

334
21.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

**NECESIDAD DE ADICIONAR EL
ARTICULO 21 DE LA
CONSTITUCION FEDERAL, EN
CUANTO A LA ACTUACION
DEL MINISTERIO PUBLICO
FRENTE A LAS CAUSAS DE
EXCLUSION DEL DELITO**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

**ALFREDO JESUS ORTEGA DUARTE
ASESOR: LIC. GRACIELA LEON LOPEZ**

México, 1996

**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 MIS PADRES:

**Como un testimonio de gratitud y eterno reconocimiento,
por el apoyo que siempre me han brindado y con el cual he
logrado terminar mi carrera profesional.**

A MIS HERMANOS:

**Braulio, Marciano y Manuel, con fraternal cariño
y gratitud al respaldo recíproco que siempre ha
existido entre nosotros.**

A TODA MI FAMILIA:

Por la comprensión y cariño que me han brindado.

A MIS MAESTROS:

Sincero agradecimiento, ya que en su momento contribuyeron en mi formación profesional, en especial a la Lic. María Graciela León López, quien tubo la amabilidad de dirigirme el presente trabajo, gracias licenciada por el apoyo brindado.

AL SER TODO PODEROSO:

Quien todo lo ve, que ha sido y seguirá siendo guía en mi andar.

NECESIDAD DE ADICIONAR EL ARTICULO 21 DE LA CONSTITUCION FEDERAL, EN CUANTO A LA ACTUACION DEL MINISTERIO PUBLICO FRENTE A LAS CAUSAS DE EXCLUSION DEL DELITO.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCEDIMIENTO Y EN EL PROCESO PENAL	5
1.1:Definición y Etapas del Procedimiento Penal.....	5
1.2:Objeto de la Averiguación.....	9
1.3:Principios que Rigen la Actuación del Ministerio Público... 14	
1.4:Determinaciones del Ministerio Público.....	16
1.5:Proceso Penal.....	19
CAPITULO SEGUNDO	
EJERCICIO DE LA ACCION PENAL	37
2.1:Definición de la Acción Penal.....	37
2.2:Procedencia del Ejercicio de la Acción Penal.....	44
2.3:Principios Fundamentales de la Acción Penal en México.....	46
CAPITULO TERCERO	
EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL	54
3.1:Causas.....	55
3.1.1:No Integración del Tipo Penal.....	56
3.1.2:No Integración de la Probable Responsabilidad.....	57
3.1.3:Extinción de la Acción Penal.....	58
3.1.4:Causas de Exclusión del Delito.....	63
3.1.4.1:Análisis del Artículo 15 Fracción I del Código Penal.....	63

3.1.4.2:Análisis del Artículo 15 Fracción II del Código Penal.....	66
3.1.4.3:Análisis del Artículo 15 Fracción III del Código Penal.....	68
3.1.4.4:Análisis del Artículo 15 Fracción IV del Código Penal.....	71
3.1.4.5:Análisis del Artículo 15 Fracción V del Código Penal.....	80
3.1.4.6:Análisis del Artículo 15 Fracción VI del Código Penal.....	83
3.1.4.7:Análisis del Artículo 15 Fracción VII del Código Penal.....	92
3.1.4.8:Análisis del Artículo 15 Fracción VIII del Código Penal.....	99
3.1.4.9:Análisis del Artículo 15 Fracción IX del Código Penal.....	103
3.1.4.10:Análisis del Artículo 15 Fracción X del Código Penal.....	105
3.2: Sistemas de Control del No Ejercicio de la Acción Penal.....	107

CONCLUSIONES.....	118
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	130
--------------------------	------------

INTRODUCCION

La presente investigación obedece a su gran mayoría al estudio de una figura muy importante dentro del procedimiento penal mexicano, tanto en la etapa de la averiguación previa en donde tiene a su cargo la función investigadora y de ejercicio de la acción penal, así como durante el proceso penal, en el cual lleva a cabo una función persecutora, y en su caso acusatoria, actividades que en su conjunto realiza en virtud del carácter que tiene como representante del interés social en las causas penales, la figura a la que hacemos referencia es el Ministerio Público.

Cabe señalar que en este trabajo se han omitido situaciones de carácter histórico desde las que abarcarían al Ministerio Público en sus diferentes etapas evolutivas, como también los diferentes tipos de enjuiciamiento, con la intención de ver las perspectivas presentes y futuras del representante social frente a las causas de exclusión del delito.

Con la finalidad de dar cumplimiento a la representatividad, la ley a conferido a dicho funcionario una serie de atribuciones, sobre todo durante la Averiguación Previa, las cuales son dignas de reflexión, toda vez que en un momento determinado podíamos llegar a pensar que éstas, sobrepasarían el encargo o facultad del Ministerio Público que a nivel constitucional se le a otorgado. Tal es el caso de la disposición contenida en el artículo 3º bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal con el que se le faculta a dicho funcionario, a que en las averiguaciones previas en que se tenga conocimiento o se demuestre que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen el delito, aquél pondrá en libertad a éste y no ejercerá acción penal.

Analizando el artículo anterior nos formulamos algunos cuestionamientos en razón de duda acerca de su validez jurídica a nivel constitucional en base al siguiente estudio:

El artículo 21° de la Constitución Federal, sostiene en su segundo enunciado: “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”, del análisis de este enunciado podemos afirmar que la Policía Judicial coadyuvará con el Ministerio Público en forma subordinada a la investigación o búsqueda de los elementos que motiven la persecución de los delitos .

En segundo lugar podemos decir que el Ministerio Público se hará allegar de elementos que integren el tipo penal así como la probable responsabilidad de un o unos individuos probablemente responsables.

