

320809

5
24



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**AMPARO CONTRA EL NO EJERCICIO
DE LA ACCION PENAL**

TESIS

QUE PRESENTA:

HUMBERTO XAVIER FERRO BARANDA

PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS; LIC. OLGA BEATRIZ AGUILAR MORALES

MEXICO, D. F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*A Mercedes mi esposa, quien
con su amor es la compañera de mi vida.*

*A mi hijita Ximena, quien con
su dulzura y encanto ha llenado nuestro
hogar de felicidad.*

*A mis Padres, por haberme
dado la vida y quienes con su amor,
esfuerzo y dedicación me enseñaron a ser
hombre libre.*

*A mis abuelos Gonzalo y Tita,
quienes con su amor e invaluable apoyo
han hecho posible mi realización. Para
ustedes mi profunda gratitud.*

*Especialmente a mi abuelo
Gonzalo, quien con su ejemplo logró
inculcarme el amor por el Derecho.*

INMEMORIAM. 1994

*A mi abuelita Josefina, mi
pensamiento y recuerdo de amor.*

*A mi abuelo Esteban, con
profundo cariño, respeto y admiración.*

*A Aldo, un hermano
excepcional.*

*A Vanessa, mi querida
hermana.*

*A mis tíos Gonzalo, Alejandro y
Luis Felipe, con sentimiento de
hermandad.*

*A mis amigos y compañeros, mi
amistad siempre.*

I N D I C E

"AMPARO CONTRA EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL"

INTRODUCCION

CAPITULO I

EL MINISTERIO PUBLICO

<i>I.1. Principales antecedentes históricos del Ministerio Público.</i>	2
<i>I.2. Su Naturaleza Jurídica.</i>	12
<i>I.3. Atribuciones.</i>	14
<i>I.4. Funciones.</i>	15
<i>I.5. Desde el punto de vista formal.</i>	17
<i>I.6. Desde el punto de vista material.</i>	18
<i>I.7. Características.</i>	19
<i>I.8. Jerarquía.</i>	20
<i>I.9. Indivisibilidad.</i>	20
<i>I.10. Independencia.</i>	20
<i>I.11. Irrecursabilidad.</i>	21
<i>I.12. Buena Fe.</i>	21
<i>I.13. Principios que rigen su actividad.</i>	22
<i>I.14. De Unidad.</i>	22
<i>I.15. De iniciación.</i>	22
<i>I.16. De Oficiosidad.</i>	23
<i>I.17. De legalidad.</i>	23
<i>I.18. El Ministerio Público como titular de la acción penal.</i>	23

CAPITULO II

LA AVERIGUACION PREVIA

II.1. Objeto de la averiguación previa.	27
II.2. Nación de la acción penal.	29
II.3. Preceptos que la regulan.	32
II.4. Caracteres de la acción penal.	33
II.5. La acción penal y la pretensión punitiva.	36
II.6. Contenido de la averiguación previa.	38
II.7. Recepción de denuncias y querellas.	40
II.8. Integración del tipo penal y probable responsabilidad.	43

C A P I T U L O III

EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

III.1. Concepto y naturaleza jurídica del no ejercicio de la acción penal.	48
III.2. Presupuestos para la determinación del no ejercicio de la acción penal. ...	51
III.3. Procedimiento para la consulta del no ejercicio de la acción penal.	52
III.4. Organismo encargado de determinar la consulta de no ejercicio de la acción penal.	56
III.5. Funcionarios autorizados para resolver en definitiva el no ejercicio de la acción penal.	57

<i>III.6. Postura del sujeto pasivo frente a la resolución de no ejercicio de la acción penal.</i>	<i>58</i>
---	-----------

C A P I T U L O I V

EL OFENDIDO Y LA REPARACION DEL DAÑO

<i>IV.1. El ofendido o víctima del delito.</i>	<i>61</i>
<i>IV.2. Tratamiento que las diversas legislaciones del país han dado al ofendido por un delito.</i>	<i>63</i>
<i>IV.3. La precaria legitimación del ofendido como sujeto procesal.</i>	<i>64</i>
<i>IV.4. La reparación del daño en la legislación mexicana.</i>	<i>66</i>
<i>IV.5. La inconstitucionalidad de los preceptos que elevan a la categoría de pena pública la reparación del daño.</i>	<i>71</i>
<i>IV.6. Necesidad de un control jurisdiccional de índole constitucional que pueda combatir el no ejercicio de la acción penal.</i>	<i>74</i>

C A P I T U L O V

EL AMPARO Y SU CONTROL EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

<i>V.1. La necesidad de un instrumento procesal de índole constitucional que combata el no ejercicio de la acción penal.</i>	<i>78</i>
<i>V.2. Definición de amparo.</i>	<i>83</i>

<i>V.3. El amparo es un proceso, un recurso o un juicio.</i>	<i>87</i>
<i>V.4. Su naturaleza constitucional.</i>	<i>88</i>
<i>V.5. Principios jurídicos fundamentales del amparo.</i>	<i>89</i>
<i>V.6. La determinación del no ejercicio de la acción penal como acto de autoridad.</i>	<i>91</i>
<i>V.7. Los artículos 14, 16 y 21 Constitucionales.</i>	<i>95</i>
<i>V.8. Importancia y efectividad del amparo.</i>	<i>104</i>
<i>V.9. Artículo 10 de la Ley de Amparo.</i>	<i>108</i>
<i>V.10. Proyecto de reforma para evitar el monopolio de la acción penal y su ejercicio por el Ministerio Público.</i>	<i>109</i>

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

“INTRODUCCION”

I N T R O D U C C I O N

Este trabajo se ha inspirado en el amor a la Patria y al Derecho, considerando a éste como genuina expresión de la justicia.

El tema propuesto y objeto del presente trabajo se denomina "AMPARO CONTRA EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL", que encierra en su hipótesis una formulación compuesta por dos conceptos básicos a saber, por un lado el término amparo cuya enunciación precisa la procedencia del juicio de amparo como procedimiento jurisdiccional de índole constitucional que tiene por objeto la salvaguarda y restitución de las garantías constitucionales, y por el otro, el enunciado " contra el no ejercicio de la acción penal " define el acto de autoridad que se pretende combatir mediante el propio amparo.

Pienso que las instituciones jurídicas son perfectibles, siendo precisamente ello lo que me ha motivado a intentar proponer bases que pudieran permitir reformas a las Leyes que rigen la materia.

Los juristas han pretendido que la justicia se extienda a la comunidad en general y en igualdad de condiciones, sin que existan Instituciones que en ciertos aspectos, debido a su limitado alcance pudieran traducirse en privilegios para algunos y en perjuicios para otros.

En atención a este punto, es preciso subrayar que la razón fundamental que me ha llevado a este planteamiento consiste en la ausencia de un control jurisdiccional de índole constitucional que tenga por objeto someter a la legalidad

los actos de los funcionarios del Ministerio Público cuando actúan como autoridades investigadoras, propiciando en algunos casos abusos y atropellos a los derechos que pudieran corresponderle al ofendido o víctima de un delito, o a quien tengan interés jurídico para ocurrir en demanda de sus derechos a la justicia penal.

Por mi parte, con las ideas y consideraciones que este trabajo contiene, pugno por un sistema jurídico que ofrezca cuando las condiciones lo exijan, garantías a toda la población en el marco de la Constitución General de la República.

Asimismo afirmo la decisión institucional de resolver los problemas de acuerdo con una ley que es dinámica, con una determinada ley que si no rige satisfactoriamente la realidad imperante pueda reformarse para lograr cumplir con los anhelos del pueblo de México. Nuestro ordenamientos jurídicos tienen en su estructura misma, la posibilidad de adecuarse a las realidades, lo que nos da la garantía de continuidad y permanencia.

La defensa constitucional a que debiera aspirar la persona agraviada o víctima de un delito, o bien las personas que conforme a la ley tuvieran derecho a la reparación del daño o a hacer exigible la responsabilidad civil proveniente de un delito, resulta prácticamente nula, al grado de colocar sus más caros intereses bajo el arbitrio muchas veces injusto de los funcionarios del Ministerio Público, quienes al determinar en una averiguación el no ejercicio de la acción penal en los casos en que sí debiera proceder, los priva del derecho y posibilidad de hacer efectiva dicha restitución colocando a los citados sujetos en un completo estado de indefensión.

El contraste aludido supone la imperante necesidad de un control jurisdiccional de índole constitucional sobre los actos de autoridad que en ocasiones despliegan los funcionarios del Ministerio Público, cuya inexistencia ha provocado injusticias y protestas por parte de los agraviados, situándose los mencionados funcionarios de la Procuraduría en una posición de verdadera y exacerbada autoridad, puesto que sus actos de determinación de no ejercicio, no están sujetos al examen de legalidad y ajuste a la constitucionalidad como todas las demás autoridades del País, situación ésta que evidentemente escapa en nuestro régimen jurídico de cualquier tipo de control.

De la hipótesis planteada, surgen las siguientes interrogantes:

¿ Que sucedería si no obstante que se encuentra configurado el tipo penal y la probable responsabilidad, el funcionario del Ministerio Público decidiera no instar al órgano jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción penal ?, ¿ En que situación jurídica se colocaría el ofendido, su sucesión, o bien, las personas que con arreglo a la ley pudieran tener posibilidades a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad proveniente del ilícito causado?, son simplemente cuestionamientos que surgen en la practica reiterada y dan cauce a la presente investigación jurídica.

Su importancia deriva de que viviendo en un régimen de Derecho en el que debe prevalecer a la luz de las garantías constitucionales, la protección respectiva frente a cualquier acto de autoridad de carácter positivo o negativo que implique una afectación en la esfera jurídica del gobernado, es por ello que he pretendido hacer hincapié en la fundamental importancia que este abandono

encierra, además de pretender clarificar y eficientar en un planteamiento de absoluta legalidad a la incierta procuración de justicia en nuestro País.

En forma muy especial deseo expresar mi reconocimiento a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la realización de este trabajo recepcional. Con abierta disposición y cordialidad han sacrificado sus intereses personales para apoyarme, y les quedo profundamente agradecido.

HUMBERTO FERRO BARANDA.

CAPITULO I

“EL MINISTERIO PUBLICO”

C A P I T U L O I

EL MINISTERIO PUBLICO

La Institución del Ministerio Público ha sido una conquista del Derecho moderno. Investigar los orígenes del mismo, es una tarea ardua y más aún resulta encontrar conexiones en el pasado que con la moderna Institución.

Se afirma que en Grecia existió la práctica de llevar un ciudadano la voz de la acusación ante el tribunal de los Eliastas y en el Derecho Atico, el ofendido es quien ejercitaba la acción penal ante los tribunales. No se admitía la intervención de terceros en las funciones de acusación y defensa, pues regía el principio de la acusación privada. Después se encomendó el ejercicio de la acción a un ciudadano que como Representante de la colectividad era una distinción honrosa que enaltecía al elegido, pero después de la acusación privada, le siguió la acusación popular al abandonarse la idea de que fuese el ofendido por el delito el encargado de acusar y al ponerse en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se introdujo una reforma substancial en el procedimiento, haciendo que un tercero, despojado de las ideas de venganza y de pasión que insensiblemente lleva el ofendido al proceso, persiguiese al responsable y procurarse un castigo o el reconocimiento de su inocencia como un noble atributo de justicia social.

Resulta aventurado encontrar antecedentes del Ministerio Público moderno en esa época, podríamos afirmar que más bien existe similitud en los promotores fiscales, porque el Ministerio Público en México, tiene ondas raigambres con la institución de la promotoría fiscal que existió durante el Virreinato. La promotoría fiscal no existió, como Institución Autónoma.

Pero a efecto de tener una mejor comprensión del tema en comentario, es necesario desglosar los incisos que a continuación expongo.

1.1 Principales antecedentes históricos del Ministerio Público.

"En la vida remota de la historia, se habla en ocasiones del derecho ático, en el que un integrante de la sociedad sostenía la acusación y la inquisición era llevada ante los Eliastas: otros autores creen que la Institución del Ministerio Público se originó en Grecia, y para otros, su origen es romano; en las legislaciones bárbaras, aún en la legislación Canónica, ésta a consecuencia de la eficacia del proceso inquisitorio en los tribunales eclesiásticos de los siglos XII y XIII y el procurador fiscal que actualmente se le denomina Ministerio Público, llevaba la voz acusatoria en los juicios y era el conductor, así como el Rey, a quien le comunicaba las resoluciones que dictaban, pero a decir verdad, la mayoría de los autores investigadores manifiestan que esta Institución nació en Francia en el siglo XIV, en la llamada Monarquía Francesa, en los años 1522, 1523 y 1526; y evolucionada en este sitio, la cual ha adoptado nuestro medio, y antes de haberse establecido en México con sus características francesas, en donde ya funcionaba una Institución denominada promotoría y Procuraduría Fiscal, que se deriva de la Legislación Española; en la actualidad se conserva en nuestras leyes con ciertas reformas hechas por nuestra revolución como avances y perfeccionamientos que las diferencia de aquella institución". (1)

Es Francia quien forma completamente esa Institución según algunos historiadores, quienes tratan de indagar el origen de esta Institución, aseguran que

(1) ACERO, Julio. Procedimiento Penal. 4a. edición. Cajica. Puebla. México, 1992 p. 70.

es en Roma en donde en tiempos antiguos hablan magistrados ayudados por oficiales de policía, quienes perseguían los delitos y a los criminales; el Emperador, así como el Senado asignaban en casos graves un acusador; durante la edad media había cerca de los jueces, funcionarios subalternos que les denunciaban los delitos, de los cuáles tenían conocimiento, con el carácter de denunciadores oficiales.

A finales de la Edad Media, en Venecia, las funciones de esos oficiales tuvieron ya un carácter más preciso, el de Procuradores de la Corona.

Esta Institución también tuvo influencia en España, en el denominado Derecho Patrio en las Leyes de Recopilación, expedidas por Felipe II, en el año de 1576, en que reglamentan las funciones de los procuradores fiscales que acusaban, cuando no lo hacía un acusador privado; Felipe V, reglamenta esas funciones influenciado por el estatuto francés, pero la reforma es fuertemente atacada y acaba por ser anulada por el mismo Rey.

En Francia la Institución del Ministerio Público surgió en la antigua Monarquía; el procurador que fungía como el abogado del Rey era el encargado de los actos del procedimiento, así como el abogado era el encargado del litigio para la formulación de los alegatos correspondientes en los negocios que sólo interesaban al Rey.

En las antiguas ordenanzas francesas a principios del siglo XIV, a cargo de Felipe el Hermoso, se nota ya la transformación y cambios que se operan en estos cargos de la Institución sufrida por la revolución de 1789, por nuevas leyes expedidas sobre la organización judicial, fue reconstruida y asentada sobre bases que subsisten en Francia, principalmente la unidad y firmeza de la Institución.

En el procedimiento inquisitivo, en donde la persecución de los delitos es misión del Estado, pero este procedimiento decae y es así como el Estado crea un Organó Público y permanente que sería el encargado de la persecución de los delitos.

"Es en Francia donde se impone la implantación de la Institución que se denominó Ministerio Público. Institución que se extendió a casi todos los países evolucionados y civilizados del mundo y esta figura procesal está considerada como El Representante de los grandes valores morales, sociales y materiales del Estado".(2)

"En conclusión, y compartiendo la opinión de Juventino V. Castro, quién también concuerda con Carlos Franco Sodi, consideramos que, siguiendo la genealogía sobre el origen de esta Institución, debemos observarla reservadamente, ya que aún cuando a través del tiempo resulta lógico que unos funcionarios se presentan antes que otros, también lo es, que no puede asegurarse la relación que guardan entre sí, razón por la cual no podemos ser categóricos en afirmar que el origen del Ministerio Público se debe a un sistema jurídico en particular" (3).

Dentro de los antecedentes históricos en México, en el Derecho Azteca imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil a las costumbres y usos sociales, ya que en esa época el Derecho

(2) BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Envejecimiento Penal Mexicano 7a. edición. Trillas. México. 1993. p. 30

(3) CASTRO, Juventino. El Ministerio Público en México. 10a. edición. Porrúa. México. 1994. p. 4

era consuetudinario, ajustándose al régimen absolutista a que había llegado el pueblo Azteca por lo que hacía a su política. La persecución de los delitos estaban en manos de los jueces, siendo imposible identificarlos con las funciones del Ministerio Público y eran como se menciona, los jueces quienes realizaban las investigaciones y a la vez aplicaban el Derecho.

"Antes de la época colonial, la persecución del delito estaba en manos de los jueces por delegación del Tlatoani; de manera que las funciones de éste y las del Cihuacóatl eran jurisdiccionales, en atención a esto último, no es posible identificar sus funciones con las del Ministerio Público, ya que si bien es cierto, que el delito era perseguido, ello se encomendaba a los jueces". (4)

Con la conquista de la Nueva España, el Derecho Azteca sufrió transformaciones.

Por medio de las leyes de Indias, se trató de solucionar este problema, entonces, la persecución de los delitos no se encomendó a una autoridad en particular, sino que recayó en distintas personas, aunque eran nombradas en base a influencias políticas; sólo hasta mediados del siglo XVI (1549), se dio oportunidad a los indios a ejercer cargos públicos, así el Fiscal se encargaba de perseguir a los delincuentes y promover la justicia, como representante de la sociedad ofendida, pero sin las características que posee hoy en día el Ministerio Público.

Una vez proclamada la Independencia Nacional, en la Constitución de Apatzingán (1814), se reconoció la existencia de fiscales auxiliares de la

(4) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 6a. edición. Porrúa. México. 1994 p. 196.

administración de la justicia, uno encargado del ramo civil y otro del criminal, su designación estaría a cargo del poder legislativo a propuesta del Ejecutivo y durarían en su puesto cuatro años.

En la Constitución de 1824, el fiscal era un funcionario integrante de la Suprema Corte de Justicia, considerándosele en la misma investidura en las leyes Constitucionales de 1836, con carácter de inamovible.

En el gobierno del presidente Comonfort (1855) se estableció la intervención de los fiscales en asuntos federales.

En la Constitución de 1857, los fiscales continuaron en la misma categoría de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, aunque en el proyecto se mencionaba, que fuera el Ministerio Público el que promoviera la instancia en nombre de la sociedad, lo que no se aceptó, pues decía que nadie podía sustituir al ofendido, además retrasaría la acción de la justicia, por lo que dichas proposiciones fueron desechadas y en su lugar se nombró a los fiscales federales.

La ley de jurados criminales para el Distrito Federal de 1869, previno que se establecieran tres promotores o procuradores fiscales representantes del Ministerio Público, quienes eran independientes entre sí y no constitulan una organización, ejercían funciones acusatorias ante el jurado, en nombre de la sociedad por el daño que causaba el delincuente.

En los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894, se concibe al Ministerio Público como una Magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta

administración de justicia, en nombre de la sociedad y para defender ante los Tribunales los intereses de ésta.

"En la reforma Constitucional del 22 de mayo de 1900, se estableció que los funcionarios el Ministerio Público y el Procurador General de la República, serán nombrados por el Ejecutivo.

