL MINISTERIO PUBLICO EN LA INVESTIGACION  
DE LOS DELITOS, 1a. EDIC., EDIT. LIMUSA,  
S.A., MEXICO 1988.
- GONZALEZ BLACKALLER, C.  
y GUEVARA RAMIREZ, L. SINTESIS DE HISTORIA DE MEXICO, 1a.  
EDIC., EDIT. HERRERO, S.A., MEXICO 1973.
- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO, 1a.  
EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1975.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN  
JOSE PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL,  
4a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO  
1985.
- H. ALBA, CARLOS ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL DERECHO AZTECA  
Y EL DERECHO POSITIVO MEXICANO, 1a.  
EDIC., EDICIONES ESPECIALES DEL INSTITUTO -  
INDIGENISTA INTERAMERICANO, MEXICO 1949.
- MARTINEZ PINEDA, ANGEL ESTRUCTURA Y VALORACION DE LA ACCION  
PENAL, 1a. EDIC., EDIT. AZTECA, S.A.,  
MEXICO 1968.
- MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO EL DERECHO PRECOLONIAL, 2a. EDIC., EDIT.  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES SOCIALES,  
U.N.A.M., CIUDAD UNIVERSITARIA 1961.

- OBREGON HEREDIA, JORGE      CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, COMENTADA Y CONCORDADA, JURISPRUDENCIA, TESIS Y DOCTRINA, 4a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1987.
- OLMOS, FELIX      EL MINISTERIO PUBLICO, ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO XIX, EDIC. UNICA, EDIT. BIBLIOGRAFICA ARGENTINA, S.R.L., BUENOS AIRES, ARGENTINA 1971.
- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO      LA AVERIGUACION PREVIA, 3a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1985.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO      PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, 2a. EDIC., U.N.A.M., CIUDAD UNIVERSITARIA 1968.
- RIVERA SILVA, MANUEL      EL PROCEDIMIENTO PENAL, 10a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1979.
- RODRIGUEZ LAPUENTE, MANUEL      HISTORIA DE IBEROAMERICA, BIBLIOTECA HISPANA, 1a. EDIC., EDIT. RAMON SOPENA, S.A., BARCELONA 1968.
- SERRA ROJAS, ANDRES      DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I, 8a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1977.
- TENA RAMIREZ, FELIPE      DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, 20a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1984.
- TENA RAMIREZ, FELIPE      LEYES FUNDAMENTALES DE MEXICO, 14a. EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1987.

V. CASTRO, JUVENTINO

EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO, 7a.  
EDIC., EDIT. PORRUA, S.A., MEXICO 1990.

VELA TREVIÑO, SERGIO

LA PRESCRIPCION EN MATERIA PENAL, 1a.  
EDIC., EDIT. TRILLAS, S.A., MEXICO 1983.

VILLALOBOS, IGNACIO

DERECHO PENAL MEXICANO, 4a. EDIC., EDIT.  
PORRUA, S.A., MEXICO 1983.CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA  
EL DISTRITO FEDERAL, 2a. EDIC., EDIT.  
ANDRADE, S.A., MEXICO 1972.CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA  
EL DISTRITO FEDERAL, 39a. EDIC., EDIT.  
PORRUA, S.A., MEXICO 1988.CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA  
EL DISTRITO FEDERAL, 41a. EDIC., EDIT.  
PORRUA, S.A., MEXICO 1985.CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS  
UNIDOS MEXICANOS, 1a. EDIC., EDIT. OLGUIN,  
S.A., MEXICO 1983.CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS  
UNIDOS MEXICANOS, EDICION DE LA SECRETARIA  
DE GOBERNACION, MEXICO 1985.CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS  
UNIDOS MEXICANOS, 9a. EDIC., EDIT. TRILLAS,  
S.A., MEXICO 1992.

GACETA, ORGANO INFORMATIVO DE LA  
PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL  
DISTRITO FEDERAL, EDITADA POR LA DIRECCION  
DE PRENSA Y DIFUSION, AÑO II, No. 17,  
PRIMERA EPOCA, MARZO DE 1987.