En otras palabras el Ministerio Público tiene a su cargo la persecución de los delitos, esa persecución comprende una primer fase investigadora y otra de ejercicio de la acción penal, pues como se expuso anteriormente en grado de probable responsabilidad y acreditado el tipo penal se ejecutará la segunda de éstas, ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

Esta sería la función que a rango constitucional se le asigna al Ministerio Público; ahora bien, a dicho funcionario a través del artículo 3° bis. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 3°, sección A, fracción VI, inciso d); de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se le faculta también a no ejercitar acción penal, ante la presencia de una causa de exclusión de un delito que puede estar acreditado; ya no se allega de elementos necesarios que integren el tipo penal y la probable responsabilidad, pudiendo pensar que dicho funcionario está decidiendo sobre una relación jurídico sustancial de derecho, ya que tiene que determinar la presencia de una causa de exclusión del delito, para consecuentemente ejercitar o no acción penal, de aquí que nazca la idea que se había plasmado en párrafos anteriores, acerca de que ésta última función de resolver sobre la procedencia o no de una causa de exclusión de delito, no está contemplada a rango constitucional tanto en el artículo 21° como en el 73°, de la Carta Magna, ya que este último se refiere a las facultades

del Congreso, en su fracción VI, numeral 6º, expone que el Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo de un Procurador General de Justicia, que dependerá directamente del Presidente de la República, quien lo nombrará y removerá libremente, pero en ningún momento nos habla de la capacidad que tenga el representante social, para calificar la procedibilidad de la causa de exclusión.

Posiblemente la facultad en comento deba su existencia a la representatividad del interés social que tiene el Ministerio Público, ya que lógico es considerar que constituido éste, con tal carácter tiene igual obligación de perseguir a quienes hayan cometido alguna conducta que ponga en peligro el bienestar y armonía sociales, como el defender a quien no resulte responsable de la conducta que se le atribuye, de ahí que si un sujeto en determinado momento es acusado por una conducta que a primera vista es delictiva, pero ésta fué realizada estando amparado por una causa de exclusión del delito, el Ministerio Público no podrá actuar en contra de dicho sujeto, miembro de la sociedad, lo que nos expresa tácitamente, una facultad de no ejercicio de acción penal en su contra, ya que por el contrario tendría que ampararlo y protegerlo, basándose en la aplicación de la ley y procuración de justicia, ya que el objetivo de ésta última instancia es básicamente lograr el bienestar de todos y cada uno de los que componen a la sociedad, que en este caso representa.

Pero en el supuesto del carácter del Ministerio Público como representante social, en sentido estricto, no logra justificar la facultad de no ejercitar acción penal cuando se acredite la presencia de una causa de exclusión, porque en determinado momento ¿Cómo podía entenderse el interés social, en relación al no ejercicio de la acción penal ?, pensando con esto que sobrepasa las facultades asignadas constitucionalmente, ya que la Carta Magna como se menciona anteriormente, le confiere la persecución de los delitos, en su primer fase investigadora y producto de ésta el ejercicio de la acción penal, pero en ningún momento se habla de no ejercicio de acción penal, frente a las causas de exclusión del delito.

4

La serie de inquietudes que se expusieron anteriormente, constituyen el motivo del presente trabajo, pues en determinado momento del análisis de esta investigación y del razonamiento exhaustivo de la misma podemos obtener respuestas lógicas y coherentes con las que podamos determinar si la facultad otorgada al Ministerio Público a través del artículo 3° bis. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, podría ser considerada como parte del interés social que representa dicho funcionario, con la finalidad de mantener la paz social y el orden público, o bien, si en determinado momento, el representante social está quizás llevando a cabo funciones no concedidas a él, ya que probablemente el órgano jurisdiccional dada su naturaleza sería el indicado a resolver sobre la presencia de una causa de exclusión de delito, o vemos en la necesidad de adicionar el artículo 21° constitucional, describiendo dicha facultad de no ejercicio, en el precepto antes citado elevándose así a rango constitucional la actividad tantas veces citada.

CAPITULO PRIMERO

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCEDIMIENTO Y EN EL PROCESO PENAL.

1.1. DEFINICION Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Podemos encontrar una gran variedad de definiciones acerca del Procedimiento Penal, ya que por lo regular cada autor va elaborando su propio concepto, algunos de ellos son afines, es así que hay doctos del derecho que manejan sinónimos del Procedimiento Penal, como es el caso de Guillermo Colín Sánchez, quien también lo llama: "Procedimientos Criminales, Práctica Criminal, Derecho Adjetivo, Procedimiento Penal, Derecho Procesal Penal, e inclusive Derecho de Procedimientos Penales, definiéndolo como el conjunto de normas que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades que deben de observarse para ser factible la aplicación del derecho penal sustantivo."¹

Para José González Bustamante, " El procedimiento penal está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas de derecho procesal penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal."²

Manuel Rivera Silva señala que el procedimiento penal es " el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente

¹ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 13a. ed., México, Porrúa, 1992, pág. 3.

² González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, 10a. ed., México, Porrúa, 1991, pág. 122.

establecidos, que tiene por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito, para que en su caso aplicar la sanción correspondiente".³

Podíamos continuar enumerando diferentes definiciones del procedimiento penal, pero tomando en cuenta los elementos proporcionados por los estudiosos del derecho antes citados, concluimos que el procedimiento penal es el conjunto de actuaciones reglamentadas por preceptos establecidos que regulan y determinan conductas que pueden ser calificadas como delito, para que en su caso se aplique la sanción correspondiente.

Retomando esta serie de ideas nos ponemos a pensar ¿de dónde surge la necesidad de establecer normas que determinen un procedimiento?, pues si cada hombre realizara todo lo que sus exigencias íntimas solicitan, la vida sería imposible.

En si al hablar de normas que van a determinar un procedimiento, se establece por consecuencia, conductas y limitaciones en el proceder, para hacer efectiva la convivencia de los individuos. Por ende el estado como representante de la sociedad, vela por la vida de la misma sociedad y como resultado de esa tutela, establece limitaciones necesarias para la efectividad de la vida social.

Estas prohibiciones, en el área del derecho penal, es el señalamiento de lo que el hombre no debe de hacer, y el Estado evitando éstas conductas antisociales recurre a métodos que vienen a ser una advertencia de una pena, al que realice proceder delictivos, apareciendo así las sanciones, es decir un castigo para quien incurre en una prohibición prevista en la ley.