Se crea además el Ministerio Público Federal, como una Institución independiente de los Tribunales, pero sujeta al Ejecutivo, además de otorgarle una personalidad de parte". (5)

En la primera Ley Orgánica del Ministerio Público, expedida en 1903, de igual forma y en base a la lectura de sus preceptos se deduce el intento de imprimirle el carácter de Institución totalmente independiente del Poder Judicial.

Terminada la revolución se reúnen en la Ciudad de Querétaro el Congreso Constituyente que expide la Constitución de 1917. Se discutieron en su seno los artículos 21 y 102 constitucionales que se refieren al Ministerio Público.

"En el informe a esa Asamblea del C. Primer Jefe Venustiano Carranza, al tratar este punto, explica como la investigación de los delitos por parte de los jueces habla creado la llamada confesión con cargos estableciendo una situación insostenible, ya que estos funcionarios judiciales ejercían verdaderas arbitrariedades, (ya que como dice Tadbruch, el que tiene un acusador por juez, necesita a Dios por

(5) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 12a. edición. Porrúa. México. 1994. p. 102.

abogado), y en cambio el Ministerio Público era una figura decorativa que no ejercita la función para la cual fue creado, y pugnaba por situar a cada quien en el lugar que le correspondía, quitándole al juez la facultad de policía judicial y de acusador que hacía los cargos para arrancar la confesión de los reos". (6)

La comisión que presentó el dictamen sobre el artículo 21 del proyecto, estaba formada por los señores diputados Francisco J. Mujica, Alberto Román, Luis G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga.

Puesto a discusión el artículo 21 surgieron polémicas en las que intervinieron los Diputados Mujica, Rivera Cabrera, Machorro Narváez, Macías, Colunga, Ibarra, Mercado, Jara, Silva Herrera y Epigenio Martínez.

Es de hacer notar sobre todas las demás, la opinión de José M. Macías quién llama la atención al expresar que tal y como estaba redactado el artículo traicionaba el pensamiento de Venustiano Carranza, pues se dejaba la persecución de los delitos en manos de la autoridad administrativa, y sólo bajo la vigilancia del Ministerio Público. Ello obligó al retiro del artículo, por la propia Comisión, para modificarlo.

En una nueva sesión se presentó un proyecto reformado por la Comisión, además del voto particular que expresaba las ideas del Diputado Enrique Colunga. Pronto se comprendieron las excelencias de la redacción, propuesta por el diputado

(6) Cit. por CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 15a. edición. Porrúa. México. 1993. p. 40.

Colunga, acabando la Asamblea por aceptarla, siendo ésta la que actualmente conserva el citado artículo Constitucional.

El artículo 102 establece las bases sobre las que debe actuar el Ministerio Público Federal, y fue aprobado sin mayores discusiones por parte de los constituyentes de 1916-1917.

"Concordamos con el maestro Juventino V. Castro en cuanto dice que el acabado del artículo 21 Constitucional es muy complejo, y conforme a la más avanzada doctrina, y que sólo absurdas interpretaciones que de él se han hecho, han colocado al Ministerio Público en lugar que, a los primeros que ha llegado a sorprender, es a los propios Constituyentes, que no soñaron jamás en el inverosímil crecimiento teratológico que se iba a dar a la Institución creando un órgano hipertrofiado que amenaza llegar a la categoría de un monstruoso poder (en forma particular pienso que ya ha llegado)". (7)

En el Diario Oficial del 14 de agosto de 1919 se publica la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal y reglamentación de sus funciones y el 13 de septiembre del mismo año se publica la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales.

No obstante lo anterior en la práctica siguió imperando el antiguo sistema con el cual quiso terminar la Constitución de 1917 publicada el 7 de octubre de 1919 cuando comienza a cambiar la situación, ya que esta ley crea el departamento de investigaciones, con agentes adscritos a las delegaciones los

(7) COLIN SANCHEZ, Guillermo. *op. cit.* p. 103.

cuales sustituyen a los antiguos comisarios. Al frente de la Institución establece como Jefe al Procurador de Distrito, en lo federal se hace lo propio con la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal publicada el 31 de agosto de 1934 quedando a la cabeza de la Institución el Procurador General de la República.

En lo local se suceden: la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales de 31 de diciembre de 1954, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y Territorios Federales de 31 de diciembre de 1971 que entró en vigor en 1972; y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal publicada el 15 de diciembre de 1977.

Y en lo federal; la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal reglamentaria del artículo 102 de la Constitución, publicada el 13 de enero de 1972; la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal reglamentaria del artículo 102 de la Constitución del 26 de noviembre de 1955; y la Ley de la Procuraduría General de la República el 30 de diciembre de 1974.

Como puede observarse, a partir de 1971 en el Distrito Federal, y de 1974 en el aspecto federal las leyes correspondientes no se refieren al Ministerio Público, como Institución que lleva a cabo la función persecutoria, sino a las Procuradurías que desempeñan el papel de órganos administrativos con funciones múltiples, una de las cuales es la persecución de los delitos.

A fines de 1983, y por iniciativas presidenciales adecuadas se proponen y aprueban nuevas Leyes Orgánicas Federal y del Distrito, que cambian en el sentido de hacer mención en su articulado solamente a las atribuciones de las

Procuradurías; las bases de su organización y las disposiciones generales que rigen fundamentalmente su quehacer reservando para un reglamento interior el precisar sus órganos concretos con sus facultades, y algunas disposiciones conteniendo regulaciones y menciones de tales Procuradurías.

Todo ello se plasma en lo Federal, en Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, promulgada el 15 de noviembre de 1983 publicada en el Diario Oficial de 12 de diciembre de 1983, y su reglamento de 7 de marzo de 1984, publicado el día 8 siguiente; y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal de 6 de noviembre de 1983 publicada el día 12 del mismo mes y año, y su Reglamento Interior de 24 de febrero de 1984, publicado el día 28 subsiguiente.

Por supuesto cada uno de los Estados de la Federación tienen sus propias leyes de la Institución o de la Procuraduría, derivadas de sus disposiciones constitucionales locales. Asimismo hay una ley del Ministerio Público Militar que se encuentra establecida en el Código de Justicia Militar.

"El maestro Javier Piña y Palacios manifiesta, que al establecerse el Ministerio Público en México lo hace tomando como base tres elementos: El francés, el español y el nacional.

Del ordenamiento francés tomó como característica principal el de la unidad e indivisibilidad pues cuando actúa el agente del Ministerio Público lo hace a nombre y en representación de toda la Institución. La influencia española se encuentra en el procedimiento, dice, cuando el Ministerio Público formula sus conclusiones, las que siguen los mismos lineamientos formales de un pedimento del

fiscal de la Inquisición. En cuanto a la influencia exclusivamente nacional está en la preparación del ejercicio de la acción penal está reservado exclusivamente al Ministerio Público, que es el jefe de la policía judicial". (8)

De la exposición anterior podemos decir que es esencialmente nacional que el desarrollo del Ministerio Público Federal, más que como un persecutor de los delitos, como un factor determinante en la vigilancia de la constitucionalidad y de la legalidad, muy especialmente en nuestro proceso de amparo, instituido para anular los abusos de las autoridades que integran el poder público.

1.2 Su Naturaleza Jurídica.

Como lo hacen notar muchos investigadores, la naturaleza jurídica de la Institución denominada Ministerio Público, ha provocado diversas polémicas interminables dentro del campo doctrinario, toda vez que se le ha considerado de muchas, diversas y variadas formas, entre las más importantes tenemos: Que es considerado como un colaborador de la función jurisdiccional; también considerado un representante de la sociedad en el ejercicio de la acción penal; y por último como órgano administrativo, razón por la cual a continuación explico de manera breve cada una de ellas.

Respecto a la enunciación primera puedo decir que el Estado encomienda deberes específicos a sus diversos órganos para que colaborando coordinada y plenamente entre sí, mantenga el orden y la legalidad. Por esta razón se dice, el

(8) PIÑA Y PALACIOS, Javier. Origen del Ministerio Público en México. 10a. edición. Porrúa. México. 1994. p. 112.

Ministerio Público es un auxiliar de la función jurisdiccional para que los jueces hagan actuar la ley.

Respecto de la segunda característica respecto de su naturaleza Chiovenda afirma que: "El Ministerio Público personifica el interés general, y de acuerdo con ello tal interés que originalmente corresponde a la sociedad, al Instituirse al Estado, queda delegado en él para proveer todo lo necesario para el mantenimiento de la legalidad, y aunque por lo general no representa al Estado en aspectos particulares de éste, concebido como persona moral, dicha Representación es posible debido a que la legalidad siempre deber ser procurado por el Estado a través de sus diversos órganos." (9)

En relación a la tercera consideración se puede decir que el Ministerio Público realiza funciones del Estado como administración, actúa como sujeto de la relación procesal ante el órgano jurisdiccional, haciendo valer la pretensión punitiva ejerciendo poderes de carácter indagatorio, preparatorio y coercitivo; ejercita la acción penal, propone demandas, presenta impugnaciones y tiene facultades como representante que es de la parte ofendida teniendo para solicitar toda clase de providencias.

Esta Institución carece de funciones jurisdiccionales, las que son proptamente del juez, y su única injerencia será el de solicitar la aplicación del derecho dentro del Procedimiento Penal Mexicano, en el momento oportuno para ello, más no a declararlo.

De lo expuesto anteriormente se colige que el Ministerio Público tiene

(9) *Cit. por PIÑA Y PALACIOS, Javier. op. cit. p. 115.*

una personalidad polifacética; ya que actúa como autoridad administrativa, como sujeto procesal, como auxiliar de la función jurisdiccional, ejerce tutela general sobre menores e incapacitados, Representa al Estado protegiendo sus intereses, etcétera.

En tal virtud estamos de acuerdo en señalarlas para reafirmar lo dicho, que 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.

I.3 Atribuciones

Por lo que se refiere al Ministerio Público, la Constitución General de la República, en su artículo 21 le confiere la facultad persecutora de los delitos, y al ser definido por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se ratifica esa actividad, además de que se le confiere el deber de velar por la observancia de las leyes de interés general e intervenir en todos esos asuntos que afecten a la Sociedad, al Estado y en general a las personas a quienes las leyes otorgan especial protección.

De esta forma podemos afirmar que las atribuciones del Ministerio Público son:

- a).- La persecución de los delitos,*
- b).- La tutela de los intereses del Estado,*
- c).- La asesoría jurídica del Gobierno, y*
- d).- La vigilancia del respeto a la legalidad.*

Para la realización de estas atribuciones, el Ministerio Público tiene como auxiliar primero a la policía judicial, que está bajo su mando inmediato, y según observamos en la Ley Orgánica, todas las demás policías deben acatar las órdenes que el Representante Social diere en el cumplimiento de su cargo.

No consideramos oportuno agotar en este momento la substancia misma de cada una de estas actividades; basta por ahora poner de relieve la enorme trascendencia jurídica social que constituye el Ministerio Público, al erigirse como el defensor de las normas legales sobre cuya observancia la sociedad tiene inmediato interés, por lo que no es hipérbole afirmar que este órgano es el representante genuino de la sociedad y del orden jurídico que regula.

La manera en que son llevadas a efecto las atribuciones referidas, son las que determinan la naturaleza de la actividad del Ministerio Público y por ende la naturaleza jurídica del mismo órgano.

Por ello, resulta ineludible asentar la vinculación que existe entre las atribuciones mismas y las funciones, deslindando sin embargo, su diferencia terminológica.

I.4 Funciones.

"La doctrina nos enseña que el Estado realiza sus atribuciones mediante tres formas que son las funciones: legislativa, administrativa y judicial, encargándose de ellas tres órganos distintos, en ocasiones algunas de las atribuciones abarcan no una sino incluso las tres funciones gubernamentales; verbigracia: en la prestación del servicio educativo, es preciso reglamentar esta

actividad estatal, siendo necesaria la función legislativa a través del órgano correspondiente ; al propio tiempo, la materialización de ese servicio, traducido en la construcción de escuelas, pago de sueldos al personal docente, etc. se hace mediante la función administrativa, y por último, cuando con motivo de este servicio se suscita algún conflicto, interviene la función jurisdiccional". (10)

En similares circunstancias podemos señalar que los órganos encargados normalmente de desarrollar cada una de estas funciones, en ocasiones realizan otras que por su naturaleza no debieron corresponderles. Así, por ejemplo, la propia Constitución en su artículo 73, confiere al Congreso de la Unión facultades que no son de índole Legislativa, sino Administrativa, como son admitir nuevos Estados a la Unión Federal, o formar nuevos Estados en los límites de los existentes y otros más; en igual forma el Ejecutivo realiza algunas veces actividades que no son de orden Administrativo, sino de otra naturaleza, como lo observamos en la facultad que tiene para expedir reglamentos, que en sí misma concierne la función legislativa.

Cuando un órgano colabora con alguna de las otras dos o ambas en la realización de una atribución, se dice que existe temperamento del principio de separación de poderes, y cuando falta coincidencia entre la naturaleza de la actividad y la del órgano que la ejecuta, estamos en presencia de las excepciones al mismo principio.

Todo ello nos hace pensar que es imprescindible introducimos, así sea someramente, en el conocimiento de la teoría de la división de poderes, que es la

(10) FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 8a. edición. Porrúa. México. 1994. p. 170.

base rectora de la correspondencia de las funciones estatales, es decir, de la esfera competencial de los órganos gubernamentales, entre ellos el Ministerio Público, para saber cual es la naturaleza jurídica de las funciones que efectúa cada una de ellas para la realización de sus actividades, a través de las cuales se consiguen los fines estatales.

"La división de poderes nació como una teoría política para combatir el absolutismo, creando tres poderes estatales que se equilibrarán entre sí, el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, distribuyendo entre ellos las funciones Estatales, cuidando de que exista una correspondencia entre la naturaleza intrínseca de la función y la del órgano que la realiza, aunque en la práctica no se ha cumplido este ideal en forma absoluta, como lo observamos líneas arriba, al hablar de los temperamentos y excepciones del principio de separación de poderes". (11)

Decimos que de acuerdo a esta teoría, los distintos poderes tienen encomendadas otras tantas funciones, de acuerdo a su naturaleza, pero debemos ahora estudiar cual es esta naturaleza. Para ello es necesario visualizar las funciones del Estado atendiendo a los criterios formal y material.

1.5 Desde el punto de vista Formal.

Desde el enfoque formal, la identificación de la naturaleza de las funciones no representa ningún problema, porque se adopta un criterio subjetivo u orgánico, prescindiendo de la índole intrínseca de la actividad.

(11) FRANCO SODI, Carlos . op. cit. p. 172

Con lo anterior queremos indicar que desde el punto de vista formal, las funciones son Legislativas, Administrativas o Judiciales, según los realice el poder Legislativo, Ejecutivo o el Judicial.

"La ley enmarca la esfera competencial de los órganos anteriores: es decir, les señala sus atribuciones, las cuales son efectuadas mediante las funciones legislativas, administrativas o judiciales, según estén encomendadas esas actividades, a órganos del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial." (12)

Lo reiterativo de este párrafo obedece al afán de extremar la identificación de la naturaleza jurídica de las funciones, desde este punto de vista formal.

Por lo que se refiere a las atribuciones del Ministerio Público, enunciadas con antelación, es evidente que son realizadas mediante la función Administrativa, por virtud de que dicho órgano depende del Poder Ejecutivo, por mandato expreso de la Ley.

I.6 Desde el punto de vista Material.

Si las funciones pueden ser fácilmente encuadradas desde un ángulo formal u orgánico, por el contrario resulta sumamente intrincado el deslinde de la naturaleza jurídica de esas funciones, atendiendo a un criterio material.

Para ello, se toma en consideración exclusivamente la índole intrínseca de las funciones, prescindiendo de los órganos que la realicen.

(12) Ibidem. p. 175.

Así las funciones son materialmente legislativas, administrativas o judiciales, según los caracteres que la teoría jurídica ha atribuido a cada uno de esos grupos.

Estos dos ángulos de visualización, formal y material tiene su razón de ser, en que no siempre la función que la ley encomienda a determinado órgano, es intrínsecamente de la misma naturaleza del propio órgano; en otros términos generalmente coinciden el carácter forma y el material, cuando las funciones que en esencial son legislativas, administrativas o judiciales, se atribuyen respectivamente a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, pero no siempre así sucede, como observábamos al tratar de la excepciones y temperamentos.

No obstante lo hasta aquí apuntado, estimamos que no se ha precisado cuales son los caracteres intrínsecos que identifican a cada una de las funciones gubernamentales, por lo que es menester señalar, como premisa fundamental, que las funciones del Estado se exteriorizan por medio de actos que conforman las atribuciones, agrupándose de acuerdo a las consecuencias que producen, ya que pueden ser jurídicas o de jure, o bien de hecho o de facto. De esta guisa, tenemos los actos materiales.

I.7 Características.

Para que la Institución del Ministerio Público pueda cumplir con su cometido, es imprescindible que observe determinados principios que le son inherentes y van en función de la doctrina y de la ley, en los principios esenciales que lo caracterizan encontramos los siguientes: jerarquía, indivisibilidad,

independencia, irrecusabilidad y buena fe. Las características antes señaladas las explicaremos a continuación.

I.8 Jerarquía.

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 integran, no son más que una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y el mando en esa materia es de competencia exclusiva del Procurador.

I.9 Indivisibilidad.

Esto es nota saliente en las funciones del Ministerio Público, por que quienes actúan no lo hacen a nombre propio, sino representándolo; de tal manera que, aun cuando varios de sus agentes intervengan en un asunto determinado, éstos representan en sus diversos actos a una sola Institución y el hecho de separar a la persona física de la función específica que le está encomendada, no afectan ni menoscaba lo actuado.

I.10 Independencia.

La independencia del Ministerio Público es en cuanto a la jurisdicción, porque si bien es cierto, sus integrantes reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los órganos jurisdiccionales. 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 corresponde al Ejecutivo, depende del mismo, no pudiendo tener injerencia ninguno de los otros en su actuación.

I.11 Irrecusabilidad.

"El fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad del Ministerio Público, radica en los artículos 12 y 14 de las Leyes de la Procuraduría General de la República y Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal". (13)

Ambos ordenamientos señalan que el Ministerio Público, "cuando exista alguna de las causas de impedimentos que la ley señala para las excusas de los magistrados y jueces federales, deberán excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan", situación en la que se confiere al Presidente de la República la facultad de calificar la excusa del Procurador General y éste la de los funcionarios del Ministerio Público Federal.

I.12 Buena fe.

En esto último es donde advertimos que el Ministerio representa los intereses de la Sociedad, tanto por lo que hace a la persona del ofendido, como por la que se refiere al mismo indiciado, cuando éste resulta ser inocente, motivando durante el proceso que el órgano mencionado se desista de la acción penal o

(13) COLIN SANCHEZ, Guillermo. *op. cit.* p. 121

formule conclusiones inacusatorias según sea el caso, razón por la cual el Ministerio Público debe actuar bajo el rubro de la buena fe.