Podemos llegar a pensar que con la aplicación de la sanción se pudiese lograr evitar que se cometan delitos por parte de las personas que nunca

han cometido, por el temor a una sanción, esta vendría a ser una función de prevención por parte del Estado, y los infractores se abstengan de hacerlo tomando en cuenta la sanción que se les impuso.

Ahora bien, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la existencia del procedimiento constituye una garantía de seguridad jurídica a nivel constitucional, ya que la función jurisdiccional implica una serie de actos que permiten la resolución del caso, pero no de manera arbitraria.

En este orden de ideas el artículo 14° constitucional señala: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, si no mediante el juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Así también el artículo 16° constitucional dispone: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, o posesiones, si no en virtud del mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento ...”

Aunque señalaremos más adelante la participación del Ministerio Público en cada una de las fases del procedimiento penal, desde este instante es preciso dejar aclarado que su intervención es fundamental, como persecutor e investigador de todas las conductas delictivas y titular del ejercicio de la acción penal actuando siempre en representación de los intereses de la sociedad, como lo establece el artículo 21° de la Constitución Federal: “La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...”.

Como ya se concluyó anteriormente, el procedimiento penal es un conjunto de actuaciones reglamentadas por preceptos establecidos que regulan y determinan conductas que pueden ser calificadas como delitos para que en su caso se aplique la sanción correspondiente.

4/ Esta serie de actuaciones van concatenadas de manera lógica y cronológica, se dividen en fases, mismas que se denominan etapas procedimentales.

Para Manuel Rivera Silva, el procedimiento penal se divide en :

- a) período de preparación de la acción procesal .
- b) período de preparación del proceso.
- c) período de proceso .

A su vez estos tres momentos en que se divide el procedimiento los describe de la siguiente manera:

El primero, en que la autoridad investigadora reúne los elementos necesarios para acudir al órgano jurisdiccional, el segundo, en el que la autoridad judicial, antes de abrir un proceso busca la base de el mismo, mediante la comprobación del tipo penal y la posible responsabilidad, y el tercero, en el que habiendo base para un proceso, se abre éste y las partes aportan los medios probatorios fijando sus posiciones tomando en consideración esos medios probatorios, y el juez resuelve.⁴

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no maneja ninguna disposición que señale expresamente las etapas en que se divide el procedimiento, que inicia con motivo de la comisión de un delito, sin embargo de su articulado se deduce que lo divide en:

- 1.- El período de diligencias de la policía judicial que propiamente termina con la consignación, e inician desde que el Ministerio Público tiene conocimiento de la comisión de un hecho posiblemente delictuoso.
- 2.- El período de preinstrucción que principia cuando el detenido

⁴ Rivera Silva, op. cit., pp. 21 y 22.

queda a disposición de la autoridad judicial y termina con la resolución dictada en el plazo de setenta y dos horas.

3.- El período de juicio, que va del auto de formal prisión o sujeción a proceso hasta que se dicta sentencia.

No obstante lo anterior, podemos afirmar que respetando los criterios de los doctos del derecho, podemos ejemplificar para su mejor comprensión al procedimiento penal de la siguiente manera:

PROCEDIMIENTO PENAL					
Averiguación previa	PROCESO			PROCESO	PROCESO
	Preinstrucción	Instrucción	Juicio	2a. INSTANCIA	Amparo

1.2 OBJETO DE LA AVERIGUACION

Ya en el punto anterior se empezó a hablar de la averiguación previa, pudiéndonos percatar que ésta es parte del procedimiento, ahora bien, Humberto Briseño Sierra, sostiene "que la averiguación previa es el primer momento procedimental que implica la actividad averiguatoria y de investigación."⁵ Efectivamente como lo manifiesta el autor antes citado, la averiguación previa podíamos definirla como la primera etapa del procedimiento penal, en la que el Ministerio Público en su carácter de autoridad, a partir de que tiene conocimiento de la posible afectación de un bien penalmente tutelado y en ejercicio de su función persecutora, realiza todas las diligencias necesarias que le permitan determinar, si ejercita o no la acción penal; debiendo tener integrado el tipo penal para

⁵ Briseño Sierra, Humberto. *EL Enjuiciamiento Penal Mexicano*. México, Trillas. 1988, pág. 130

el caso que se ejercitara acción penal, por lo tanto se haría probable la responsabilidad.

Deseando encontrar quien es el titular de la averiguación previa, analizaremos el artículo 21° constitucional, ya que de acuerdo a este precepto, se le confiere al Ministerio Público la atribución de perseguir los delitos, al ordenar: " 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 ", esta actividad abarca la fase procedimental en estudio.

De lo anterior se puede deducir que el titular de la averiguación previa, es el Ministerio Público, pues si el artículo 21° constitucional le otorga la atribución a éste de averiguar, de investigar y de perseguir los delitos, esta facultad la lleva a cabo mediante la averiguación previa, evidentemente y por consecuencia la titularidad de la averiguación previa corresponde al Ministerio Público.

Además del apoyo de orden constitucional con que cuenta el Ministerio Público, existen disposiciones que le atribuyen la titularidad de la averiguación previa, pues el artículo 3° fracción I. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone, corresponde al Ministerio Público:

I. Dirigir a la policía judicial en la investigación que ésta haga, para comprobar los elementos del tipo, ordenándole la práctica de diligencias que, a su juicio estime necesarias para cumplir debidamente su cometido, o practicando el mismo aquellas diligencias. En el mismo sentido se encuentran los artículos 1° y 2° fracciones I y II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, otorgan la calidad de titular de la averiguación previa al Ministerio Público.

La averiguación previa se inicia, al manifestarse al Ministerio Público la afectación de un bien penalmente tutelado, es decir debe iniciarse mediante una noticia que haga del conocimiento de éste, la comisión de

un hecho posiblemente constitutivo de delito, esa noticia puede ser proporcionada por un particular, un agente, o miembro de una corporación policiaca, o cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho posiblemente delictivo.