La Representación Social, es en la actualidad por desgracia una frase demagógica que ha sido reiteradamente empleada en mérito de intereses políticos aunque por otra parte se ha advertido una tendencia moralizadora a la sociedad tanto en el ámbito penal, como en materia civil, tratándose de incapaces o menores primordialmente.

I.13 Principios que rigen su actividad.

Para que la Institución del Ministerio Público pueda cumplir fielmente con su cometido es imprescindible que observe determinados principios que le son inherentes como es la unidad, la iniciación, la oficiosidad y la legalidad, tales principios los explico a continuación.

I.14 De unidad.

El Ministerio Público constituye una unidad en el sentido de que todas las personas físicas que componen la Institución se consideran como miembros de un solo cuerpo, bajo una sola dirección.

I.15 De iniciación.

La iniciación de la investigación, está regida por lo que bien podría llamarse principio de requisitos de iniciación, en cuanto no se deja a la iniciativa del órgano investigador el comienzo de la misma investigación, sino que para dicho

comienzo, se necesita la reunión de requisitos fijados en la Ley; oportunamente se estudiará con detalle este punto.

I.16 De oficiosidad.

La actividad investigadora está regida por el principio de la oficiosidad. Para la búsqueda de pruebas, hecha por el órgano encargado de la investigación, no se necesita la solicitud de parte, inclusive en los delitos que se persiguen por querrela necesaria. Iniciada la investigación, el órgano investigador, oficiosamente, lleva a cabo la búsqueda que hemos mencionado.

I.17 De Legalidad.

La investigación está sometida al principio de la legalidad. Si bien es cierto que el órgano investigador de oficio practica su averiguación, también lo es que no queda a su arbitrio la forma de llevar a cabo la misma investigación.

En resumen, el espíritu del legislador se revela en el sentido de que, llenados los requisitos para que se inicie la investigación, ésta siempre debe llevarse a cabo aún en los casos en que el órgano investigador estime inoportuno hacerla, sujetándola a los preceptos fijados en la Ley.

I.18 El Ministerio Público como titular de la acción penal.

En nuestro sistema, conforme al artículo 21 de nuestro Código Fundamental, el ejercicio de la acción penal se le encomienda a un órgano del Estado denominado Ministerio Público.

En efecto, así lo establece el principio de la oficialidad, que consiste en que el ejercicio de la acción penal debe darse siempre a un órgano del Estado. De la misma forma actúa el principio de la publicidad, ya que al cometerse un delito, se lesiona con ello a la sociedad y, por ende, al interés público, razón por la cual debe ser un órgano del Estado el encargado de velar por los intereses de ésta, reprimiendo el delito a través de un órgano instituido para tal efecto, que, como ya hablamos dicho, es el Ministerio Público. "Bajo la vigencia de la Constitución de 1857, la investigación de los delitos correspondía exclusivamente a los jueces, quienes ejercían funciones de policía judicial. Y por cuanto al Ministerio Público, éste estaba impedido para practicar investigaciones por sí mismo y no tenía otra función más que la de poner en manos del juez competente las averiguaciones que hubiere recibido, y en el caso de que practicara diligencias por falta del agente de la policía judicial, estaba obligado a remitirlas al juez competente, dentro de las 36 horas de haberlas realizado". (14)

Cuando el detenido era puesto a disposición del Juez, él mismo o sus agentes compellan a los reos a declarar en su contra, inclusive, aplicándoseles tormento.

En los debates del Congreso Constituyente de 1856-1857, no prosperó la idea de instituir la figura del Ministerio Público. De este modo, se permitía al ofendido por el delito acudir directamente a los tribunales, ya que se consideró que el particular ofendido por el delito no debía ser sustituido por ninguna otra institución, además de que, con el Ministerio Público independizado del órgano

(14) CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel. El Monopolio del Ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México. 2a. edición. UNAM. México.

1994. p. 45

jurisdiccional, retardaría la acción de la justicia, pues se tendría que esperar a que dicho órgano ejercitara la acción penal.

No fue hasta la Constitución de 1917 cuando se implantó de manera definitiva el Ministerio Público con las funciones de persecución e investigación del delito, teniendo bajo su autoridad y mando inmediato a la policía judicial.

Así se privó a los particulares de su derecho de acudir a los tribunales, lo mismo que de su derecho público subjetivo de ejercitar la acción, pues ahora deberán hacerla valer ante el Representante Social, ante el único órgano legitimado para ello: el Ministerio Público.

Empero, al privar al particular de ese derecho, el Estado se comprometió a ejercerlo en su lugar, quien por ello resulta obligado a hacerlo y el particular debe estar facultado para que se cumpla ese derecho que se le ha quitado.

"El legislador, aparte de las razones expuestas en la parte relativa a los debates del Constituyente de 1916-1917, vió las desventajas de dejar en manos de un particular el ejercicio de la acción penal, quedando a su arbitrio el ejercicio o no, dejando de esa forma infinidad de delitos impunes, pues los tribunales estarían impedidos para actuar, sin el previo ejercicio de la acción; de este modo, el particular podría autocomponerse con el infractor, no habiendo así seguridad jurídica. Así, el Estado instituyó la figura del Ministerio Público como un órgano especializado y de buena fe, para que él, en Representación del individuo y de la sociedad, ejercitara la acción penal, velando de esta manera por el interés social que debe prevalecer siempre por encima del interés particular". (15)

(15) Ibidem. p. 46

Cabe hacer mención que la declaratoria de procedencia dispuesta en el artículo 111 constitucional, no se opone a la titularidad del Ministerio Público. Ya que se dispone que para proceder penalmente contra los servidores públicos que ahí se mencionan, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará, por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado, y si ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen en arreglo a la ley.

Esto quiere decir que quedará a disposición del Ministerio Público para que ejercite la acción penal ante el órgano jurisdiccional.

No obstante todo lo anterior, en el artículo 110 constitucional encontramos un caso de excepción tratándose del juicio político: La Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión, y conociendo de la acusación, la Cámara de Senadores erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente.

Asimismo y excluyendo este caso de excepción, en nuestro país el único legitimado para ejercer la acción penal es el Ministerio Público.

CAPITULO II

“LA AVERIGUACION PREVIA”

C A P I T U L O II

LA AVERIGUACION PREVIA

Como sabemos, la averiguación previa o fase preprocesal es el medio preparatorio a ejercicio de la acción. En esta fase, el Ministerio Público, como jefe de la policía judicial, recibe las denuncias o querellas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que estén determinados en la ley como delitos; practica las primeras diligencias, asegura los objetos o instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

A groso modo podemos decir que es así como se inicia la averiguación previa, pero para tener una mejor comprensión del tema a tratar, será oportuno exponer y explicar lo que los incisos siguientes nos marcan.

II.1 Objeto de la averiguación previa.

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

Respecto de la existencia legal de la averiguación previa en la forma legal como está estructurada en México, es decir, en manos del Ministerio Público, ésta ha dado lugar a dos posiciones diametralmente opuestas. Por un lado, tenemos a quienes han considerado, como nosotros, que se trata de un raro fenómeno con

carta de naturalización en el derecho procesal mexicano, conocido a partir de la legislación secundaria posterior a 1917.

Dentro de la primera postura que no acepta fundamentación constitucional para esta estructura de la averiguación previa, contamos con una de los procesalistas destacados en México: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

En contrapartida hay tratadistas de importancia, como Sergio García Ramírez, quien ha defendido en todos los órdenes a la averiguación previa, inclusive la ha justificado.

Independientemente de las bondades que pueda tener la averiguación previa, lo cierto es que está desarrollada en nuestro derecho secundario y que, por lo tanto, debe ser objeto de estudio.

“ El periodo de la averiguación previa ha recibido diversos nombres, y para ello se ha considerado su naturaleza jurídica, o las especiales concepciones de sus autores. Así, se le llama también Instrucción administrativa, García Ramírez; preparación de la acción, Rivera Silva; preproceso, González Bustamante; averiguación Fase A, (códigos poblano y yucateco); fase indagatoria, Briseño Sierra; procedimiento preparatorio gubernativo, Alcalá-Zamora. en otros lugares se le ha conocido también como indagación preliminar, o prevención policial”. (16)

Ahora bien, respecto al objeto de la averiguación previa, Eduardo Pallares señala lo siguiente: “En primer término, por averiguación previa debe entenderse el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público, para (16) BRISEÑO SIERRA, Humberto. Op. Cit. p. 321

reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesario para ejercitar la acción penal. Es una etapa procedimental (no del proceso) que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también fase preprocesal, que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal". (17)

En resumen, podemos decir que la averiguación previa puede ser considerada también como un procedimiento, que se desarrolla antes del proceso penal, con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción.

En esta etapa el Ministerio Público recibe las denuncias o querrelas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que estén determinados en la ley como delitos; practica las primeras diligencias, asegura los objetos o instrumentos de delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración y busca la posible responsabilidad penal de quien o quienes hubiesen intervenido en su comisión.

Dicho en otras palabras, el objeto de la averiguación previa consiste en investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.

II.2 Noción de la acción penal.

Como punto de partida iniciar este estudio podemos decir que la acción es la posibilidad o facultad de hacer alguna cosa; es decir, la manera de poner en

(17) PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. 7a. edición.

Porrúa. México. 1993. p. 39

marcha el ejercicio de un derecho. Está constituida por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para pedir alguna cosa en juicio.

Puede afirmarse, con Sabatini, que el concepto de acción "es uno de los temas más complicados de la teoría general del proceso, porque se le ha definido de diversas maneras en la doctrina y la definición resulta escabrosa". (18)

Efectivamente, precisar el concepto de la acción penal resulta en verdad controvertido; es un problema en el que aún no hay un criterio uniforme en la doctrina.

Examinando algunas definiciones de diversos autores, encontramos que, para Giuseppe Chiovenda, la acción es " el poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actuación de la voluntad de la ley". (19)

"Ernesto Beling precisa el derecho de la acción penal como la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante la declaración de un órgano público (Ministerio Público) o privado, según esta facultad sea conferida a dichos órganos privados exclusivamente (delito de acción privada) o en concurso con el órgano público (acción pública); es decir, mediante una oferta o proposición de actuar la voluntad de la ley aplicable al caso." (20)

(18) *Cit. por GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios Derecho Procesal Penal Mexicano. 15a. edición.*

(19) *Ibidem. p. 69*

(20) *Cit. por MACLEAN, Estenos. El proceso penal en el Derecho comparado. 10a. edición. Librería Jurídica. Argentina. 1989. p. 79*

Para Francesco Carnelutti, "la acción es un derecho al juicio y no un derecho al juicio favorable; un derecho al derecho independientemente de los resultados de la sentencia; viene a ser el derecho que tiene todo individuo para solicitar a la función jurisdiccional competente que inicie un proceso judicial en orden a declarar si tuvo o no derecho subjetivo material violado que reclamar; es decir, entiende a la acción como un derecho subjetivo procesal de las partes frente al juez, frente al titular del órgano jurisdiccional". (21)

Ugo Rocco nos dice que el derecho jurisdiccional del Estado al ciudadano no se presenta solamente como un derecho, sino que, como casi todos los derechos públicos subjetivos del Estado, aparece también como una obligación jurídica, esto es, como la obligación que compete al Estado de ejercer y prestar la jurisdicción civil, y define a la acción como: "Un derecho público subjetivo del ciudadano frente al Estado a la prestación de la actividad jurisdiccional, perteneciente a los derechos cívicos". (22)

Por su parte, Eugenio Florian, al hablar sobre el concepto de la acción penal, dice:

"Si contemplamos el organismo del proceso veremos manifestarse la exigencia de una actividad a incoar el proceso, a pedir la aplicación de la ley penal en cada caso concreto. Esta exigencia es la que hace surgir la acción penal, la cual se puede considerar como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal.

(21) *Ibidem.* p. 80

(22) *Cit. por CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel. Op. cit. p. 35*

Paralelamente, la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal domina y da carácter a todo el proceso; lo inicia y lo hacer avanzar hasta su meta (la sentencia). La acción penal es la energía que anima todo el proceso". (23)

Resumiendo lo anterior, puedo decir que la acción es un derecho; pero como su ejercicio tiende a la realización del derecho de penar, resulta al mismo tiempo un deber, por lo que parece más acertado considerarla como un poder jurídico. Ahora bien, el uso de ese poder pone invariablemente en movimiento al juez, quien no puede actuar si la acción penal no se ejercita ante él, y, por último, permite al mismo juez, aplicar en forma definitiva la ley al caso concreto de que se trate.

II.3 Preceptos que la regulan

Al igual que Florian y los autores que siguen la teoría moderna sobre la acción penal, consideramos que la acción es un derecho autónomo, distinto del derecho subjetivo que por medio de ella se hace valer, y que las teorías civilísticas no son aplicables con exactitud a la acción penal, pues ésta, más que un derecho, implica un deber para el órgano del Estado encargado de su ejercicio, cuando se han satisfecho los presupuestos legales, puesto que es uno de los medios con que el propio Estado cuenta para realizar su función de defensa social.

"El autor que venimos citando, concluye que la acción penal tiene carácter administrativo, pues aunque se dirija a la aplicación de la ley, no se manifiesta en ella ni en juicios obligatorios.

(23) Ibidem. p. 36

En efecto, agrega, aunque el Ministerio Público impulsa el proceso, la definición de la correcta relación jurídica de derecho penal objeto del mismo corresponde al juez; aunque el Ministerio Público emita juicios, dicte providencias (sobre el ejercicio o no de la acción penal según esté o no fundada, sobre la petición de juicio oral o del sobreseimiento, etc.), sus decisiones y providencias no resuelven nada y tiene, por así decir, carácter administrativo". (24)

II.4 Caracteres de la acción penal

"La acción penal tiene perfiles propios y bien definidos y como opina Juan José González Bustamante y Rivera Silva, tiene un origen en el delito mismo, ya que lo fundamental para su ejercicio es examinar si el hecho que se supone delictuoso contiene las características de tipicidad". (25) La acción penal es un poder-deber de obrar, completamente diferente del derecho subjetivo de castigar o exigencia punitiva y que no siempre tiende a la imposición de una pena, es aquí donde se aprecia la diferencia de ésta con la acción procesal penal, que no nace del delito y que se inicia cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional, con la finalidad de que declare el derecho en el caso concreto, extinguiéndose cuando cesen esas actividades, es decir, comienza la acción procesal penal con la consignación y termina con el acto realizado por el Ministerio Público que precede a la sentencia firme.

Ahora bien, si la acción penal nace del delito, la consecuencia principal que produce es la de ser el medio para el desarrollo de una relación de derecho

(24) FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. 4a. edición.

bosch. Barcelona, España. 1980. p. 74

(25) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. Cit. p. 181

penal que se traduce en la aplicación de sanciones privativas de la libertad o pecuniarias o en la imposición de medidas de seguridad. Visto lo anterior, concluimos diciendo que la naturaleza jurídica de esta relación es pública por estar excluida del ámbito privado y por consecuencia la es también la de la acción penal.

En cuanto a las características de la misma decimos que en virtud de que no es un derecho sino una obligación, su ejercicio para los órganos del Estado cuando se encuentran satisfechos los requisitos legales para que sea promovida, tenemos que su primer característica es la de ser pública porque persigue la aplicación de la ley penal frente al sujeto a quien se imputa el delito. Lo es también por el fin que persigue y por no estar regida por criterios de conveniencia o de disposición, ni aún siquiera en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en los que directamente el ofendido tiene cierta intervención sin que por ello se modifique el contenido de la acción, ya que sólo está condicionada a un requisito de procedibilidad.

Como segunda característica tenemos que la acción penal es única y envuelve en su conjunto a los delitos que se hubiesen cometido.

Entre los diversos autores de la materia existen quienes opinan lo contrario, sin embargo, consideramos no ser práctico el hecho de que hubiesen tantas acciones como delitos se cometan, porque los responsables de ellos, podrían en un momento dado sustraerse a su represión.

La acción penal es indivisible como tercer característica, puesto que comprende a todas las personas que en alguna forma hayan intervenido en la comisión u omisión de un hecho delictuoso. Por otra parte, cuando el ofendido, por

ejemplo en el delito de adulterio, se querrela sólo contra uno de los participantes, ésta se entiende contra todos los responsables, o contra los que en alguna forma participaron en la realización del delito y en el caso de que el ofendido otorgue el perdón a alguno de los responsables éste se entiende para todos y cada uno de los que hayan participado en el hecho delictuoso, extinguiéndose por tanto la acción penal.

Como cuarta característica de la acción penal, está la irrevocabilidad, es decir, que una vez que se consigna ante el órgano jurisdiccional al probable responsable de un delito, el órgano que ejercita a aquélla, no está facultado para desistirse como si fuera un derecho propio, si sucediera lo contrario se aceptaría el error de que el Ministerio Público se convirtiera en el árbitro del proceso, lo cual no es posible puesto que iniciado éste, sólo puede esperarse la sentencia; el principio anterior sólo es aceptado en los delitos que se persiguen por querrela de parte ofendida y no así en los perseguibles de oficio; en México nuestra legislación ha aceptado el principio de irrevocabilidad y por lo tanto ha sido desechada la idea, de que el ejercicio de la acción penal constituye un derecho; hay quien ha querido ver en el desistimiento de la acción penal por conclusiones inacusatorias lo contrario de este principio, al respecto, Juan José González Bustamante opina "que el órgano de acusación, no formula conclusiones acusatorias al término de la instrucción, porque las pruebas obtenidas no han sido suficientes para poder sostener categóricamente que una persona determinada es responsable del delito que se le imputa. La irrevocabilidad dice, debemos entenderla en el sentido de que, deducida la acción ante el órgano jurisdiccional, no se le puede poner fin de una manera arbitraria; y concluye diciendo el desistimiento de la acción penal, mina la base en que sustenta el objeto del proceso, y en estricto derecho, debe rechazarsele" (26)

(26) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. Cit. p. 189

La acción penal como intrascendente significa que está limitada a la persona responsable del delito y que no debe alcanzar a sus parientes o allegados; en la legislación mexicana se considera a la reparación del daño como parte integrante de la pena y debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción, aún cuando no la demande el ofendido, y si éste la renuncia, el Estado la hará efectiva en los bienes del responsable aún cuando hubiere fallecido; otra excepción resulta con las personas morales cuando el delito hubiese sido cometido bajo su representación o que ésta hubiere proporcionado los medios para delinquir, si el órgano jurisdiccional considera que es nociva ésta para el bienestar social puede reclamarse la suspensión o su disolución en los casos previstos por la ley. Como el juez no puede imponer una sanción que no le haya sido expresamente pedida por órgano de la acusación, es notorio que la disolución de la sociedad, forma parte integrante del contenido de la acción penal.

II.5 La acción penal y la pretensión punitiva

La doctrina ha distinguido entre acción penal y pretensión punitiva. Esta, según Massari, "es la expresión subjetiva de la norma penal y el derecho subjetivo a su aplicación, cuando se verifica la violación del precepto y como tal pertenece, por lo mismo, al derecho sustantivo o material. Ella es, en otras palabras, el derecho del Estado al castigo al reo, previo un juicio de responsabilidad en el que demuestran los fundamentos de la acusación y se desprenda, en consecuencia, la obligación que tiene el imputado de sufrir la pena. En cambio, la acción penal es la invocación al juez para que acepte los fundamentos de la acusación e imponga, en consecuencia, la pena. Ella es, en suma, una actividad procesal que tiende a la instauración del proceso y a la actuación de la ley penal". (27)

(27) Cit. por FRANCO SODI, Carlos, El procedimiento penal mexicano. Op. Cit.p.30

"Florian considera inútil y equívoco el concepto acerca de la "pretensión punitiva", entendida ésta como un momento intermedio entre el derecho abstracto de castigar del Estado y el concreto, que resulta declarado en la sentencia, es decir, el derecho subjetivo de castigar en potencia, que se dirige contra determinada persona para obtener la condena". (28) Entendiendo el concepto a la manera de Eduardo Massari, "lo considera exacto, y en realidad consideramos que así es, dado que la acción penal no nace directamente con el delito, es decir, con la violación a la norma penal, sino que, con ella, se origina primero la pretensión punitiva o sea el derecho subjetivo del Estado de castigar al probable responsable, el cual se hace valer a través del proceso penal, por medio de la acción penal, para que el juez, en la sentencia, declare en concreto el derecho al castigo del acusado, ya que como afirma Manzini, el poder punitivo del Estado, derivado de la violación de una norma jurídica penal, no puede ejercerse sin una comprobación y una declaración judiciales que consientan el castigo en el caso concreto, porque el derecho penal no es un derecho de coerción directa como lo es el poder judicial, sino de coerción indirecta o de justicia".(29)

En nuestro concepto, creemos que cometido el hecho que se presume delictuoso, nace para el Estado el derecho subjetivo de castigar al responsable, el cual se hace valer por medio de la acción penal en el proceso con el objeto de que declarada la verdad material, se imponga al responsable, en su caso, una pena o una medida de seguridad, para que readaptado, reingrese al seno de la sociedad y quede restituido el orden jurídico quebrantado y satisfecho el daño ocasionado.

(28) FLORIAN, Eugenio. *Op. Cit.* p. 176

(29) Cit. por MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. T. I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Harla. Santiago de Chile. 1980. p. 12

Pero la ley penal material tiene que aplicarse a través de los órganos correspondientes, cumpliendo los requisitos legales previamente establecidos por medio del proceso penal, con el fin de que la libertad individual quede ampliamente garantizada.

Por otra parte, se ha considerado útil la distinción entre acción penal y pretensión punitiva, porque aclara ciertas situaciones que se dan dentro del proceso y que, sin la noción de esta última, serían difíciles de explicar. Por ejemplo, cuando el Ministerio Público ejercita acción penal y pone en movimiento al órgano jurisdiccional quien, a la postre, encuentra que el delito que se decía cometido, no existió; si se aceptase que aquélla nace con el delito ¿Cómo pudo hacerse valer algo que no ha existido? En cambio, esta situación se explica diciendo que lo que no existió en este caso fué la pretensión punitiva, porque ésta pertenece al derecho penal material y su titular es el Estado, en tanto que la acción penal tiene naturaleza procesal como facultad siempre existente de ocurrir al juez y su titular es el Ministerio Público.

II.6 Contenido de la averiguación previa

Para que la acción penal tenga eficacia jurídica, se desarrolle y cumpla sus fines dentro del proceso penal, son necesarios dos actos; el ejercicio de ella por el Representante Social ante el tribunal respectivo y la correspondencia a ese ejercicio por parte de la jurisdicción penal, para que se de esa conjunción jurídica de la que nace el proceso penal, es menester que la acción penal que se ejercita sea justificada y, para ello, el Ministerio Público debe preparar debidamente tal ejercicio, satisfaciendo previamente los requisitos mínimos legales o presupuestos generales como Florián los llama, y que, en el concepto de este autor, son

esencialmente dos: "que se haya cometido un delito y que se señale a alguien como autor o presunto autor o participe del mismo". (30)

Según el doctor González Bustamante los "presupuestos generales que el Ministerio Público debe satisfacer en nuestro sistema procesal, de acuerdo con el artículo 16 Constitucional, consisten:

a) *En la existencia de un hecho u omisión que defina la ley penal como delito, debiendo entenderse que el delito imputado parte de un supuesto lógico;*

b) *Que el hecho se atribuya a una persona física, ya que no se puede juzgar ni enjuiciar a una persona moral;*

c) *Que el hecho u omisión llegue al conocimiento de la autoridad por medio de la querrela o de la denuncia;*

d) *Que el delito imputado merezca sanción corporal y,*

e) *Que la afirmación del querellante o del denunciante esté apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpado".(31)*

Como podemos observar, el contenido que toda averiguación previa debe

(30) FLORIAN, Eugenio. Op. Cit. p. 193

(31) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. Cit. p. 42

tener son los arriba mencionados y lógicamente que se cumpla con los preceptos constitucionales.

II.7 Recpción de denuncias y querellas

Los medios constitucionalmente justificados para que la autoridad investigadora pueda iniciar la averiguación de un hecho que se presume delictuoso, son la denuncia y la querella.

La denuncia es "el medio, obligatorio para toda persona, de poner en conocimiento de la autoridad competente la existencia de los delitos de que sepa y sean perseguibles de oficio; en tanto la querella es el medio legal que tiene el ofendido para poner en conocimiento de la autoridad los delitos de que ha sido víctima y sólo pueden perseguirse con su voluntad y, además, dar a conocer su deseo de que se persigan". (32)

Nosotros consideramos que la denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente. No entraña, como la querella, la expresión de la voluntad de que se persiga el delito. Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio y es ineficaz en la de los que se persiguen a instancia del legitimado para querellarse (delitos privado), toda vez que en México, priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querella es siempre requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve

(32) FLORIAN, Eugenio. *Op. Cit.* p. 29

adelante la persecución procesal en la cual predomina el interés privado sobre el público.

"El Lic. Manuel Rivera Silva rechaza la idea de que la presentación de la denuncia en delitos perseguibles de oficio, sea un hecho obligatorio en lo absoluto y sólo lo considera parcialmente obligatorio, atento el contenido del artículo 400 del Código Penal que fija sanción para el que 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, y para el que requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes, se debe concluir que únicamente en estos tres casos (de delitos que se van a cometer, de delitos que se están cometiendo y cuando se es requerido por las autoridades), existe obligación de presentar la denuncia"(33)

Por otra parte, es cierto que los artículos 1167 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, hacen obligatoria la denuncia de los delitos, pero no existe sanción especialmente establecida para quien contravenga esta disposición. Tal parece que el Legislador tuvo en cuenta los delitos que se van a cometer (lo que encierra un idea de futuro) y los que se están cometiendo (lo que da idea de presente), pero olvidó los hechos delictuosos que ya se realizaron, cuya denuncia debe ser también obligatoria y, en la práctica, constituye el caso más general.

Nuestra legislación penal distingue entre delitos perseguibles de oficio y delitos perseguibles por querrela necesaria.

(33) RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal. 15a. edición. Porrúa. México. 1993. p. 78

Para proceder a investigar los primeros, basta con la denuncia, que puede hacer cualquier persona y que contiene una exposición objetiva de los hechos considerados delictivos; en tanto que, para los segundos, se hace necesaria la querrela, que debe presentar el ofendido o su legítimo representante, la cual además de la exposición objetiva de los hechos, debe contener una declaración expresa de voluntad de éste, pidiendo que se persiga el delito y se castigue al responsable.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece en la fracción V del artículo 21, la atribución del Ministerio Público Federal de "perseguir los delitos del orden federal", tal persecución comprende de acuerdo a la fracción I del artículo 7º del propio ordenamiento. "En la averiguación previa, la recepción de denuncias y querellas, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 Constitucional, y la práctica de todos los actos conducentes a la comprobación del cuerpo del delito y a la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado como elementos que fundan el ejercicio de la acción penal...."

El artículo 2º del Código Federal de Procedimientos Penales dispone igualmente que: "dentro del periodo de averiguación previa, la Policía Judicial Federal deberá, en ejercicio de sus facultades: 1.- Recibir las denuncias de los particulares o de cualquiera otra autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos de orden federal"

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su artículo 2º fracción I, señala la atribución del Ministerio Público de "perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal", tal atribución de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3º del propio ordenamiento le corresponde en la averiguación previa al Representante Social

"recibir denuncias, acusaciones o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito".

II.8 Integración del tipo penal y probable responsabilidad.

Antes de emitir nuestro punto de vista, veamos como ha evolucionado el concepto en el medio mexicano.

El Código de Procedimientos Penales de 1894 indicaba: "Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por éste en su artículo 9º (artículo 104).

El artículo 9º del Código Penal de 1871, establecía lo siguiente: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo; a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito".

Los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban el delito con el cuerpo del delito. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretendiendo aclarar la confusión, sentó jurisprudencia, declarando que: por cuerpo del delito debe entenderse "el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo".

El Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal, siguiendo el criterio de la Suprema Corte, establece: "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, recogidos si fuere posible" (artículo 94).

En reciente reforma al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se rectificó el ancestral error que había venido privando en torno a que el cuerpo de los delitos que no tuviera señalada prueba especial se justifica con la comprobación de los elementos materiales. El texto actual del precepto en cuestión dice a la letra: "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 delictivo, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código".

De igual manera se llevó a cabo la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 168, cuyo texto es idéntico al antes transcrito.

Es loable que al referirse la legislación a tema tan importante haya llevado a cabo una rectificación que, sin duda alguna, facilita el mejor entendimiento del concepto tipo penal, independientemente de que aún con la reforma sigan existiendo las llamadas "reglas especiales" que, como más adelante veremos, crean un casuismo además de aterrador, innecesario.

Del contenido de ambos preceptos, desprendemos con claridad que el tipo penal son los elementos integrantes de la conducta o hecho delictivo; en consecuencia, para ese fin será necesario determinar si está comprobado el injusto punible, lo cual corresponderá a lo objetivo, subjetivo y normativo, de acuerdo con

la descripción legal de cada tipo de los previstos por el legislador en el Código Penal u otras leyes.

De lo expuesto concluimos que el tipo penal puede tener como contenido, según el caso:

- a) Lo meramente objetivo;*
- b) Lo objetivo y normativo;*
- c) Lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo;*
- d) Lo objetivo y subjetivo.*

En consecuencia, el tipo penal se da cuando hay tipicidad según el contenido de cada tipo; de tal manera que el tipo penal corresponderá, atendiendo a la situación concreta a lo objetivo; a lo subjetivo normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien, a lo objetivo y subjetivo. "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, subjetivo), y por último, en el delito de atentados al pudor (objetivo y subjetivo)". (34)

En resumen, se puede afirmar que el tipo penal 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, o sea: "el total delito" (robo, abuso de confianza, fraude, allanamiento de morada, etcétera.)

Tomando en cuenta que la legislación mexicana se refiere a integración y comprobación del tipo penal, es importante hacer notar que con ello, alude a dos
(34) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. p. 289

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 comprobación del tipo penal implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.

CAPITULO III

***“EL NO EJERCICIO DE
LA ACCION PENAL”***

C A P I T U L O III

EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

Tomando en cuenta el fin y el objeto de la acción penal, la doctrina le atribuye un carácter público; además, como la ejercita un órgano del Estado, Ministerio Público, y se sirve de la misma para la realización de la pretensión punitiva, se dice que es obligatorio su ejercicio; no debe quedar a su arbitrio, pues si se cometió el delito, será ineludible provocar la jurisdicción para que sea el órgano de ésta quien defina la situación jurídica, porque al Ministerio Público sólo se le encomienda su ejercicio, y al no hacerlo, rebasa sus funciones.

Nosotros consideramos el problema en forma contraria, la acción penal es obligatoria, siempre y cuando haya razones fundadas para suponer que una persona es responsable de un delito (artículo 16 Constitucional); por eso es constante y a nadie extraña, que el Ministerio Público mande archivar el expediente formado en una averiguación sin consignar el caso a un juez, cuando no encuentra méritos para hacerlo; con ello no hace "declaración del derecho", simplemente se abstiene de perseguir a una persona en contra de quien no existe méritos suficientes. Pues bien, lo mismo debe pensarse cuando de las diligencias practicadas aparecen satisfechos, por ejemplo, los requisitos de una legítima defensa: un maleante o varios, se introducen a un domicilio ajeno, de noche, o se presentan en un comercio, ante testigo, hacen violencia para obtener la entrega de bienes, el secuestro de una persona, al desahogo de pasiones sexuales, etcétera y el agredido, incluso a veces después de ser golpeado, hace uso de armas para defender su derecho y lesiona o priva de la vida al o a los agresores; si al Ministerio Público se lo demuestran así todas las pruebas y sabe que de lo investigado no se desprenden elementos para

considerar al sujeto autor de un delito, ¿será racional que le consigne y pida absurdamente su detención, la formal prisión, etcétera, por el tabú primitivo de que no se debe declarar el derecho?

III.1 Concepto y naturaleza jurídica del no ejercicio de la acción penal

Antes de dar un concepto y hablar sobre la naturaleza jurídica del no ejercicio de la acción penal, es oportuno señalar que las investigaciones practicadas por el Ministerio Público lo pueden llevar a las siguientes situaciones.

1.- Cuando con las diligencias practicadas no se comprueba la existencia de un delito o la responsabilidad de un sujeto, pero quedan por practicarse algunas diligencias, y

2.- Cuando habiéndose practicado todas las diligencias que solicita la averiguación, no se comprueba la existencia de un delito o la responsabilidad de un sujeto.

Primero. En este aspecto hemos indicado que no se han practicado todas las diligencias. Para la clara inteligencia del mismo, cabe fijar por que no se ha practicado, encontrándose que puede ser por una situación de hecho o por una dificultad material para practicarlas. Cuando se tropieza con una situación de hecho, la sana lógica indica que se desahoguen las diligencias pendientes, debiéndose señalar que en materia federal, las investigaciones las practica el Ministerio Público debido a que el artículo 134 del Código Procesal respectivo ordena que la consignación se haga hasta que se reúnan los requisitos del artículo

16 Constitucional, sin señalar el caso especial en que se consigna para perfeccionar la averiguación.

En el orden común, por los términos del artículo 4 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, las diligencias las puede practicar el Ministerio Público o solicitar que las practique la autoridad judicial. La intervención de la autoridad judicial en la preparación de la acción procesal (en la reunión de los elementos necesarios para poder excitar al órgano jurisdiccional) ha sido, con justa razón acremente censurada, afirmándose que el órgano que dicta el Derecho, no debe intervenir en una función que propiamente no tiene tal esencia. Con acierto, Carlos Franco Sodi, al comentar el artículo 4º en sus comentarios al Código de Procedimientos Penales, expresa: "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 respetabilidad convirtiéndolos en amanuenses de una autoridad administrativa, contraría 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 tomo I del 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 de Ministerio Público". (35)

Cuando las diligencias no se han practicado por una dificultad material que impide la practica de las mismas, por el momento se dicta resolución de reserva

(35) FRANCO SODI, Carlos. Comentarios al Código de Procedimientos Penales.

6a. Edición. Porrúa, México. 1993. P. 112

ordenándose a la policía realice las investigaciones tendientes a esclarecer los hechos (artículos 131 del Código Federal de Procedimientos Penales y 18, Frac. III de la Ley de la Procuraduría General de la República). En materia federal, cuando la dificultad es insalvable, revelándose ésta en la posibilidad de la prueba, el artículo 137 fracción II de la Ley adjetiva correspondiente ordena el no ejercicio de la acción penal.

Segundo. 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 haga 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 jurisdiccional para que hiciera la declaratoria, el trabajo se multiplicaría en los tribunales, entorpeciendo la rápida administración de justicia. A lo expuesto se objeta que si por economía y comodidad justificable no se deben consignar los asuntos en los que no se acredita el delito, nunca la resolución de archivo debía surtir efectos definitivos, pues posteriormente se puede tener conocimiento de pruebas que lo demuestren.

A esto cabe manifestar, en primer lugar, que la resolución de archivo se dicta cuando se han agotado todas las diligencias, y en segundo lugar, que el dejar abiertas las averiguaciones en forma indefinida, riñe con los principios generales del derecho, que buscan siempre la determinación de situaciones firmes y no

Indecisas, debiéndose recordar que el instituto de la prescripción precisamente se alimenta en esta idea.

Podemos decir que la naturaleza jurídica del no ejercicio de la acción penal es netamente proteccionista del inculpado y sobre todo tiende a cumplir con los requisitos de seguridad jurídica que establece nuestra Constitución.

III.2 Presupuestos para la determinación del no ejercicio de la acción penal

En el supuesto de que a criterio del Ministerio Público Federal Dictaminador o Ministerio Público Federal Supervisor, deba autorizarse la consulta de no ejercicio de la acción penal, deberá formular su dictamen en ese sentido, mismo que contendrá relación de hechos, motivación y fundamentación, y lo someterá a consideración de sus superiores para su confirmación, modificación o revocación.

Concluido el trámite anterior y si éste fué confirmado, previo visto bueno del Jefe de la Unidad de Legislación y dictámenes, se enviará el expediente conjuntamente con el dictámen al Coordinador General Jurídico para su conocimiento y aprobación, quien de considerarlo adecuado lo enviará al Subprocurador de Averiguaciones Previas por lo que hace al Sector Central y al Delegado Estatal o Metropolitano que corresponda, en el Sector Desconcentrado, para la autorización final del archivo definitivo.

De lo anteriormente expuesto podemos decir que el Ministerio Público deberá formular un proyecto denominado de "acuerdo" de no ejercicio de la acción

penal, donde explicará que no encontró elementos suficientes para su ejercicio en consideración de que no se encontraban satisfechos los requisitos de "x" o "z" artículo o ley para su ejercicio.

III.3 Procedimiento para la consulta del no ejercicio de la acción penal.

En nuestro país, desde la vigencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, el Ministerio Público es el único órgano del Estado, salvo el caso que interviene la Cámara de Diputados, encargado del ejercicio de la acción penal.

Guillermo Colin Sánchez define al Ministerio Público como "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". (36)

En este sentido, se consagra y se hace evidente principio del monopolio de la acción penal por el Estado, perteneciéndole a éste el derecho al castigo de los delincuentes y delegando el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, quien vigilará el estricto cumplimiento de la ley.

De manera que existiendo una dependencia jerárquica del Ministerio Público hacia el Poder Ejecutivo, no existe ninguna dependencia funcional de la Institución hacia el Ejecutivo o algún otro Poder Estatal; ya que éste, es autónomo

(36) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.

Op. Cit. P. 314

en sus funciones, no estando limitado por ningún poder, sino tan sólo por las leyes.

A este respecto, la Institución del Ministerio Público tiene su fundamento en los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 21 Constitucional dice: "...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 artículo 102 Constitucional ordena: "La ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva, debiendo estar presididos por un Procurador General, el que deberá tener las mismas calidades requeridas para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia.

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine".