El Ministerio Público, no esta autorizado para iniciar su función persecutoria o investigadora sin haber recibido previa noticia de la comisión de un delito, ya que el artículo 16º constitucional nos señala lo que llamaríamos: Requisitos de Procedibilidad, que vienen a ser las condiciones legales que deben cumplirse para iniciarse una averiguación previa, y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica, el precepto constitucional antes citado nos señala como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela.

La denuncia es el acto jurídico consistente en la declaración que cualquier persona formula ante el Ministerio Público, haciéndole de su conocimiento la posible comisión de un delito.

La querrela es el acto jurídico consistente en la declaración que tan solo puede ser formulada por quien se considere agraviado, (por si mismo o por medio de su representante legal) ante el Ministerio Público, haciéndole de su conocimiento la posible afectación de un bien jurídicamente tutelado, del cual es titular .

La acusación viene señalada constitucionalmente como una tercera forma de iniciar el procedimiento, ahora bien esta se entiende como la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido, pero lo curioso es que esta institución jurídica aparece dentro de la tercera etapa del proceso penal denominada juicio, al momento en que el Ministerio Público formula conclusiones de tipo acusatorias.

También existen otras disposiciones en las que se hace referencia a otros medios de iniciación del procedimiento penal, como la excitativa, la

autorización y la declaración de procedencia, que de acuerdo a su naturaleza los podemos entender como modalidades de la querrela. La excitativa es una especie de querrela exclusiva, formulada por el representante de un país extranjero, en los delitos de injuria, difamación o calumnia, cuando son cometidos en contra de su Nación, de su gobierno o de sus agentes diplomáticos que se encuentren en la República Mexicana. (art. 360 fracc. II del Código Penal para el Distrito Federal.)

La autorización es la anuencia manifestada por los organismos o autoridades competentes, en los casos previstos en la ley, para la persecución de la acción penal, tal es el caso del permiso del superior para proceder en contra de un juez, magistrado o agente del Ministerio Público (art. 672 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) o la declaratoria de procedencia para el desafuero de los Diputados, Senadores al Congreso de la Unión, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del Distrito Federal; el titular del órgano de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como los Gobernadores del Estado, Diputados locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados (párrafo primero y quinto del artículo 111 constitucional.)

Una vez que se hace del conocimiento del Ministerio Público la probable comisión de un delito, a través de los medios señalados, es donde entra la actividad investigadora misma que entraña una labor de auténtica averiguación, pues de la búsqueda constante se puede llegar a acreditar el tipo penal y la probable responsabilidad.

De ahí la actividad investigadora pasa a ser un requisito necesario y forzoso del ejercicio de la acción penal.

Una vez aclarada y comprendida la definición de la averiguación previa, así como analizadas las formas de procedencia de la misma,

podemos afirmar que la actividad investigadora de Ministerio Público inicia una vez que ha tenido conocimiento de la posible afectación de un bien jurídicamente tutelado, teniendo por objeto reunir los elementos mediante los cuales se pretende verificar y constatar la afectación de dichos bienes, así como la persona o personas autores de esa conducta. Por lo tanto el objeto de la primera etapa procedimental penal, consiste única y exclusivamente en reunir pruebas suficientes para integrar el tipo penal, la probable responsabilidad y circunstancias de comisión, a efecto de que el Ministerio Público que conoció de la averiguación previa se encuentre en posibilidad de ejercitar la acción penal.

Como consecuencia del objeto de la averiguación se reflejará la existencia de pruebas suficientes, para acreditar quien o quienes realizaron la conducta típica, cuya existencia ya se encuentra debidamente probada.

Ahora bien el tipo penal, es la descripción legal de una conducta la cual es considerada como delictiva.

La probable responsabilidad, encierra a una persona física considerada como autor de una conducta típica, o de aquella persona idónea para producir el resultado típico; y las circunstancias exteriores de comisión, son aquellas que reflejan el lugar, tiempo y modo de realización de la conducta posiblemente delictiva.

El artículo 122 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, nos establece la forma de como va a cumplirse el objeto de la averiguación previa, al establecer " El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ámbos requisitos están acreditados en autos." Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos: y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión; así mismo se acreditarán, si el tipo lo requiere:

a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión c) El objeto material; d) Los medios utilizados; e) Las circunstancias de lugar, tiempo modo y ocasión; f) Los elementos normativos; g) Los elementos subjetivos específicos y h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

1.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACION DEL MINISTERIO PUBLICO.

Los principios que suelen desprenderse de la actuación del Ministerio Público son:

a) La iniciación de la investigación no se deja a la iniciativa del órgano investigador (Ministerio Público).

Toda averiguación previa, debe iniciarse mediante una noticia que haga del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito, tal noticia puede ser proporcionada por un particular, un agente miembro de una corporación policiaca o cualquier otra persona que tenga conocimiento de un hecho que pueda producir la afectación de un bien jurídicamente tutelado.

b) También la actividad investigadora está regida por el principio de oficiosidad. Una vez que el Ministerio Público ha tomado noticia de la posible comisión de un delito, éste oficiosamente lleva a cabo la búsqueda de pruebas para su integración, es decir no se requiere la solicitud de parte inclusive en los delitos que se persiguen por querrela.

c) La investigación está sometida al principio de legalidad. Los pasos a seguir por parte del Ministerio Público, para que reúna las pruebas que estime necesarias para la comprobación del delito, varía dependiendo del tipo de delito y circunstancias en que se dió; tomando en cuenta lo anterior, el Ministerio Público de oficio practica su averiguación, pero ésta en ningún momento debe ser arbitraria, pues no debe de atacar las disposiciones legales y constitucionales.

Por lo que respecta al principio de jerarquía en éste, el Ministerio Público esta organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por consiguiente los agentes son sólo prolongación del titular, motivo por el que reciben y acatan sus ordenes, por que la acción y el mando es competencia exclusiva del Procurador.

e) Principio de Indivisibilidad, en virtud del cual los funcionarios no actúan a nombre propio, sino exclusiva y precisamente de la Institución, de tal suerte que si varios agentes intervienen en un asunto determinado, estos representan en todos sus actos a una sola Institución.

f) Principio de irrecusabilidad, que implica que los agentes del Ministerio Público en lo particular, puedan y deban conocer indiscriminadamente de cualquier asunto que se someta a su consideración, existiendo la posibilidad de que puedan eximirse del conocimiento de algún negocio cuando pudiese existir alguna causa o impedimento que la ley señala.