Así, analizando y comparando los artículos 21 y 102 Constitucionales, podemos decir que la actuación del Ministerio Público, tanto del fuero común como

del fuero federal, tiende fundamentalmente a preservar a la sociedad del delito, a través de la persecución que del mismo realiza este Representante Social.

No se habla de propiedad ni de exclusividad, tan sólo se establece que incumbe facultad persecutoria al Ministerio Público, sea común o federal, señalándole un determinado campo funcional a la Institución.

En relación al Ministerio Público Federal, tiene asignada la facultad de perseguir los delitos del orden federal, tomando como base para tal efecto o que nos señala el artículo 51 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y que a la letra dice:

"Artículo 51. Los jueces de Distrito en materia penal conocerán:

1.- De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados;

b) Los señalados en los artículos 2º y 5º del Código Penal;

c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;

d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;

- e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo;*
- f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;*
- g) Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;*
- h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;*
- i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;*
- j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación;*
- k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal."*

De lo visto anteriormente podemos establecer que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos instituye al Ministerio Público Federal y le precisa la atribución del ejercicio de la acción penal en los delitos del orden federal; sin

embargo, al ser ésta una facultad en amplio sentido, también lo faculta para que cuando no se encuentren reunidos los requisitos legales señalados por el mismo ordenamiento invocado determine la consulta de no ejercicio de la acción penal.

Asimismo, la abundante legislación secundaria le da fuerza jurídica a esta determinación, tal es el caso del Código Federal de Procedimientos Penales vigente, el cual prescribe que la resolución de archivo que dicte el Ministerio Público Federal durante la etapa de la averiguación previa, en los casos a que se refiere el artículo 137, producirá el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que la motiven.

III.4 Órgano encargado de determinar la consulta de no ejercicio de la acción penal.

Por los renglones anteriores se podrá haber notado que la resolución de archivo surte efectos definitivos, por lo que archivada una averiguación, no puede ser puesta ulteriormente en movimiento. Antiguamente en materia del orden común se concedía el recurso de revisión ante el Procurador, en virtud de que la resolución de archivo no era dictada por éste, pero en la actualidad, dados los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, procede aseverar que el recurso es imposible que tenga vigencia, debido a que son los Subprocuradores, con funciones delegadas del Procurador, los que pueden resolver sobre el no ejercicio de la acción penal. Es decir, actúan como si fuera el Procurador el autor de la resolución y contra estas determinaciones no hay recurso alguno. Debe señalarse como dato curioso, que en lo general, la delegación de funciones parte de aquellas que se poseen, y en el artículo 18 inciso XIII de la Ley Orgánica invocada, el Procurador tiene facultades para desistirse de la acción

penal y para la formulación de conclusiones no acusatorias, mas no para resolver el no ejercicio de la acción penal. Es decir, la ley consagra una delegación de algo que no se posee, incurriendo, por ellos, en cierta falta de técnica. Debe también tenerse presente el artículo 27 inciso II de la propia Ley, en la cual se otorgan facultades a la Dirección General de Averiguaciones Previas para resolver sobre el no ejercicio de la acción penal, más ésta determinación debe ser sometida a la consideración del Procurador (de los Subprocuradores por la ya indicado) lo que equivale a estimar la resolución de archivo, como definitiva, en tanto no existe recurso contra ella. En materia federal tampoco puede existir recurso contra el auto de archivo, porque la fracción IX del artículo 2º de la Ley de la Procuraduría General de la República, establece como facultad del Procurador el resolver en definitiva sobre el no ejercicio de la acción penal, oyendo previamente el parecer de los Agentes Auxiliares del Departamento de Control de Procesos y Consulta en el Ejercicio de la Acción Penal y del Subprocurador que corresponda (consultar también los artículos 16, frac. 101 y 43, frac. 1).

III.5 Funcionarios autorizados para resolver en definitiva el no ejercicio de la acción penal.

Por implícito mandato del propio artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República se establece que: "Los servidores públicos sustitutos del Procurador auxiliarán a éste en el despacho de las funciones que la presente ley le encomiende. Por delegación que haga el titular, tanto los servidores públicos sustitutos del Procurador, como los que expresamente faculte el Reglamento, resolverán los casos en que se consulte el no ejercicio de la acción penal y la formulación de conclusiones no acusatorias, así como las consultas que el Ministerio Público Federal formule a las prevenciones que la autoridad judicial

acuerde, en los términos que la ley prevenga, respecto a la omisión, de formular conclusiones en el término legal, a propósito de conclusiones presentadas en proceso penal o de actos cuya consecuencia sea el sobreseimiento del proceso o la libertad absoluta del inculpado antes de que se pronuncie sentencia”.

En este sentido el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y los diversos acuerdos emitidos por el Procurador, establecen que tanto el Subprocurador de Averiguaciones Previas, como los Delegados Estatales o Metropolitanos desempeñarán las funciones y comisiones que el titular de la Institución expresamente les delegue y encomiende, por lo que están facultados para autorizar en definitiva, bajo su más estricta responsabilidad, previo dictamen de los agentes del Ministerio Público Federal auxiliares del C. Procurador, los casos de no ejercicio de la acción penal, cada uno bajo su esfera de competencia territorial .

III.6 Postura del sujeto pasivo frente a la resolución de no ejercicio de la acción penal

Analizando esta posición, podemos decir que el denunciante, querellante u ofendido tienen el derecho, una vez que se les ha notificado el proyecto de acuerdo del ejercicio de la acción penal y dentro del término establecido por la ley, de presentar por escrito, si así lo creen conveniente, las observaciones pertinentes al Ministerio Público Federal, para que éste las valore. Si con las observaciones presentadas, desvirtúan la determinación de este Representante Social Federal, dicho proyecto quedará sin efectos y se continuará con la integración de la averiguación previa. De igual manera, podrán exigirle que practique todas las

diligencias necesarias, tendientes a demostrar la existencia del hecho o conducta punible.

En la práctica cotidiana, el único sistema de control que existe en contra de las providencias dictadas por el agente del Ministerio Público Federal declarando no haber elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal, es el interno y oficial; esto es, no promovible mediante instancia por el particular interesado.

En este sentido, se faculta al denunciante, querellante u ofendido, para que, cuando el agente del Ministerio Público Federal que conoce de una averiguación previa, se niega a proceder con el ejercicio de la acción penal, ocurra dentro de los días siguientes al que hubiere sido notificada la resolución al Procurador General de la República, con el objeto de que revise el acto de éste, y quien oyendo el parecer de sus agentes auxiliares decidirá, bajo su más estricta responsabilidad, si se confirma, revoca modifica la resolución recurrida.

Sin embargo, si el Procurador General de la República confirmara el mandamiento denegativo, sólo es procedente el juicio de responsabilidad.

CAPITULO IV

***“EL OFENDIDO Y LA
REPARACION DEL DAÑO”***

C A P I T U L O I V

EL OFENDIDO Y LA REPARACION DEL DAÑO

El ofendido o víctima puede ejercer una influencia determinante sobre el inicio del proceso penal, sobre su desarrollo y sobre el resultado final del mismo.

En primer lugar, es primordial el papel del ofendido al denunciar el delito, pues si no hay queja, en los casos de querrela necesaria, la autoridad no puede proceder, a pesar de haberse enterado de los hechos.

En los casos de delitos que se persiguen de oficio, el papel del ofendido o de otros denunciante es fundamental, pues la gran mayoría de las investigaciones policíacas se inician gracias a un aviso de la ciudadanía.

Es muy raro el caso en que la policía actúa de motu proprio, por lo general esto se debe al exceso de trabajo, en las grandes ciudades apenas logra atender las llamadas más importantes.

Al realizar la denuncia, se sufren una serie de contratiempos que, en buena cantidad de casos, ahuyentarían a la víctima; por ejemplo el tiempo perdido, o los requisitos burocráticos, en ocasiones totalmente absurdos (testigos de preexistencia y falta posterior, notas, facturas, copias fotostáticas, etcétera).

Por esto la víctima es un importante agente informal del control del crimen, no solamente en su decisión de denunciar, sino en su persistencia para

lograr que la denuncia siga su curso. Es por ello que en el siguiente inciso nos referimos al ofendido y la reposición del daño.

IV.1 El ofendido o víctima del delito.

En los tratos de Derecho Penal, en la parte general, se estudia a la víctima, en cuanto sujeto pasivo, en forma por demás superflua; según parece lo verdaderamente importante para la dogmática penal es la teoría del delito, y dentro de ésta, ha tomado relevancia especial la teoría del tipo.

"Algunos autores consideran al sujeto pasivo como un simple elemento del tipo, otros ni siquiera lo mencionan; en los tratados de parte general escasamente lo encontramos, y va a ser en las parte especial, y en algunos delitos, cuando se va a ser referencia al mismo." (37)

El Derecho Penal regula la conducta humana en un contexto social, protegiendo bienes particulares importantes para la convivencia social y para ello ataca determinadas conductas denominándolas delitos.

La ley, al regular los delitos, pone particular énfasis en el realizador de las conductas prohibidas, y en la conducta misma, así como el resultado, es decir, las consecuencias que deberá sufrir el autor del delito.

La ley, por lo general, trata de eliminar a la víctima de la participación

(37) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología. 5a. edición Porrúa, México. 1994. p. 335

en el delito y de todo lo relacionado a éste, sin embargo, cada vez va aceptando más su participación en el hecho de delictivo.

En palabras de Von Henting "aunque la ley trate de excluir a la víctima de la participación en el delito y de lo a él inherente, ha reconocido a veces titubeando y de mala gana, su implicación. Las leyes de los países latinos han ido más lejos en este camino, probablemente porque su cólera está más próxima al punto de explosión". (38)

Este fenómeno ha llevado a la dogmática penal a desentender el problema; la dogmática debe aspirar, en cuanto ciencia, a construir sistemas eficaces, de claridad lógica y simple en sus tipos, pero esto no implica que deje de estudiar los nexos causales en las conductas, en relación con la actividad (o pasividad) de la víctima.

Goppinger señala que "La ciencia del Derecho afirma desde hace tiempo la existencia de determinadas relaciones entre delincuentes y víctimas, si bien éstas, en la configuración normativa del Derecho Penal sólo quedan reflejadas en algunas situaciones consideradas como particularmente apropiadas".(39)

Es verdad que en la construcción de algunos tipos delictivos la víctima desempeña un papel decisivo en la producción del hecho ilícito, pero en esto hay amplias variaciones según los diversos delitos y los diferentes códigos.

(38) *Ibidem.* p. 336.

(39) MENDOZA RIOS, Josefina. La menor delincuente. 3a. edición UNAM. México, 1993. p. 49

IV.2 Tratamiento que las diversas legislaciones del país han dado al ofendido por un delito.

Las funciones del ofendido en el proceso penal han sufrido cambios notables que responden a la evolución natural de las tendencias imperantes en el desenvolvimiento histórico procesal.

"En época primitivas, ante la inexistencia de una verdadera regulación jurídica, el ofendido se veía precisado a hacerse justicia por su propia mano, y como la venganza rebasara el campo de lo equitativo, surgían nuevas ofensas, como natural consecuencia del excesivo castigo impuesto. En una etapa más avanzada, al cometerse un delito, cualquier persona podía acusar a otra; más tarde en Derecho Romano se establecieron limitaciones y sólo podía ser acusador el ofendido, su familia o sus representantes. (40)

Finalmente, un órgano del Estado vino a sustituirlo en esa actividad, quedando colocado en la mayor parte de las legislaciones en un plan completamente secundario.

No ha faltado quien, ante una actitud como la señalada, considera indebido que el Ministerio Público ejercite la acción penal y que el ofendido sea relegado al olvido.

Es innegable que el Ministerio Público, como órgano del Estado en el ejercicio de las acciones penales, lleva a cabo una función de protección

(40) LIMA, Ma. de la Luz. La política criminal. 7a edición, UNAM. México. 1993.

p. 159

social, evitando las graves consecuencias que quizás podrían darse con el desbordamiento de pasiones que, como reacción natural, surgen del ofendido, convirtiendo el proceso en fácil instrumento que conduzca a la injusticia.

Por lo asentado, no objetamos que sea el órgano mencionado en quién se deposite esa atribución, sino más bien, el hecho de extremar el sistema, a grado tal, que se desconozca intervención al ofendido durante el proceso.

Los constituyentes de 1857, obedeciendo a la tradición, no lo privaron del derecho a acudir directamente a los tribunales; quizás por eso no franquearon la entrada a la Institución del Ministerio Público, ya para ese entonces "muy en boga" en el Derecho francés.

En cambio, la Constitución del 17 sustituyó al particular ofendido por el Ministerio Público, colocando a aquél en una posición diversa: excluido de la acción penal, pero como titular de derechos civiles (artículos 14, 16 y 21 Constitucionales).

IV.3 La precaria legitimación del ofendido como sujeto procesal.

En la mayoría de los países en donde prevalece el sistema acusatorio la situación del defendido es totalmente diversa a la que guarda en el nuestro; transitoriamente se incurrió en este error en el Código Italiano, pero pronto fué rectificadada esa actitud.

"Se ha dicho por Manzini y por Romano Di Falco que el ofendido no es sujeto ni principal ni secundario del proceso; en cambio, De Marsico y el profesor mexicano Carlos Franco Sodi lo consideran como un sujeto procesal." (41)

No debe olvidarse, el proceso penal es un proceso de partes, siendo así, debe imperar en el mismo una absoluta igualdad para todos los que intervienen, y no preocuparse únicamente por la situación del sujeto activo del delito, otorgándole privilegios especiales simplemente protección a los derechos humanos de los que no gozan los demás integrantes de la relación procesal. Restar oportunidades al ofendido por el delito, sólo significa una impertinente tendencia a seguir viviendo bajo el influjo de una ideología radical que el adelanto científico se ha encargado de postergar.

En el procedimiento penal mexicano es un sujeto procesal, tiene derechos que deducir, así lo reconocen la ley y las exigencias del procedimiento; desde la averiguación previa, el ofendido realiza actos encaminados a lograr la culpabilidad del sujeto.

Además sus diversas intervenciones lo demuestran, y al realizar actos jurídicos, queda vinculado con las demás personas que intervienen en el proceso.

En cambio, el carácter de parte sólo lo adquiere cuando demanda la reparación del daño al tercero obligado previa formación del incidente respectivo.

Según opinión de Carlos Franco Sodi, "el ofendido por se quien deduce
(41) Cit. por RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. op. cit. p. 339

un derecho (el de obtener la reparación) tiene el carácter de parte como lo tiene también el tercero obligado a pagar aquella reparación, por ser la persona en cuya contra el derecho de la víctima se deduce". (42)

En todo esto, hay una gran confusión nacida del error, hoy único en México, de afirmar que la reparación del daño es una pena pública, criterio que no se compagina, en ninguna forma, con la tendencia manifestada por algunas legislaciones en el sentido de facilitar la indemnización, para cuyo objeto, concurra tanto en el interés público como el privado, pero sin que ello se transforme en una pena.

IV.4 La reparación del daño en la legislación mexicana

En el Código Penal de 1871, se ordenaba hacer un descuento del 25% al producto del trabajo del los reos para el pago de la responsabilidad civil (artículo 85).

La responsabilidad era puramente civil, generando una acción privada, y era renunciable y susceptible de someterse a convenios y transacciones (artículos 301 y 308).

El Código de 1929 cambia el sistema, al indicar que la reparación del daño siempre formará parte integrante de la sanciones (artículo 74), repitiéndose el concepto en el artículo 291, y agregando que el responsable tiene que hacer:

(42) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *Op.cit.* p.340

- 1. La restitución.*
- 2. La restauración.*
- 3. La indemnización.*

El código de 1931 siguió un concepto similar, ha sufrido una buena cantidad de reformas y actualmente las disposiciones referentes a la reparación conforman el siguiente sistema:

Continúa siendo una pena pública, como lo señala explícitamente el primer párrafo del artículo 34:

“La reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y 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 la reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fija el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en sus artículos 532 540, ante el juez que conoce la acción penal y antes que se cierre la instrucción.

Cuando una persona se considera con derecho a la reparación del daño, y no puede obtenerla del Juez penal porque el Ministerio Público no ejerció la acción, o porque hubo sobreseimiento o sentencia absolutoria, puede recurrir a la vía civil.

Cuando la reparación es considerada como penal, es decir, en los casos en que es obligación del delincuente, entra junto con la multa en la categoría de sanciones pecuniarias (artículo 29).

El importe de la sanción pecuniaria se distribuye entre el Estado y la parte ofendida, al primero se le aplica el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación (artículo 35).

Según el artículo 32 en los casos en que no sea posible por cualquier razón, exigirle al ofensor el pago de la reparación quedan obligados a hacerlo:

I.- Los ascendientes, por delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria protestad;

II.- Los tutores y 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 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 acuse, y

VI.- El estado, subsidiariamente, por sus funcionarios o empleados.

La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferentemente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de la referentes a alimentos y relaciones laborales (artículo 33).

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso, a prorrata entre los ofendidos (artículo 35)

Cuando varias personas intervienen en la comisión de un delito, la deuda por la reparación del daño se considera como mancomunada y solidaria (artículo 36).

Ahora bien, cuando no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que le falte (artículo 38).

La ley procura hasta donde sea posible que la víctima no quede sin reparación, así, ordena que los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia y da facultades al juzgador para que, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, pueda fijar plazos para el pago de la reparación del daño, los que en su conjuntos no excederán de un año, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente (artículo 39).

La reparación es fijada por los jueces, según el daño que se precisó reparar, de acuerdo con las pruebas en el proceso (artículo 31).

En los casos de delitos culposos debería de existir garantía mediante seguro especial, pero esto ha quedado solamente en la ley, pues el tan necesario seguro obligatorio para vehículos automotores no ha podido implantarse.

La reparación del daño fijada por los jueces debe comprender: (artículo 30).

a) La restitución de la cosa obtenida por el delito; y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

b) La compensación del daño material y moral y de los perjuicios causados;

c) Tratándose de delitos cometido por servidores públicos, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

Las reformas al Código Penal han sido favorables, sin embargo, estamos de acuerdo con Reyes Tayabas en que la práctica judicial ha revelado, a través de los sesenta y cuatro años de vigencia de la legislación de 1931, que la situación del ofendido aún no halla una adecuada protección dentro del proceso penal.

IV.5 La inconstitucionalidad de los preceptos que elevan a la categoría de pena pública la reparación del daño.

Si no hay discusión respecto a la compensación a la víctima si hay discrepancia, respecto a si la reparación debe quedar exclusivamente a cargo del infractor o si es el Estado el que debe pagar en forma parcial o supletoria.

Argumentos en pro y en contra se ha esgrimido, como veremos a continuación:

Los sistemas de indemnización a cargo del Estado pueden justificarse por:

"A) El Estado del mismo modo que se ocupa de los sectores de población en condiciones desventajosas: (inválidos, personas sin trabajo, ancianos, etcétera) es pertinente que extienda su acción en beneficio de la víctima de actos delictivos.

B) *El Estado tiene la obligación de indemnizar a las víctimas de actos criminales, ya que no es capaz de proteger a la colectividad de la criminalidad, no obstante que ésta paga los servicios de policía, tribunales, cárceles, etcétera.*

C) *La aportación de una ayuda financiera hacia las víctimas de actos criminales, facilitará su colaboración respecto al sistema de justicia criminal. Se trata de estimular a la víctima en una doble vía: a) que denuncie el delito, asista y participe en el proceso y, b) que contribuya con la policía en la detención y prevención de la criminalidad.*

D) *El estado de insolvencia económica en que se encuentra la mayor parte de los delincuentes, sea por que son condenados a largas penas de prisión o porque carecen de posibilidades económicas ellos o sus familiares para pagar los delitos causados a sus víctimas.*

E) *La policía no llega a detectar la tasa real de crímenes, y múltiples delincuentes escapan a la acción de la justicia, dejando a la víctima sin ningún recurso o protección.*

F) *Los sistemas de indemnización a cargo del Estado son un argumento sobre el plan político. Puede ser ventajoso en el momento electoral, atenúa las reacciones en contra de las reformas penitenciarias, etcétera." (43)*

Efectivamente, se ha hecho consciente la responsabilidad social hacia la víctima y la obligación común de reparar el daño sufrido, así como de auxiliar y

(43) *SOSA CHACIN, Jorge La victimología. 3a. Edición, UNACH, México. 1991. p*

asistir al ofendido; la obligación del Estado no puede terminar en proteger a través de un Código Penal diversos bienes jurídicos, ni siquiera se agota persiguiendo y castigando al responsable de su violación, es necesario reparar los daños causados por la conducta antisocial.

Al tomar el Estado bajo su responsabilidad la seguridad ciudadana, toma también la obligación de reparar su fallas, atendiendo a las víctimas en la misma forma que a otros minusválidos, deber que se fundamenta también en los impuestos que los ciudadanos pagan al Estado para su protección.

Entre los defectos que se han señalado a la indemnización estatal se señalan:

"A) La criminalidad puede sufrir un incremento si las víctimas son indemnizadas (víctimas fraudulentas, mayor liberalidad del criminal si sabe que la víctima no sufrirá menoscabo).

B) Se considera injusto que las víctimas de actos criminales posean un privilegio sobre otras víctimas (guerras, accidentes, catástrofe naturales).

C) La implantación de un sistema de indemnización a las víctimas de actos criminales, traerla consigo una elevada carga económica a los contribuyentes." (44)

De lo anteriormente expuesto se desprende y se colige, que en efecto, son inconstitucionales los preceptos que elevan a la categoría de pena pública la
(44) Ibidme.p. 140

reparación del daño porque habría un aumento de gastos así como distracción de recursos que son tan necesarios en otros campos, la creación de una burocracia encargada de la operación, e indudablemente el nacimiento de una criminalidad similar a la que defrauda a las compañías de seguros, pero éstas son consecuencias naturales de toda actividad estatal.

IV.6 Necesidad de un control jurisdiccional de índole constitucional que pueda combatir el no ejercicio de la acción penal.

El Código Federal de Procedimientos Penales indica: "La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal, pero podrá proporcionar al Ministerio Público por sí o por apoderado, todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del inculpado y la procedencia y monto de la reparación del daño (consecuencia del erróneo artículo 29 del Código Penal), para que, si lo estima pertinente, en ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales", artículo 141.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no declara categóricamente que el ofendido por el delito no se parte, sólo se concreta a establecer lo siguiente: "La persona ofendida por un delito podrá poner a disposición del Ministerio Público y del Juez Instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado o a justificar la reparación del daño". (Artículo 9).

Del contenido de ambos preceptos se desprende que: el ofendido, desde que se inicia el procedimiento penal, está realizando con su intervención un conjunto de actos tendientes a encaminar la labor del Ministerio Público hacia la

consignación de los hechos: en consecuencia, tácticamente queda constituido como un coadyuvante. Coadyuvar significa ayudar a algo, así lo hace el ofendido ante el Representante Social para el logro de la condena del procesado y la obtención de la reparación del daño.

En los preceptos transcritos se faculta al ofendido para optar pruebas; en la legislación del Distrito Federal lo puede hacer directamente ante el órgano jurisdiccional, no únicamente por mediación del Ministerio Público, como sucede en la legislación federal. La coadyuvancia se inicia desde el momento en que, convertido en denunciante o querellante, se presenta ante el órgano de la acusación para satisfacer los requisitos de procedibilidad, haciendo posible, además, con su presencia, la tipificación de los delitos; por ejemplo, en el caso de lesiones en que habrá de darse fe de las mismas, en la violación, estupro, etc.

Independientemente de esto, quien mejor puede aportar datos para integrar la averiguación, será quien haya resentido directamente el daño, ya sea a través de sus imputaciones o de otras circunstancias que faciliten la reunión de los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal.

En el caso que por benevolencia o mala fe el Agente del Ministerio Público no ejercite la acción penal, no obstante estar reunidos los requisitos necesarios para ello, es una notoria injusticia para el particular; pero también dicho proceder va en contra de la sociedad.

Además, no debemos olvidar que la función jurisdiccional consiste en aplicar el derecho al caso concreto. Hablando en materia penal, es el paso de la Ley Penal a la ejecución de la misma. Pero al darle facultades omnimodas al Ministerio

Público, el Juez nunca podrá conocer de un caso, pues el Ministerio Público al no ejercitar la acción penal, el efecto producido es el de impedir definitivamente el ejercicio de la misma. (Como lo estipulan los artículos 113 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco y 139 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Desde otro punto de vista, suponiendo que el Procurador rectifique o modifique la resolución del no ejercicio de la acción penal, durante el tiempo que transcurra desde la denuncia, hasta la contestación del Procurador, el supuesto sujeto activo del delito puede evadir la acción de la justicia ya que tiene quince días para escapar de la acción de la justicia o para deshacerse de los instrumentos o cosas objeto del delito.

También debemos tener en cuenta que si el agente del Ministerio Público y el Procurador va a decidir sobre la culpabilidad o inculpabilidad de una persona, se están convirtiendo en juez y parte, e interfieren completamente en la esfera de las atribuciones del órgano jurisdiccional, pues es a éste a quien corresponde decidir, sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.

De todo lo anteriormente expuesto, concluimos que no existe recurso alguno contra el no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, por lo que el denunciante se queda completamente desamparado, ya que cuando mucho, el Procurador revisará esta negativa, pero una vez confirmada por éste, ya no queda ningún recurso. Y el envío de la resolución del no ejercicio de la acción penal al Procurador de Justicia no constituye propiamente un recurso. Por lo tanto, el particular no goza de ningún recurso oponible contra el no ejercicio de la acción penal.

CAPITULO V

***“EL AMPARO Y SU CONTROL
EN EL EJERCICIO DE LA
ACCION PENAL”***

C A P I T U L O V

EL AMPARO Y SU CONTROL EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

Si la Institución del Ministerio Público es la única facultada para ejercitar la acción penal, como ya lo hemos visto, también es la única facultada para no ejercitarla por lo que el apoyo y la fundamentación legal del no ejercicio de la acción penal la debemos buscar en nuestra legislación, ya que debemos de recordar que ésta no es una facultad discrecional de la Institución del Ministerio Público, pues como ya lo hemos visto éste debe ceñir sus actos de acuerdo a la ley, a sus principios y a sus características por las cuales se rige su actividad en este caso fundamentalmente la de legalidad, pues debe suceder que un momento dado algún agente de esta Institución se niega a ello y decida, no ejercitar la acción penal, ya sea por que haciendo a un lado su ética profesional, se deja sobornar o incluso se permite realizar el cohecho por cierta cantidad de dinero, razones económicas a las cuales conocemos como mordidas, o por razones políticas presionando políticamente con el clásico dedaso o con proposiciones de ascenso o inclusive descenso o represalias en perjuicio del propio agente del Ministerio Público, si no obedece, es decir, si no decide ayudar al alto funcionario que se le propone, diputados, senadores, jueces, magistrados, etcétera, o bien reciben órdenes del procurador o directamente del titular del Poder Ejecutivo, ya sea el local o incluso el federal, de no ejercitar la acción penal contra el probable responsable del ilícito o porque simplemente el agente del Ministerio Público considera que los extremos que marca la ley para ejercitar la acción penal no se ha dado, cualesquiera que sea de las anteriores, la hipótesis en la que se sitúa el agente del Ministerio Público para no ejercitar la acción penal, causa con esto un grave detrimento del interés social

que la está encomendado en garantía y beneficio de la comunidad y en consecuencia de los individuos en particular pues no se puede concebir una comunidad, una sociedad, conjunto de individuos, sin la individualidad de cada persona.

Ahora bien, por otro lado debemos hacer notar que como una deficiencia de nuestro sistema jurídico penal "no hay ninguna acción que interponer" ni un medio de control eficaz, para lograr hacer que el Ministerio Público ejercite la acción penal cuando éste considera que no debe hacerlo, es decir, que en realidad no existen verdaderos medios de control para estos casos, por encontrarse en las hipótesis antes señaladas y otras que mencionaremos más adelante.

V.1 La necesidad de un instrumento procesal de índole constitucional que combata el no ejercicio de la acción penal

Mucho se ha criticado la falta de control constitucional sobre las actividades del órgano acusador, es decir, de la Institución del Ministerio Público, cuando haciendo uso de la facultad persecutoria de los delitos, facultad de policía Judicial, decide abstenerse de ejercitar la acción penal, no en reserva, sino como asunto concluido.

Dicha crítica es cierta en cuanto a que nuestra Carta Magna expresamente no regula esta actividad, pero además de que esta no es la función de una Constitución, el problema radica según creemos, en que no se ha interpretado de una manera lógica y exegéticamente nuestra Ley Suprema.

Toda vez que, si analizamos el artículo 21 de dicho Ordenamiento que a la letra dice: Artículo 21. Las 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. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá de ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe a un día de ingreso.

Del texto anterior, se desprende en primer lugar, que la facultad de imponer penas, es única y exclusivamente de la autoridad judicial, y se reafirma en el artículo 17 constitucional en cuanto que dice que: Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley: (hacemos la observación de que debemos relacionar estos artículos puesto que no son disposiciones aisladas, sino que ambas forman parte de un sólo Ordenamiento jurídico promulgado por un mismo Congreso Constituyente). En segundo lugar que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público como esencial y no exclusiva; pero también garantiza a los ciudadanos que este órgano público, va a llevar adelante la acusación en el proceso una vez llenados los requisitos del artículo de la propia Constitución.

Esto se puede esclarecer aún más si tomamos en cuenta que como base para legislar este artículo 21 se tomó muy en cuenta el discurso pronunciado por Don Venustiano Carranza, el día 1º de diciembre de 1916 el cual a la letra dice:

El artículo 21 de la Constitución de 1857 dio a la autoridad administrativa la facultad de imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión en los casos y modo que expresamente determine la ley, reservando a la autoridad judicial la aplicación exclusiva de las penas propiamente tales.

Este precepto abrió una anchísima puerta al abuso, pues la autoridad administrativa se consideró siempre una posibilidad de imponer sucesivamente a su voluntad, por cualquier falta imaginaria, un mes de reclusión, mes que no terminaba en mucho tiempo.

La reforma que sobre este particular se propone, a la vez que confirma a los jueces la facultad exclusiva de imponer penas, solo concede a la autoridad administrativa la facultad de castigar la infracción de los reglamentos de policía, que por regla sólo da lugar a penas pecuniarias y no a reclusión la que únicamente se impone cuando el infractor no puede pagar la multa.

Pero la reforma no se detiene allí sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias.

Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la Institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal,

porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.

Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, velan con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tal vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la responsabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.

Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los Presidentes Municipales y a la Policía Común la

posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio particular.

“Con la Institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige”. (45)

El interés que tenía el Constituyente de 1917, específicamente el Primer Jefe del Ejército Constituyente Don Venustiano Carranza (Esto se desprende claramente del tercer párrafo de su discurso interpretándolo en sentido contrario, contrario sensu; es que una vez reunidos los requisitos a los extremos que el mismo artículo señala, debe ejercitarse la acción penal puesto que como ya hemos visto este ejercicio de la acción penal está encomendado a la Institución del Ministerio Público como un poder-deber y no como un poder discrecional, el cual se contrapondría como ya lo hemos explicado a la característica de legalidad o de obligatoriedad.

La observancia que hicimos con anterioridad también es válida para esta crítica (respecto de relacionar los artículos de la Constitución puesto que forman parte del mismo ordenamiento).

Además debemos hacer notar la observación que hace el maestro Juventino V. Castro cuando hablando a propósito del mismo artículo 21 Constitucional nos dice que: “reflexionemos en el hecho de que esta disposición (45) TOCA CANGAS, Amador. El Ministerio Público en el Juicio de Amparo, 10a edición. Trillas. México. 1994. p. 95

constitucional está inserta en el primer capítulo de nuestro texto fundamental, que se aparta para enumerar garantías a favor de las personas, parte dogmática y si ella se interpreta en el sentido de que otorga derechos en favor del Ministerio Público no se entendería la razón de su ubicación en el capítulo indicado".(46)

Por lo demás como ya lo hemos dicho al principio y lo reiteramos ahora, la Constitución no es la norma adecuada en la cual se debe de regular las actividades o no actividades de los diferentes poderes y de las diferentes autoridades, órganos u organismos que nos gobiernan. Esto se debe dejar a las leyes secundarias; o reglamentarias de nuestras diferentes disposiciones constitucionales y hemos de advertir que por desgracia nuestra legislación no tiene una Ley Reglamentaria de los artículos 21 y 102 constitucionales, sólo se le ha dado a cada uno una Ley Orgánica que valga la redundancia, organiza a la Institución del Ministerio Público, respectiva, pero no la reglamenta o regula sus actividades, esto se ha venido dando por medio de circulares, acuerdos y disposiciones aisladas dentro de los reglamentos de las respectivas leyes orgánicas y muchas veces estas disposiciones resultan hasta anticonstitucionales y esto a todas luces resulta injusto e insuficiente, por lo que creemos que ya es hora de reglamentar los diferentes actos y actividades de la Institución el Ministerio Público mediante una ley específica, una Ley Reglamentaria de los artículos 21 y 102 constitucionales que en forma genérica aluden a esta Institución, así como del Ministerio Público Federal.

V.2 Definición de Amparo.

Implicaría una tarea demasiado extensa la exposición de las distintas concepciones que diversos autores o tratadistas han formulado en diferentes épocas
(46) CASTRO, Juventino. El Ministerio Público en México. op. cit. p. 188

sobre nuestro glorioso juicio de amparo, partiendo desde variados puntos de vista y sustentando enfoques criteriológicos disímiles. Ante dicha prolijidad, solamente expondremos algunas concepciones que sobre el amparo se han elaborado, no sin indicar que tienen elementos comunes y diferentes puntos de contacto en lo que atañe a la implicación de nuestra institución de control.

Don Ignacio L. Vallarta concibió el amparo de la siguiente manera:

“El amparo puede definirse diciendo que es el proceso legal intentado para recuperar sumariamente cualquiera de los derechos del hombre consignados en la Constitución y atacados por un autoridad de cualquier categoría que sea o para eximirse de la obediencia de una ley o mandato de una autoridad que ha invadido la esfera federal o local respectivamente”.(47)

Fácilmente se advierte que esta definición tiene un contenido eminentemente individualista, según dijimos, toda vez que la finalidad del amparo la hizo consistir Vallarta en la recuperación sumaria de los derechos del hombre establecidos en la Constitución frente a cualquier acto de autoridad.

Por su parte, Octavio A. Hernández estima que:

“El amparo es una de las garantías componentes del contenido de la jurisdicción constitucional mexicana, que se manifiesta y realiza en un proceso judicial extraordinario, constitucional y legalmente reglamentado, que se sigue por vía de acción, y cuyo objeto es que el Poder Judicial de la Federación o los órganos

(47) BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo. 20a edición. Porrúa. México. 1994. p. 328

auxiliares de éste, vigilen imperativamente la actividad de las autoridades, a fin de asegurar por parte de éstas, y en beneficio de quien pida el amparo, directamente el respeto a la Constitución y su Ley Reglamentaria prevén". (48)

Esta concepción es exhaustiva y comprende todos los elementos de procedencia y de teleología del juicio de amparo. No obstante, contiene el error de afirmar que el Poder Judicial de la Federación o sus órganos auxiliares, mediante el amparo, vigilan imperativamente la actividad de las autoridades, puesto que nuestro juicio constitucional no tiene por objetivo la vigilancia de dicha actividad, sino su anulación o invalidación cuando se manifieste en actos de autoridad y la dispensa del cumplimiento de la ley constitucional reclamada en el caso concreto de que se trate.

Humberto Briseño Sierra asevera que:

"A priori, el amparo es un control constitucionalmente establecido, para que, a instancia de parte agraviada, los tribunales federales apliquen, desapliquen o inapliquen la ley o el acto reclamado".(49)

Alfonso Noriega, a su vez, estima que:

"El amparo es un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales de tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se tramita en forma de

(48) HERNANDEZ, Octavio. Curso de Amparo. 5A. edición. Herrero. México. 1993. p. 6

(49) BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Amparo Mexicano. 8a. edición. Porrúa. México. 1993. p. 144

juicio ante el Poder Judicial Federal y que tiene como material leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en la de los Estados o viceversa y la reposición del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación".(50)

Consideramos que la anterior concepción presenta cierta incongruencia, pues en ella se sostiene, por una parte, que el juicio de amparo es un sistema de defensa de la Constitución y por la otra asienta que tiene como materia las leyes o actos de las autoridades que violen las garantías individuales, o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en la de los Estados o viceversa. Dicha incongruencia estriba en que, si el amparo sólo tuviese como finalidad la tutela de las garantías individuales y del sistema competencial entre las autoridades federales y las locales, no sería un medio de defensa de toda la Constitución sino de una porción de ella. Lo incongruente de la idea del maestro Noriega sobre la extensión de la procedencia y teleología del amparo consiste en que este distinguido tratadista interpreta aisladamente el artículo 103 constitucional, sin vincularlo a la garantía de legalidad que estatuye el artículo 16 de nuestra Ley Suprema, al través del cual, según lo hemos afirmado reiteradamente, se protege toda la Constitución contra todo acto de autoridad que lesione la esfera jurídica de cualquier gobernado.

A manera de resumen podemos decir, que el amparo es un medio jurídico de tutela indirecta de la ley secundaria, preservando bajo este último aspecto de manera extraordinaria y definitiva todo el derecho positivo. Su importancia radica principalmente en que es un medio jurídico que preserva las garantías

(50) NORIEGA CANTU, Alfonso. Lecciones de Amparo. 4a. edición. Porrúa. México. 1992. p. 56

constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole y, además proteja toda la Constitución así como toda la legislación secundaria con vista a la garantía de legalidad consagrada en los artículos 14 y 16 de la Constitución General de la República, es decir el juicio de amparo es un retén u obstáculo en contra de los actos de autoridad y en favor de los gobernados.