1.4 DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.

Ya que el Ministerio Público, llevó acabo todas las diligencias necesarias para la integración de la averiguación previa, éste deberá tomar una determinación. Esta resolución puede ser en dos sentidos:

- I) De consignar, o
- II) De no consignar.

I) La consignación es el acto por el cual, una vez integrada la averiguación previa, el Ministerio Público ejercita acción penal, poniendo a disposición del órgano jurisdiccional (Juez) las diligencias practicadas, y en su caso al indiciado, iniciándose el proceso penal.

Ahora bien la consignación procede cuando el Ministerio Público, en ejercicio de su función investigadora logra integrar el tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado.

El artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal nos indica: “cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad de indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda”.

El artículo 16 constitucional nos da también fundamento legal de la consignación, al establecer que en la averiguación, deben existir datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

De tal suerte el acto consignatorio puede darse en dos formas:

- a) Con detenido.
- b) Sin detenido.

La consignación con detenido puede suponer que el probable responsable fue aprehendido sin orden de la autoridad judicial, que de acuerdo con el artículo 16 constitucional, esta detención puede ser en los siguientes casos:

1.- En flagrante delito, en este caso la detención puede realizarla cualquier persona y tanto por delitos perseguibles por denuncia como los que se persiguen de querrela, surgiendo la obligación para quien llevó acabo la aprehensión, de poner al detenido sin demora alguna a disposición de la autoridad inmediata. Entendemos por flagrante delito sorprender o encontrar a una persona en el momento que esta realizando una conducta típica, independientemente del resultado, o después de realizar la mencionada conducta se le persigue en forma inmediata y el perseguidor no le perdió la vista.

2.- En caso de urgencia, que comprende aquellos casos en que no hay en el lugar ninguna autoridad judicial a quien solicitarle la orden de aprehensión, y exista certeza de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia; al respecto el artículo 16 párrafo V de la Constitución Federal, nos dice:

“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 acudir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.

La obligación en este caso del Ministerio Público es poner al indiciado a disposición de la autoridad judicial.

Consignación sin detenido.- Se presenta cuando el Ministerio Público ha logrado integrar el tipo penal, la circunstancias exteriores y la probable responsabilidad, sin embargo el indiciado no ha sido aprehendido, toda vez

que no se presenta ni la situación de flagrancia ni de urgencia. Aquí el Ministerio Público pone a disposición del juez el expediente, donde constan todas las diligencias realizadas y solicita una orden de aprehensión, si el juez considera que con las pruebas aportadas por el Ministerio Público se acreditan el tipo penal, la probable responsabilidad y las circunstancias exteriores de la comisión y el delito de que se trata se sanciona con prisión, (pena corporal) compartirá la petición del Ministerio Público, ordenando a la policía judicial proceda a aprehender al indiciado.

II) La No Consignación.

Si el Ministerio Público después de haber realizado todas las diligencias a su alcance no logra con las mismas integrar el tipo penal, la probable responsabilidad o las circunstancias exteriores de comisión no consignará.

La no consignación, es la determinación que adopta el titular de la averiguación previa cuando existe en favor del indiciado una causa de exclusión del delito o faltan elementos para integrar el tipo penal.

Si la determinación es en el sentido que se requieren elementos para la integración del tipo penal el Ministerio Público puede recurrir a dos formas: de manera provisional y de manera definitiva. Se tomará la determinación de no consignar provisionalmente, cuando considera que por el momento no es posible reunir los multicitados tres extremos, (tipo penal, la probable responsabilidad y circunstancias exteriores de comisión), pero estima que en un futuro es posible reunirlos, ya que con algunas diligencias futuras se pudiera llenar el requisito del artículo 16 constitucional. En estos casos el asunto se dice que se envía "a reserva". En cambio si el Ministerio Público determina de manera definitiva no consignar, porque considera que es imposible reunir los elementos del tipo penal, la probable responsabilidad o las circunstancias exteriores de comisión, en estos casos el expediente es enviado al archivo como asunto concluido, en forma definitiva.

En forma excepcional se da el caso de que el Ministerio Público no reúne alguno de los extremos, falta algún elemento del tipo penal y apesar

de ello consigna, a efecto de obtener del órgano jurisdiccional una orden de cateo, para poder obtener mayores elementos que integren perfectamente el tipo penal

1.5 PROCESO PENAL.

Para comenzar a hablar del proceso penal es necesario precisar su definición, diversos criterios son vertidos al respecto, de algunos se desprenden aspectos importantes, mencionando a los siguientes estudiosos del derecho penal:

Arilla Bas, nos da una definición muy sencilla pero a la vez tajante al decir, "el proceso es el período de procedimiento que se inicia con el auto de formal prisión".⁶

Rivera Silva, nos dice que "El proceso es un conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea".⁷

De esta definición el autor de referencia desglosa elementos esenciales que son:

- a) Un conjunto de actividades,
- b) Un conjunto de normas que regulan estas actividades y
- c) Un órgano especial que decide, en los casos concretos sobre las consecuencias que la ley prevé.

Colín Sánchez nos dice: " que el término proceso se deriva de *procedere*, cuya traducción es caminar adelante, agrega que el proceso penal, es un desarrollo evolutivo que indispensablemente se sigue para el desarrollo de un fin, pero no un fin en sí mismo, si no más bien, como medio para ser manifiestos los actos de quienes en él intervienen, los cuales deberán

⁶ Arilla Bas, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, 6a. ed., México, Editores Mexicanos Unidos, S.A., 1976. pág. 9.