V.3 El amparo es un proceso, un recurso o un juicio

Antes de concluir con lo antes citado, quiero dar unas diferencias sobre el recurso y el amparo, y así decimos que:

En el recurso existe identidad entre las partes que litigan. El actor sigue siéndolo durante la tramitación del recurso y el demandado también lo seguirá siendo. Aunque coinciden en ambos procedimientos en que el agravio o concepto de violación, según se trate de recursos o amparo, respectivamente, se endereza en contra de una autoridad que ha emitido un acto mediante el cual lesiona el principio de legalidad si se trata de un recurso o contraviene las disposiciones constitucionales si se trata de amparo.

Las partes en el amparo son por una parte el quejoso y por otra la autoridad responsable principalmente; decimos principalmente, porque fundamentalmente la controversia se plantea entre el quejoso y la autoridad responsable; el primero reclama de la segunda un acto de autoridad que ha lesionado o vulnerado sus derechos o garantías individuales. No dejamos de reconocer que la ley también prevé como partes al tercero perjudicado, que no en todos los casos es parte en el amparo y al Agente del Ministerio Público Federal en los casos de interés público, así lo prevé el artículo 5º de la Ley de Amparo.

Como se desprende de todo lo anterior que las partes son distintas en uno y otro procedimiento. Más que las partes propiamente dichas, la distinción la referimos al carácter con el que estas partes ocurren en el procedimiento de amparo.

En segundo lugar mencionaremos el objeto de cada uno de los procedimientos. El recurso tiene como objeto o finalidad la observancia y el control de la ley en tanto que el amparo tiene como finalidad el control de la constitucionalidad de los actos de todas las autoridades. Esta es una de las diferencias más importantes que podemos señalar.

Como consecuencia de todo lo anterior podemos concluir con absoluta validez que el amparo no es un recurso ni es un juicio, es un procedimiento jurisdiccional de índole constitucional.

V.4 Su Naturaleza Constitucional

En el punto anterior, al comparar el objeto de este procedimiento y el objeto del recurso señalamos una diferencia fundamental consistente en que el objeto de amparo es el control de la constitucionalidad en tanto que el objeto del recurso es el control de la legalidad.

La lógica como hemos visto nos enseña que las instituciones deben ser definidas por su esencia y no por sus accidentes; así también la etimología de definición nos dice que "definir es señalar el fin o límite de un concepto. Aplicado estas ideas al amparo diremos por un lado que la esencia de este procedimiento es

el control constitucional y su finalidad es exactamente la misma: regular la constitución de los actos de autoridad" (51)

Nos parece que este punto queda suficientemente aclarado y nadie podrá dudar que el amparo es de naturaleza constitucional, aunque en algunos casos directamente se utilice como medio de control de legalidad; pero también ya hemos señalado la diferencia que puede existir en cuanto a las finalidades: una cosa es el fin impuesto a las cosas por su naturaleza, en la naturaleza, y el fin que las personas den a las cosas.

V.5 Principios Jurídicos Fundamentales de Amparo

Los principios fundamentales del amparo son las reglas básicas de procedencia, tramitación y forma de resolver el proceso constitucional, que deben ser observadas para que el mismo pueda desarrollarse conforme a derecho. Estos principios implican los pasos que se substancian para que el juicio de amparo sea resuelto y quede dirimida la controversia planteada por el agraviado, los cuales son previstos tanto por la Constitución como por la Ley de Amparo.

Hay varios principios fundamentales del amparo, sobresaliendo de entre todos ellos los que enseguida enuncio.

a) De la competencia dada en favor de los Tribunales de la Federación para conocer del juicio de amparo (artículos 103 constitucional y 1o. de la Ley de Amparo);

(51) ARELLANO GARCIA, Carlos. El Juicio de Amparo. 18a. edición. Porrúa. México. 1994. p. 319

b) De la procedencia del amparo contra actos de autoridad (artículos 103 constitucional y 1o. de la Ley de Amparo);

c) De la instancia de parte agraviada (artículos 107, fracción I, constitucional, 4o., 6o., 8o., 9., 10o., 16, 17 y 212 de la Ley de Amparo);

d) De prosecución judicial (artículos 107, en su base, constitucional y 2o. de la Ley de Amparo);

e) De definitividad (artículo 107, fracciones III y IV constitucional y 73, fracciones XIII y XV, de la Ley de Amparo);

f) De la existencia de un agravio personal y directo (artículo 107, fracción I, constitucional: 4o. y 74 fracc. Va contrario sensu, de la Ley de Amparo);

g) De estricto derecho y su contrapartida que es la suplencia de la deficiencia de la queja (artículos 107, fracción II constitucional; 76 y 76 Bis de la Ley de Amparo); y

h) De la relatividad de los efectos de las sentencias de amparo (artículos 107, fracción II, de la Constitución y 76 de la Ley de Amparo).

A manera de resumen, podemos decir que los principios fundamentales del juicio de Amparo se implican en los conceptos de Soberanía, Poder Constituyente, Poder Público y Constitución y en los principios de legitimidad, deontología, fundamentalidad, supremacía, rigidez, reformabilidad e inviolabilidad

constitucionales que en nuestro aludido libro examinamos y a cuyas consideraciones, por ende, nos remitimos.

Los conceptos y principios enunciados, en su conjunto interrelacional e interactivo, no sólo entrañan la fundamentación jurídica, política y sociológica del juicio de amparo, sino la justificación innegable de este medio de control constitucional, en cuya teleología se conjuga por modo inescindible según dijimos, estos dos objetivos: la protección individualizada del gobernado y la tutela de la Ley Suprema del País a través de esta Protección. Sin el amparo, el orden constitucional y todos los principios que proclama y sobre los que se asienta, quedarían expuestos a su violación y quebrantamiento impunes, es decir, confinados en la región de las meras declaraciones románticas como simples expresiones de idilios designados sin vigencia ni operatividad pragmática.

V.6 La determinación del no ejercicio de la acción penal como acto de autoridad

Para la determinación del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, habrá que tomar en cuenta, las disposiciones establecidas en los artículos, 34 del Código Penal que en su último párrafo establece que: "Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener entre el juez penal en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Asimismo el Código Federal de Procedimientos Penales establece sobre este tópico lo siguiente en sus artículos 2 fracción VIII y 135.

Artículo 2o.- Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

VIII.- Acordar y notificar al ofendido y víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso resolver sobre la inconformidad que aquellos formulen.

Artículo 135.- Al recibir el Ministerio Público Federal diligencia de averiguación previa, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si se cumplen los requisitos a que se refiere el párrafo primero del artículo 134; si tales requisitos no se satisfacen, podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 194 bis. Si la detención fuere injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad.

El Ministerio Público dispondrá de libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecido por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario. El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos como motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o que se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares. Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente.

Cuando el Ministerio Público deje libre al indiciado, lo prevendrá a fin de que comparezca cuantas veces sea necesario para la práctica de diligencias de averiguación previa, y concluida ésta, ante el juez a quien se consigne, quien ordenará su presentación y si no comparece sin causa justa y comprobada, ordenará su aprehensión, mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el indiciado desobedeciere, sin causa justificada, las órdenes que dictare.

La garantía se cancelará y en su caso se devolverá por el Ministerio Público, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal. Consignado el caso, tal garantía se considerará prorrogada tácticamente, hasta en tanto el juez no decida su modificación o cancelación.

Asimismo el Código de Procedimientos Penales al hablar del no ejercicio de la acción penal establece en su artículo 3 bis y 271 lo siguiente:

Artículo 3o. bis. En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculcado 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 271. Si el acusado o su defensor solicitaren la libertad caucional y se tratase de un delito no comprendido en el párrafo 9o. de este artículo, los funciona si el probable responsable desobedeciere, sin causa justificada, las órdenes que dictare.

La garantía se cancelará y en su caso se devolverá cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal o una vez que se haya presentado el presunto responsable ante el juez de la causa y éste acuerde la devolución.

En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados mixtos de paz o siendo de los juzgados penales cuya pena no exceda de cinco años de prisión el presunto responsable no será privado de su libertad corporal en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurren las circunstancias siguientes:

I.- Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga:

II.- No existan datos de que pretenda substraerse a la acción de la justicia;

III.- Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público, de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;

IV.- Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos el presunto responsable no hubiese abandonado al

lesionado, ni participando en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas;

V.- Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al probable responsable cuando así lo resuelva;

VI.- En caso de que el acusado o la persona a que se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente orden de aprehensión en su contra, y

VII.- El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días, transcurridos éstos el arraigo podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediese, consigne la averiguación y solicite la orden de aprehensión.

El Ministerio Público hará del conocimiento de los detenidos el alcance de sus derechos así como los términos en que puedan ser disfrutados, lo cual deberá constar en diligencia por separado.

V.7 Los artículos 14, 16 y 21 constitucionales

Los artículos antes mencionados tienen estrecha relación con nuestro tema, razón por la cual considero pertinente hablar de manera individual de los mismos; así tenemos que el Artículo 14 establece lo siguiente:

"Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

De lo expuesto anteriormente se desprende y se colige que es de gran importancia el contenido de esta disposición, porque plasma diversas garantías de suma trascendencia en el desarrollo de la vida social de los habitantes de nuestro país. En primer término manifiesta que las leyes sólo podrán aplicarse a las cuestiones que se presentan con posterioridad a la fecha en que se publican en el Diario Oficial de la Federación; las situaciones consumadas antes no podrán modificarse bajo los nuevos textos. Estos se presentan porque sería injusto que una nueva ley modificara bienes adquiridos o hechos que se presentaron en periodos anteriores a la nueva vigencia.

Más adelante señala que la vida humana debe conservarse y sólo podrá privarse de la misma cuando exista un juicio ante tribunales, donde se dé oportunidad a los afectados de presentar pruebas y de hacer valer sus puntos de vista, y la sentencia deberá coincidir con leyes que fueron publicadas antes de que el reo cometiera la falta.

Completando esta disposición, el artículo de la misma Carta Magna autoriza la pena de muerte en casos específicos y concretos que se analizarán al explicar brevemente lo dispuesto en esta norma.

En igualdad de condiciones tenemos también la libertad corporal, que goza de la protección constitucional, porque sólo la misma podrá restringirse cumpliendo con los requisitos de juicio previo y delitos señalados en la ley, publicada antes de los acontecimientos que originaron el daño social.

La necesidad de juicio previo es el marco necesario que presenta el régimen de derecho, porque en toda afectación, no sólo corporal sino de cualquier índole, es imprescindible que los posibles afectados expresen sus puntos de defensa para ser escuchados y tomados en cuenta en juicio; con esto se evita la arbitrariedad y se da satisfacción a lo que se le conoce con el nombre de "garantía de audiencia".

El hecho de que las leyes se publiquen hacia el futuro y que sean claras para que las situaciones que los particulares realizan, se amolden perfectamente al contenido de las mismas, constituye una seguridad para todos los habitantes, en el sentido de que las normas son iguales para todos y conducen a la plena legalidad de los actos de la autoridad. En caso de delitos las leyes deben ser perfectamente

aplicables en los casos concretos; si falta el más mínimo de los requisitos las personas no se encuentran comprendidas dentro de tales leyes y por tanto no son delincuentes. De igual manera, no se pueden cobrar impuestos sino a las personas que sean contribuyentes.

En las cuestiones ajenas a los dos casos previstos en el párrafo anterior, la autoridad judicial puede resolver la controversia con apoyo en la ley, y si ésta no resuelve el problema se podrá tomar en cuenta los principios que desde la antigüedad han sido válidos para regir la vida en sociedad.

"Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá liberarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existen datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede tener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

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

En caso de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la Ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”.

Este ordenamiento contempla diversas garantías fundamentales del gobernado. Sin embargo, la práctica de aglutinar diversas garantías en un solo artículo, en vez de mantener la debida jerarquización, evita no sólo la adecuada ponderación de cada garantía del gobernado, sino que dificulta hacer una mejor distinción doctrinaria y un adecuado manejo por cuanto a los recursos judiciales que la ley establece para la protección ciudadana.

El párrafo inicial prescribe que cualquier molestia que se infiera sobre las personas, la familia, papeles o propiedades, debe originarse en un documento que es una orden concreta, por escrito, y firmada por la persona que la expide, quien tiene las facultades para hacerlo. En el cuerpo del escrito se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) Estar relacionadas las disposiciones legales que justifican la formulación de la orden.

b) Incluir un análisis de los antecedentes que permiten concluir que los mismos cumplen con las normas mencionadas en el cuerpo del escrito; en este caso se puede tratar de abstenciones o situaciones de omisión, que también originan la aplicación de normas legales.

c) Incluir los antecedentes y las disposiciones mencionadas los cuales deberán estar debidamente relacionados, para concluir en la validez de los actos de la autoridad competente. " (52)

La reforma del 3 de septiembre de 1933, trata de mejorar nuestro sistema penal, salvaguardado el principio de seguridad jurídica por medio de un marco consolidado de civilidad, cada vez que se ofrecen las reglas básicas para los delitos de flagrancia, de lo contrario los particulares no podrán ser detenidos sin cumplir los requerimientos jurídicos.

El párrafo primero conserva el texto anterior. El segundo y tercero precisan los elementos de fondo que deben de cumplirse por la autoridad judicial, al momento de girar orden de aprehensión. El párrafo cuarto regula los elementos mínimos para que preceda la detención de delitos flagrantes, la cual puede realizarse por cualquier persona, con la salvedad de que ésta lo deberá remitir al funcionario competente, que en este caso es el Ministerio Público.

Los párrafos quinto y sexto, proponen las normas para la detención en casos urgentes cuando en la ley exista un delito grave señalado, facultándose al Ministerio Público para ordenar su detención, pero debe fundar y justificar razonablemente los motivos que dan origen a esta detención. Estos supuestos prevalecen si existe riesgo fundado de que el posible delinciente pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda acudir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia. Asimismo, la detención deberá
(52) DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Garantías Individuales y Amparo en materia penal. 2a edición. Duero. México. 1993. p. 76

ser ratificada por el juez que conozca del procedimiento, ya que en caso contrario será puesto en libertad inmediatamente con las reservas de ley.

Lo anterior, busca limitar la autorización para la detención al Ministerio Público y no para cualquier autoridad administrativa y, sólo para delitos graves que señale la ley; por último, se establece un control de legalidad por el juez, quien deberá calificar si la acción del Ministerio Público se apegó a la autorización constitucional, decretando la libertad del detenido en caso de que así no sea.

El párrafo séptimo incluye el plazo máximo que puede ser detenido el indiciado que será por regla general de 48 horas. Por otra parte, se requiere un plazo para concluir la averiguación que se realiza con detenido por flagrancia o urgencia, por tanto consideremos oportuno contemplar la posibilidad de darle al Ministerio Público un término prudente, por medio de una legislación ordinaria.

En los casos que la Ley prevea como delincuencia organizada, que es la que se lleva a cabo por medio de bandas, pandillas dedicadas a la práctica del delito y otros casos semejantes, el Ministerio Público podrá duplicar dicho plazo, por su elevada peligrosidad y por tratarse de asuntos colectivos que complican la integración de expedientes y la vinculación de todos los detenidos en un sistema organizado.

Finalmente, el último párrafo señala con toda precisión las facultades que tienen los militares, y limita la función del ejército y de los demás miembros de las fuerzas armadas a la finalidad que es propia; estos es, defender la patria contra cualquier ataque y mantener la paz y el orden dentro de nuestro sistema jurídico. Por esta razón, se prohíbe a los militares que se excedan en sus funciones o que

haciendo gala de sus armas puedan imponer a los particulares una serie de cargas que sean lesivas en su vida o en su patrimonio. Sólo en caso de guerra se permite que los ciudadanos presten servicios a los soldados, siempre y cuando se ajuste expresamente a los términos descritos en este numeral.

“Artículo 21. 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. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por la infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas, pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

De lo expuesto anteriormente, podemos afirmar que el Poder Judicial es aquél que está constituido por los jueces que se encargan de resolver los conflictos que se someten a su competencia y que en unión con los Poderes Legislativo y Ejecutivo forman el Supremo Poder de la Federación, como lo establece el artículo 49 de esta misma Constitución. Solo que para representar a la sociedad y con una función investigadora se crea la Ministerio Público y su órgano auxiliar, que es la

Policía Judicial, suprimiendo a cualquier otra autoridad la actividad persecutoria y responsiva.

Las autoridades administrativas que dependen normalmente del Presidente de la República en la esfera federal y de los gobernadores de los Estados y Presidentes Municipales en la esfera local, serán los encargados de vigilar el cumplimiento de todas las disposiciones que se han dictado para el correcto funcionamiento de la sociedad, además, este artículo menciona facultades específicas de algunos órganos del Ejecutivo.

El 3 de febrero de 1983, este artículo fue reformado en cuanto a la sanción por infracciones de los reglamentos gubernativos y de política cuya aplicación corresponde a la autoridad administrativa. Así en el texto original la pena máxima por esas faltas era de multa por un arresto hasta por 36 horas, permutable el no pago de multa por un arresto que no excederá de ningún caso de quince días. También se considera en esa reforma una reducción de la multa máxima en caso de que el infractor fuese jornalero y obrero, la cual podría ser una semana a un día de su jornal o salario. Finalmente, se adiciona un párrafo para incluir a trabajadores no asalariados que incurran en infracción, en cuyo caso la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

V.8 Importancia y efectividad del Amparo

El amparo es importante por ser un instrumento a través del cual se va a combatir eficazmente la inconstitucionalidad de las disposiciones de contenido normativo y efectos generales, que expide el órgano legislativo y que contradicen lo que ordena la Ley Suprema. Este argumento concede importancia al amparo contra

leyes, pero junto a éste, existen otros argumentos que conceden especial trascendencia al procedimiento.

Hemos dicho que la Supremacía de la Constitucionalidad per se es uno de los principios más importantes que ha entronizado nuestro sistema constitucional. Este principio implica que no puede existir acto de autoridad que contravenga las disposiciones de la Ley Suprema, incluyendo al Órgano Legislativo; aunque en otras épocas se haya considerado a éste el superior de los órganos y depositario de toda ciencia y verdad, como ocurrió en la época de los glosadores en los siglos XI y XII.

El legislador no puede actuar y legislar sin límite alguno ad libitum tiene un freno: la Constitución, obra del Constituyente, depositario de la soberanía del pueblo para expedir la Ley Suprema.

El principio antes mencionado, es suficientemente claro: no puede existir acto de autoridad que contravenga las disposiciones constitucionales.

Independientemente de lo anterior, el hombre es falible por naturaleza y en consecuencia, puede incurrir en errores; el legislador es hombre y también puede incurrir en errores, uno de ellos es que el legislador expida una ley que contravenga alguno o algunos de los preceptos constitucionales. Dadas las características que le hemos reconocido a las leyes, si están en contradicción al texto constitucional, encontramos que es un agravante más, muy serio por cierto, en el amparo contra leyes.