⁷ Rivera Silva, op. cit., pág. 177.

llevarse a cabo en forma ordenada, pues el surgimiento de uno, será el que de lugar a su vez al nacimiento de otros, y así sucesivamente, para que mediante su previa observancia se actualice la sanción prevista en la ley penal sustantiva." ⁸

García Ramírez define al proceso en general en los siguientes términos: "proceso es una relación jurídica, autónoma y compleja de naturaleza variable, que se desarrolla de situación en situación, mediante hechos y actos jurídicos conforme a determinadas reglas de procedimiento, y tiene como finalidad la resolución jurisdiccional del litigio, llevado ante el juzgador por una de las partes o atraído a su conocimiento directamente por el propio juzgador." ⁹

Para Jiménez Asenjo, "el proceso es el desarrollo que evolutiva y resolutiveamente a de seguir la actividad judicial, para lograr una sentencia." ¹⁰

Algunos otros autores manifiestan, que es un conjunto de actos y hechos jurídicamente regulados por el Derecho Penal Procesal, que determinan la existencia del delito, de la responsabilidad y participación del agente activo y sujeto pasivo, con el objeto de aplicar la sanción por el acto y omisión sancionados por la ley penal.

Podemos resumir que el proceso penal es una relación jurídico-procesal, que se desenvuelve mediante un conjunto de actos, sucesivamente entrelazados y reglamentados por la ley, en que a través de tres etapas: Preinstrucción, Instrucción y Juicio, se determina la existencia o no de una conducta delictuosa, la responsabilidad de la misma y las circunstancias exteriores de comisión, con el objeto de aplicar la sanción establecida por la ley penal al caso afirmativo.

El proceso penal es distinto al proceso civil, ya que el primero es

⁸ Colín Sánchez, *op. cit.* pág. 61

⁹ García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pág. 23.

¹⁰ Citado por Colín Sánchez, *op. cit.* pág. 59.

fundamentalmente obligatorio, con la salvedad de los delitos que se persiguen por querrela de parte, en el cual el perdón del ofendido extingue la acción penal siempre que este se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia, y el reo no se ponga a su otorgamiento (art. 93 del código penal), trayendo como consecuencia lógica la extinción de la responsabilidad penal.

Ahora bien hablamos de obligatoriedad del proceso penal, queriendo dar a entender con esto, que no queda a la voluntad de quienes en él intervienen ponerle fin a su libre arbitrio, ya que la fracción VIII del artículo 20 constitucional establece que el inculcado será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese punto, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

En cambio el proceso civil es esencialmente dispositivo, el juez no puede oficiosamente llevarlo a su término sin la actividad manifiesta de las partes.

Una vez aclarada la diferencia esencial entre proceso penal y el proceso civil, nos formamos la siguiente incógnita: ¿En qué momento nace la relación jurídico procesal?; al respecto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala en el artículo 19: “Todo proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso”. Por lo que, desde el punto de vista constitucional, el proceso inicia con el auto de formal prisión y concluye con la sentencia.

Fernando Arilla Bas, al respecto manifiesta su conformidad con el anterior criterio expresando “que el proceso inicia con el auto de formal prisión.”¹¹ De acuerdo al análisis que posteriormente hace, sostiene que es lógico pensar así porque en la lectura del artículo 19 constitucional se habla de seguir un proceso después del auto de formal prisión, de ahí que éste lo inicia.

11 Arilla Bas, op. cit., pág. 99.

El anterior criterio es reforzado por otros autores de derecho, pues todos los actos anteriores al auto de formal prisión y posteriores a la consignación, y que han comprobado el tipo penal, quedan fuera del proceso, un ejemplo es la declaración preparatoria, que de acuerdo a lo plasmado anteriormente también queda fuera del proceso.

A nuestro punto de vista en el artículo 16 constitucional, en su párrafo sexto, encontramos un punto importante, que nos precisa aún más el momento en que nace el proceso, al mencionar que en los casos 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. (art. 268 bis párrafo III del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), es decir el juez se aboca primeramente a determinar si la detención fué hecha como lo marca la Constitución.

Entendiendo que una vez que se hace el pliego de consignación por parte del Ministerio Público, la autoridad jurisdiccional en la que hubiera quedado radicada la averiguación, tomará conocimiento ratificando la consignación o poniendo en libertad al presunto responsable; y para el caso de que la consignación fuere hecha sin detenido, una vez que se radica la averiguación, y reunidos los requisitos del artículo 16 párrafo II, de la existencia de datos que acreditan el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, para que en su momento se pudiese girar la orden de aprehensión respectiva, queriendo entender así que existen otros momentos procesales antes del auto de formal prisión que se toman como referencia para el inicio del proceso, como son el auto de radicación, la satisfacción de los requisitos del art. 16 párrafo II, para librar la orden de aprehensión el cumplimiento de la misma y la declaración preparatoria; llegándose a la conclusión de que el proceso inicia desde que el juez se aboca al conocimiento de un asunto, por el ejercicio de la acción penal, (o sea a partir del auto de radicación), pues las diligencias anteriores no son sino el resultado de un medio preparatorio a ejercicio de la acción penal.

Es conveniente hacer una distinción entre relación jurídico-material y relación jurídico-procesal, pues al cometerse un ilícito penal, nace la llamada relación jurídico-material de derecho penal entre el Estado y el delincuente, porque aquél está investido de facultades legales suficientes para procurar el castigo del infractor, cuando aparece el delito surge de parte del Estado, el derecho de aplicar la ley penal a su autor, nace y se instituye como relación jurídica entre el Estado y el delincuente.

Corresponde al Estado, en representación de la colectividad el derecho y obligación de aplicar la ley, de ahí que se establece una relación jurídico-material de derecho penal, naciendo la pretensión punitiva, es decir que el Estado en cuanto toma conocimiento a través de un órgano determinado (Ministerio Público) del quebrantamiento a un ordenamiento penal, queda vinculado jurídicamente con el ofendido y el probable autor del delito, y estos a la vez con aquél, para así llevar a cabo la actividad necesaria para fundar la posición jurídica que haga nacer la relación jurídico-procesal.

La relación jurídico-material, es independiente de la relación jurídico procesal, puede darse sin que por obligación surja la última, pero la existencia de la segunda es un presupuesto lógico de la primera.

El surgimiento de la relación jurídico procesal, incumbe al Estado, a través de un órgano específicamente determinado, el Ministerio Público, a cuyo cargo están los actos de acusación en contra de un sujeto (procesado) y dirigidos a la consideración del órgano jurisdiccional, quien como consecuencia de lo anterior, manifestará su actuación por medio de actos, en cuanto el Ministerio Público provoca la jurisdicción queda vinculado jurídicamente con éste que la ejerce, de igual forma entre el Ministerio Público y el procesado, y también entre este último y el órgano jurisdiccional.

Pudiendo concluir que la relación jurídico procesal, nace con el ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, y se perfecciona cuando este dicta el Auto de Radicación, iniciándose lo que la doctrina a llamado etapa de preinstrucción, misma que fenece con el Auto de Término Constitucional de setenta y dos

horas.

Es necesario comentar, que hay autores que sostienen la idea de que el proceso inicia con el auto de término constitucional de las 72 horas, y a la etapa anterior le denominan preproceso. Dicho término se encuentra consagrado en el artículo 19° constitucional, al establecer que ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, y siempre y cuando de lo actuado, aparezcan datos suficientes que acrediten el tipo penal que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.

El auto de término constitucional puede consistir en:

- a) auto de libertad.
- b) auto de sujeción a proceso o auto de formal prisión.

Señala el artículo 287 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde que el indiciado a quedado a disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción, se proceda a tomarle su declaración preparatoria.....

A hora bien, si se dicta auto de libertad, se dá por terminado el proceso, no obstante, si el órgano jurisdiccional determina dictar auto de sujeción a proceso o auto de formal prisión, tomándose en cuenta la gravedad del delito, se inicia el segundo período del proceso denominado instrucción. ¿El porqué hablamos de que el juzgador tome en cuenta la gravedad del delito?, es en el sentido del beneficio constitucional consagrado en el artículo 20 fracción I, que sostiene que el inculpado podrá: "inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional, bajo caución, siempre y cuando se garantice, el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado, y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba

conceder este beneficio".

Una vez dictada la formal prisión, se inicia como ya se dijo el segundo período de proceso, denominado instrucción, mismo que comprende aquellos actos de ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, y culmina con el auto que declara cerrada la instrucción.

Finalmente, a partir de este auto ambas partes, el Ministerio Público y el Organo de Defensa (integrado por el procesado y su defensor), proceden a formular sus respectivas conclusiones; por lo cual; cada una de las partes dan a conocer al juez la posición que guardan respecto de la pretensión punitiva; a partir de las conclusiones se inicia la tercera etapa del proceso, denominada Juicio y que termina con el acto por el que el juez emite una decisión, esto es la sentencia.

Hay autores de derecho, que manejan el recurso de apelación como un proceso seguido en segunda instancia ante el Tribunal de Alzada, y de igual forma el amparo, solicitado por el fallo de la segunda instancia, pero ámbos procesos forman parte del procedimiento penal.

Nos podemos cuestionar acerca del objeto del proceso penal, el cual a sido dividido por los tratadistas en principal y accesorio.

a) Objeto principal.- el objeto fundamental del proceso penal, es la determinada relación de derecho penal, que surge de un acto que se considera delito, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se le atribuye dicho acto, con el fin de que se aplique a éste último la ley penal.

Ahora bien ese objeto principal, es la cuestión sobre la cual versa el proceso, (relación jurídico material de derecho penal), sin la cual no sería posible concebir su existencia . Podemos decir que responde al interés de la sociedad, pues con la ejecución de la penas se busca:

1) Restablecer el orden jurídico alterado con motivo de la comisión de delitos .

2) Evitar la comisión de nuevos delitos.

b) Objeto accesorio.- éste es la consecuencia del primero, y cobra vida en cuanto se ha dado el principal, y consiste en la reparación del daño. Se refiere esencialmente al interés de los particulares jurídicamente afectados, pues con el pago de las prestaciones económicas (excepto la multa), se pretende reparar el daño y los perjuicios causados a los ofendidos con motivo de la comisión del delito. El artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de Fuero Federal dispone:

La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y sino fuese posible, el pago del precio de la misma.

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

No obstante lo anterior, con el derecho mexicano de acuerdo con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, que indica:

La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño, ésta última forma parte del objeto principal cuando es exigible al procesado, y del accesorio si debe exigirse a un tercero, como lo ordena el numeral 32 del ordenamiento antes señalado:

“Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29 :

I Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad.

II. Los tutores y los custodios, por delitos de los incapacitados que

se hallen bajo su autoridad.

III Los directores de los internados o talleres que reciban en su establecimiento a discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten estos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos.

IV Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles, de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos, y artesanos con motivo y en el desempeño de su servicio.

V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y

VI. El Estado, es solidariamente responsable por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueren culpables.

Ampliamente se a expuesto los objetos del Proceso, pero ¿cuál es la razón, o finalidad del proceso?, o en otras palabras ¿qué podríamos entender por fines del proceso?.

Podemos definir los fines del proceso, como el conocimiento que en cada caso concreto persiguen alcanzar los tribunales, respecto que si las afectaciones de los bienes tutelados constituyen o no delito y, en caso afirmativo, los elementos que les sirven de base para determinar la pena que ha de imponerse a su autor.

Dicho conocimiento debe alcanzar el grado de certeza (convicción de que se conoce la verdad), pues si existe duda respecto de la integración del delito, el Tribunal deberá dictar sentencia absolutoria, de igual forma si tuviera certeza de no existir responsabilidad.

Los fines del proceso se clasifican :

a) General.- se define como el conocimiento cuyo logro permite al juzgador, determinar si respecto de la conducta que se atribuye al procesado, se integra o no un delito; para ello se requiere la comprobación de un hecho típico, antijurídico y culpable, en caso afirmativo se declara que el autor de esa conducta resulta penalmente responsable en forma plena y procede a aplicarle la pena que corresponda, basándose tanto en las circunstancias de comisión del delito como en su personalidad. Aunque hay que hacer la aclaración de que excepcionalmente, no debe imponerse pena aunque se haya integrado el delito:

1. En el caso de que se requiera una condición objetiva de punibilidad y esta no se cumplió, o
2. Si favorece al procesado una excusa absolutoria.

b) Específicos.- una vez que estos se logran, permiten conocer tanto las circunstancias exteriores como las personales del procesado. Los fines específicos a su vez se subclasifican, en el conocimiento de la verdad histórica y del conocimiento de la personalidad del delincuente.