"En cuanto a la efectividad, éste dependerá principalmente, de los efectos que se le reconozcan a la sentencia de amparo".(53)

Los principios que regulan la sentencia en el procedimiento de amparo, establecen que debe estar limitada al caso concreto sin haber observaciones generales; así lo ordena la fracción II del artículo 107 Constitucional, pero dada su importancia y peculiaridad, en tratándose de este procedimiento, debería establecerse una modalidad, relativa a los efectos de la resolución.

No cabe duda que el pueblo mexicano, no sólo los juristas y las personas que algo conocen de estas cuestiones, sino el grueso de la gente, siempre que piensen que alguna ley puede ocasionar perjuicio, evoca en el amparo considerando que la Corte les hará justicia; se espera que las personas encargadas de esa delicada función no frustren o decepcionen, a quienes inspirados en una de las pocas instituciones respetables mexicanas, estiman que todavía hay justicia en México.

"La efectividad de la sentencia de amparo contra leyes, dependerá de los alcances que se le confiere a dicha resolución. No será absolutamente efectiva la sentencia de amparo contra leyes, si se limita al caso concreto planteado, pues ello implicaría la multiplicidad de estos recursos, la falta de unidad en las resoluciones y una patente de no aplicación o desaplicación de la ley, en favor exclusivo de las personas que han obtenido una sentencia de amparo favorable". (54) Este punto

1993, p. 181

(54) MORENO CORA, Silvestre. Tratado sobre el Juicio de Amparo. 7a. edición. Lymusa. México. 1994. p. 206

nos parece el más importante de todo lo relativo al amparo contra leyes, y es lo que en el autor de este sencillo trabajo se ha traducido en una verdadera inquietud que salvo que se le convenza de lo contrario, seguirá estudiando y perfeccionando esta materia, hasta lograr una mayor justicia en el Amparo.

Con fundamento en lo antes manifestado, podemos concluir con el Profesor Castro que: "... por lo tanto, no existe amparo contra leyes; sólo un estado de excepción, que permite la no aplicación de la ley para una persona concreta, que fue lo suficientemente hábil y diligente para apreciar por sí misma, que el acto legislativo era contrario a la Ley Fundamental. Y que se encuentra en una situación jurídica privilegiada frente a otros muchos omisos". (55)

No podemos hacer a un lado la alarma política que provoca en los gobernados la expedición de una ley inconstitucional, la cual va creando una efervescencia mayor en la población, en la que naturalmente peligran en forma muy seria, la estabilidad política de un país; por eso las autoridades competentes deben tener mucho cuidado en estas delicadas cuestiones.

Siguiendo el pensamiento transcrito del Maestro Castro, queremos hacer hincapié en el privilegio que goza quien hábilmente ha impugnado la constitucionalidad de una ley, frente a quienes no han tenido, por múltiples razones, esa maravillosa oportunidad. Naturalmente que comparativa y proporcionalmente, los primeros constituirán una minoría frente a los que no han impugnado la ley, no puede negarse que ello representa un privilegio, lo cual está estrictamente prohibido por nuestra Carta Magna en su artículo, que en su parte aplicable reza al siguiente tenor: "Ninguna persona o corporación puede tener fuero.....".

(55) CASTRO, Juventino. op. cit. p. 78

Fuero en este artículo puede traducirse por su sinónimo: Privilegio, o sea que aceptada la sinonimia anterior, no se afecta la esencia del numeral citado si se lee: ninguna persona o corporación puede tener privilegio.... Si una persona está amparada frente a la aplicación de una ley inconstitucional, frente a un gran volumen de personas, para quienes siguen siendo totalmente aplicable, la primera tiene un privilegio del que las otras no gozan, lo cual quiere decir que hay una inconstitucionalidad prevista en la misma ley fundamental o sea "Inconstitucionalidad Constitucional".

V.9 Artículo 10 de la Ley de Amparo

El supuesto contenido en el artículo 10 de la Ley de Amparo, textualmente dispone:

"El ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, sólo podrán promover juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de la reparación o de responsabilidad civil. También podrá promover el juicio de amparo contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectados a la reparación o a la responsabilidad civil".

Interpretando por exclusión dicha disposición legal, se concluye que los sujetos a que la misma alude no están legitimados para promover juicio de amparo contra resoluciones judiciales de carácter penal diversas de las señaladas en el artículo 10 de la Ley de Amparo, tales como los autos de libertad o la sentencia definitiva principalmente, que se dicten en favor del autor de un delito.

Con vista a la restricción legal de la legitimación de los sujetos a que se refiere dicho precepto para promover juicio de garantías contra los actos de autoridad diversos de los limitativamente mencionados, la posición del ofendido por un delito y de las personas que tengan derecho a la reparación del daño y a exigir la responsabilidad civil correspondiente, resulta muy precaria, hasta el grado de colocar sus más caros intereses bajo el arbitrio muchas veces injusto de los funcionarios del Ministerio Público, que de esa manera se convierten en los dictadores de la justicia penal.

Por ello, la defensa constitucional que los referidos sujetos puedan hacer de sus derechos es un poco menos que ilusoria, máxime si se atiende el derecho de que los incidentes de responsabilidad civil dentro de un proceso penal y la reparación del daño como pena pública que se impongan al proceso, depende del resultado del juicio principal, de tal suerte que obteniendo el acusado un auto de libertad a su favor o una sentencia absolutaria, la víctima del delito, sus herederos y las personas que hayan dependido económicamente de ella, sólo pueden conseguir la indemnización correspondiente por medio del juicio civil que se entable en contra de los que tengan responsabilidad civil subjetiva u objetiva derivada del hecho que hubiere originado la acusación penal.

V.10 Proyecto de reforma para evitar el monopolio de la acción penal y su ejercicio por el Ministerio Público.

Hemos visto en el desarrollo de este trabajo, al Ministerio Público con funciones de investigación, persecución y acusación de los delitos, y estamos convencidos de que esas facultades no deben ejercerlas caprichosamente en virtud de que la acción penal no es algo que ha ingresado a su patrimonio y de la cual

pueda disponer a su arbitrio, sino que es una atribución que en todo momento debe cumplirse. Lamentablemente, en nuestro sistema de realidad es otra, y que es la misma Institución del Ministerio Público la que decide, en última instancia, si ejercita o no la acción penal y, de la misma manera, si son de confirmarse conclusiones inacusatorias.

Estamos conscientes que uno de los objetivos más anhelados por nuestro régimen de derecho es el lograr siempre la recta y pronta administración de justicia, implantando para ello todos los medios que se consideren convenientes para este fin. Y uno de los remedios que nuestras leyes han dispuesto para lograrlo, dada la falibilidad humana, son precisamente los recursos, considerados como medios de impugnación para rectificar los actos de autoridad erróneas o arbitrarias de cualquier inferior.

Sin embargo, las determinaciones que toma el Ministerio Público como autoridad investigadora se llevan a cabo sin un control de legalidad efectivo que llene las necesidades de justicia, de tal manera que los ofendidos por el delito y los que tengan interés en ella, quedan siempre bajo el arbitrio y voluntad de la misma Institución, la que finalmente a través de sus actuaciones y determinaciones producen actos de autoridad que afectan de una u otra forma la esfera jurídica del gobernado en una relación de supra-ordinación.

"En otros términos: hemos visto que sin el ejercicio previo de la acción penal por el Ministerio Público, el juez no puede avocarse el conocimiento de los hechos, por que esto sería contrario al artículo 21 constitucional; pero si el Ministerio Público no ejercita la acción penal, no sólo restringe con ello su propia función, sino también la jurisdiccional, y aceptar que esto suceda , es tanto como

afirmar que el portero de una casa está facultado para impedir que el dueño entre en ella". (56)

Ahora bien, si el Ministerio Público, al ejercer sus funciones, no funda su actividad, o la funda en causas ajenas a la ley, con ello, evidentemente, rompe con el orden jurídico, lo cual no puede ser tolerado jamás; antes bien, debe ser reprimido; de ahí la necesidad de que existan verdaderos medios de control cuando el órgano acusador se desvía de la ley y de sus funciones, y siempre y cuando actúe como autoridad y no parte.

En la actualidad y debido al monopolio que el Ministerio Público tiene para ejercitar la acción penal, se está proponiendo que se modifique la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21 y con esta las demás leyes secundarias para así tratar de evitar que quede al arbitrio del Ministerio Público la persecución y seguimiento del ejercicio de la acción penal.

Como lo señala en su momento la reforma en comentario, aún está en proyecto, pero de aprobarse la misma, se estaría legitimando a la víctima u ofendido o a quien demostrara tener interés jurídico en el ejercicio de la acción penal para que en caso de no ejercitarse tal acción, se esté en la posibilidad de plantear mediante el juicio de amparo, el control y examen de legalidad de los actos del funcionario del Ministerio Público cuando actúa como autoridad investigadora.

(56) CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel, *op. cit.* p. 302

“CONCLUSIONES”

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

- PRIMERA.-** *La Institución del Ministerio Público es una autoridad, sobre todo en la averiguación previa, por lo cual sus actuaciones deben estar fundamentadas y eventualmente cuestionarse mediante las acciones o recursos procedentes e indiscutible y fundamentalmente por nuestro juicio de amparo.*
- SEGUNDA.-** *El periodo de averiguación previa en el Procedimiento Penal Mexicano, está delimitado del acto por el cual la autoridad investigadora tiene conocimiento de la existencia de un hecho que se presume delictuoso, acto por el cual el Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal, hace la consignación al Organismo Jurisdiccional correspondiente.*
- TERCERA.-** *Para proceder al ejercicio de la acción penal, es necesario satisfacer previamente los "presupuestos" indispensables a ese ejercicio y que son esencialmente dos: la demostración de la existencia real de un hecho delictuoso y la determinación de la persona a quien se imputa.*
- CUARTA.-** *La averiguación previa es producto de la función investigadora de los delitos o función de policía judicial que, en nuestro sistema de derecho, debe realizar el Ministerio Público, conforme a lo mandado por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

- QUINTA.-** *El contenido de la averiguación previa está constituido por el conjunto de diligencias que debe practicar el Ministerio Público para la comprobación del hecho que se presume delictuoso y la identificación del sujeto o sujetos a quienes se imputa.*
- SEXTA.-** *En el supuesto de que el Ministerio Público decida no ejercitar la acción penal en contra del o de los probables responsables de un delito denunciado, el sujeto pasivo del delito, que es el más interesado en que se lleve a cabo la persecución del ilícito, no tiene ningún recurso legal efectivo que hacer valer (Excepción hecha de la revisión interna en la Procuraduría correspondiente), en contra de dicha abstención o actitud negativa; esto en virtud de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto: Que el juicio de amparo no es procedente en la presunción mencionada por motivo de arrancarle la jurisdicción al órgano acusador, es decir, la facultad persecutoria otorgada por el artículo 21 Constitucional a esta Institución.*
- SEPTIMA.-** *La resolución de no ejercicio de la acción penal que dicte el Ministerio Público Federal durante la etapa de la Averiguación Previa, deberá concretarse a alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

OCTAVA.-

Por la anarquía y desorientación que existe en la Institución del Ministerio Público, así como la escasa moral y poca ética profesional de algunos de los agentes investigadores de la Institución del Ministerio Público (causa y consecuencia de la corrupción que existe en nuestro país), consideramos que es necesario que se promulgue una ley que regule específicamente los actos y actuaciones del Ministerio Público, una ley reglamentaria (además de la Ley Orgánica) que al menos ajuste a los principios generales del derecho y a nuestra Constitución y así puedan sujetarse a un control y examen de legalidad las determinaciones administrativas (acuerdos de procuradores), como los de no ejercicio de la acción penal que ya bien analizados y sin abuso de interpretación se podrían elevar al rango de leyes (para que no puedan ser tan fácilmente, modificadas por el titular en turno) y dar con esto una verdadera seguridad jurídica a los gobernadores.

NOVENA.-

Debe modificarse la Ley secundaria, (Código Federal de Procedimientos Penales, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), así como las leyes orgánicas y los acuerdos; para que la Institución del Ministerio Público en todos los casos en que se encuentren reunidos los requisitos de procedibilidad (artículo 16 Constitucional) deba indicar el procedimiento motivado y provocando una resolución jurisdiccional; así también es necesaria e inminente la modificación a la aberrante y contradictoria Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, permitiendo así el

juicio de amparo en contra de los actos de autoridad del Ministerio Público durante la averiguación previa, específicamente el de no ejercicio de la acción penal. (Recordemos que esto no es nuevo pues ya el artículo de la Ley del Ministerio Público común de 1919 establecía el recursos extraordinario de amparo, contra la resolución del Procurador General de Justicia que decidía no presentar acusación por lo hechos que un particular hubiere denunciado como delitos).

DECIMA.- *También resulta que la Institución del Ministerio Público invade la esfera jurisdiccional al juzgar indebidamente, si hubo causa excluyente de responsabilidad penal para decidir el no ejercicio de la acción penal; aquí el órgano acusador se confiere la facultad decisoria propia del juez y que indudablemente no le corresponde.*

UNDECIMA.- *Consideramos que si es procedente el juicio de amparo contra los actos del Ministerio Público ya que estos son actos de autoridad y violan las garantías individuales (artículos 14, 16, 17 y 21 constitucionales que consagran garantías individuales para los gobernados y no para la autoridades que en estos preceptos se mencionan, pues de ser así no se entendería su ubicación en la parte dogmática de la Constitución General de la República sino que deberían estar en la parte orgánica). Y que además causa perjuicio irreparable al sujeto pasivo del ilícito sin que haya ningún recurso eficaz que se pueda*

interponer puesto que aún no hay siquiera un juez que conozca del caso.

Reafirmamos que los efectos del juicio de amparo en caso de concederse al quejoso sería en todo caso el solicitar del agente del Ministerio Público señalado como autoridad responsable el que de conformidad con sus atribuciones legales examine y decida lo relativo al ejercicio de la acción penal tomando en consideración tal o cual aspecto o probanza, que omitió considerar, según sea el caso, y de esta forma propiciar una mejor integración de la averiguación y por ende una determinación ajustada a derecho, lo cual es totalmente distinto a que vaya hacer la propia autoridad judicial quien ejerce la acción penal, ni mucho menos el recurrente (sujeto pasivo del delito) invadiendo funciones esenciales o exclusivas del Ministerio Público como lo manifiesta la jurisprudencia de la Corte.

DUODECIMA.- *Podemos manifestar, que los derechos de la víctima del delito palidecen considerablemente frente al cúmulo de garantías concedidas al probable autor del crimen, a pesar de la puril o superflua afirmación de que el órgano persecutor de los delitos los representa debidamente en todo y por todo; quien sufrió el daño, las lesiones (el sujeto pasivo del ilícito) tiene un derecho tan relativo que ni siquiera le es permitido asomarse al expediente, se le esconde estos, se le niega informes, etcétera convirtiéndose así el sujeto pasivo del delito en una víctima del*

delincuente y luego por una errónea interpretación de la ley o por intereses del Representante Social, resulta también ser víctima de éste mismo (Ministerio Público).

DÉCIMA

TERCERA.-

Es urgente una reforma a la Constitución Política para efecto de que el Ministerio Público no monopolice el ejercicio de la acción penal y que en su momento dé cabida al particular para solicitar a la justicia federal su ejercicio como en el juicio civil, ya que en tanto que una reforma legislativa no derogue o abrogue las disposiciones inconstitucionales o anticonstitucionales, poniendo así, en este aspecto a nuestra legislación a la altura de las grandes principios procesales y se aclare la aberrante y contradictoria jurisprudencia, la procedencia del juicio de amparo o de garantías debe ser firmemente sostenida con fundamento en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, que afirma que ésta no puede ser violada por leyes secundarias, esto con relación a lo dispuesto por el artículo 17 Constitucional que nos garantiza que los tribunales estarán, expeditos para administrar justicia y con el artículo 21 del mismo ordenamiento que garantiza que una vez reunidos los requisitos de procedibilidad (artículo 16 Constitucional) el Representante Social llevará a cabo su función, no sin antes recomendar la modificación al artículo 10 de la Ley de Amparo en efecto de legitimar procesalmente a la persona que resulte tener interés jurídico en que se ejercite la acción penal en contra del probable responsable por la comisión de un delito.

“BIBLIOGRAFIA”

BIBLIOGRAFIA

ACERO, Julio Procedimiento Penal. 4a. edición. Cajica. Puebla. México. 1992.

ARELLANO GARCIA, Carlos. El Juicio de Amparo. 18a edición. Porrúa. México. 1994.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Amparo Mexicano. 8a. edición. Porrúa. México. 1993.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. 7a. edición. Trillas. México. 1993.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El juicio de Amparo. 20a. edición. Porrúa. México. 1994.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 15a. edición. Porrúa. México. 1993.

CASTELLANOS SOBERANES, Miguel Angel. El monopolio del ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. 2a. edición, UNAM. México. 1994.

CASTRO, Juventino. El Ministerio Público en México. 10a edición. Porrúa. México. 1994.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 12a. edición. Porrúa. México. 1994.

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal. 2a. edición. Duero. México. 1993.

FIX ZAMUDIO, Héctor. El Juicio de Amparo. 5a. edición. UNAM. México. 1993.

FLORIAN, Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal. 4a. edición. BOSCH. Barcelona. España. 1980.

FRANCO SODI, Carlos. Comentarios al Código de Procedimientos Penales. 6a. edición. Porrúa. México. 1993.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 6a. edición. Porrúa. México. 1994

FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 8a. edición. Porrúa. México. 1994.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 15a. edición. Porrúa. México. 1993.

HERNANDEZ, Octavio. Curso de Amparo. 5a. edición. Herrero. México. 1993.

LIMA, Ma. de la Luz. La política Criminal. 6a. edición. UNAM. México. 1993.

MACLEAN, Estenos. El Proceso Penal en el Derecho Comparado 10a. edición. Librería Jurídica. Argentina. 1989.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. T.I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Harla. Santiago de Chile. 1980.

MENDOZA RIOS, Josefina. La Menor Delincuente. 3a edición. UNAM. México. 1993.

MORENO CORA, Silvestre. Tratado sobre el juicio de Amparo. 7a. edición. Lymusa. México. 1994.

NORIEGA CANTU, Alfonso. Lecciones de Amparo. 4a. edición. Porrúa. México. 1992.

PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. 7a. edición, Porrúa. México. 1993.

PIÑA PALACIOS, Javier. Origen del Ministerio Público en México. 10a. edición. Porrúa. México. 1994.

RIVERA SILVA, Mameel. El Procedimiento Penal. 15a. edición. Porrúa. México. 1993.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología. 5a. edición. Porrúa. México. 1994.

SOSA CHACIN, Jorge. La Victimología. 3a edición. UNAM. México. 1992.

TOCA CANGAS, Amador. El Ministerio Público en el Juicio de Amparo. 10a. edición. Trillas. México. 1994.

LEGISLACION

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 75a. edición. Porrúa. México. 1994.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 5a. edición. Delma. México. 1994.

CODIGO PENAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 7a- edición. Delma. México. 1994.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 9a. edición. Sista. México. 1994.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 3a. edición. Congreso de la Unión. México. 1994.

LEY DE AMPARO. 62. edición. Porrúa. México. 1994.