1. Verdad histórica.- es el conocimiento de las circunstancias ajenas a la personalidad del procesado, que se refieren a la forma en que se afectó el bien jurídico y que obtiene el tribunal, enlazando en forma lógica y natural las pruebas idóneas legalmente desahogadas.

La verdad es " la concordancia entre un hecho real y la idea que de el se forma el entendimiento; por ende, la verdad es lo real, lo acontecido, y cuando existe una adecuación de la idea a esa realidad podemos establecer que se conoce la verdad. "¹²

Franco Sodi, alude a tres tipos de verdades que a manera de comentario señalaremos:

- I. Histórica
- II. Material.

¹² Colin Sánchez . op.cit. pp.69 y 70.

III Formal.

" La verdad histórica es aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y espacio ".

" La verdad material, es la que se fija en el pensamiento del juez como certeza, y como consecuencia de la libre apreciación realizada por el mismo de la prueba ".

"La verdad formal, es aquella que se tiene por tal únicamente en vista de que es resultado de una prueba que la ley refuta infalible ".¹³

En el procedimiento indudablemente a partir del momento de la comisión de un hecho delictivo, toda la actividad del Estado se encamina a la obtención de la verdad, (que como se refiere al pasado, se llama verdad histórica), y solo será posible lograr este propósito, mediante el descubrimiento de un conjunto de elementos idóneos para reconstruir la conducta o hechos (pruebas), y conocer lo realmente acontecido y así valorarlo tomando en cuenta el orden jurídico preestablecido .

Ahora bien, refiriéndonos al otro elemento de la subclasificación que se llevó a cabo de los fines específicos del proceso encontramos:

2.- La personalidad del delincuente, entendiendo por ésta el conocimiento de las características subjetivas del procesado, así como de la mayor o menor influencia de diversos factores anteriores que lo determinaron a cometer el delito.

Este conocimiento corresponde al grado de peligrosidad que se le atribuye al procesado.

En la personalidad del delincuente se le tomarán en cuenta situaciones

¹³ Citado por *Ibidem*.

familiares, ambientales y de investigación social, para tener una panorámica amplia del procesado, y así el juez esté en aptitud de dictar una resolución y aplicar el tratamiento individual adecuado, en bien del sujeto y de la colectividad; ámbos fines específicos constituyen la base para determinar la pena que debe imponerse a la persona, cuya plena responsabilidad ha sido declarada por el Tribunal.

Refiriéndonos a la situación de la verdad histórica como fin específico del proceso, el Código Penal para el Distrito Federal ordena que los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, (artículo 51).

En cuanto a la personalidad del delincuente, el mismo precepto señala: que los tribunales aplicarán las sanciones teniendo en cuenta las circunstancias peculiares del delincuente.

Ahora bien el artículo 52 del citado ordenamiento señala :

“ El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base a la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto,

II La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla,

III Las circunstancias de tiempo, lugar, modo, u ocasión del hecho realizado,

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido,

V La edad, la educación , la ilustración, las costumbres. las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta además sus usos y costumbres,

VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido.

VII Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma".

El artículo 246 bis. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal., reitera las anteriores obligaciones al juez que conozca de la causa, y las amplía a efecto de fundamentar los señalamientos y peticiones que corresponden al ejercitar la acción penal o al formular conclusiones.

Hemos estado mencionando el objeto, los fines, así también se ha definido el proceso, pero ¿quiénes constituyen o forman parte del proceso?; entraremos entonces al estudio de los sujetos del proceso, para poder contestar la interrogante antes planteada, definiremos a los sujetos procesales, como todos los individuos que necesaria o eventualmente realizan los actos integrantes del proceso penal. Son sujetos del proceso quienes lo hacen y aquellos para quienes se hace, es decir, aquellas personas físicas o jurídicas que producen los actos del proceso, así como esos mismos u otros, por su vínculo especial con el objeto dan lugar al proceso y sufren o aprovechan de modo inmediato de las modificaciones del objeto.

" Todo sujeto del proceso se caracteriza por su implicación en el objeto, por un determinado tipo de situaciones jurídicas y por la participación funcional correspondiente ".¹⁴

Como ya ha quedado claro son sujetos en el proceso los que en él intervienen, ahora bien la doctrina a elaborado una clasificación de los sujetos procesales y a su vez una segunda división de los mismos, la cual ejemplificamos de la siguiente manera:

14 Barrios de Angelis, citado por Silva Silva, Jorge. *Derecho Procesal Penal*, México, Harla, 1990, pág. 117.



Partiendo de la anterior clasificación podemos decir:

1.- **Sujetos principales o necesarios**: son aquellos indispensables para el surgimiento de la relación jurídica procesal esto es individuos que necesariamente deben participar en todo proceso, pues su ausencia genera la ineficacia jurídica de los actos que lo integran. Estas personas se encuentran vinculadas por la relación jurídica procesal, en virtud de la cual surgen derechos y obligaciones para las partes, así como atribuciones para el Tribunal.

Los sujetos principales están constituidos por el órgano jurisdiccional y por las partes, (órgano persecutor y órgano defensa).

a) **Organo jurisdiccional.-** como su nombre lo indica es el encargado de llevar a cabo la función jurisdiccional, que necesariamente la realiza el Estado, en ejercicio de la soberanía y con el fin de preservar la convivencia social.

La función jurisdiccional en términos generales, puede entenderse: como puente de paso de lo abstracto a lo concreto, es decir de la ley penal a la ejecución de la ley penal; lo cual marca una actividad desarrollada por órganos determinados que en representación del Estado, aplican la ley al caso concreto.

La función jurisdiccional la delega el Estado en el poder judicial, y

específicamente en el juez: representante del Estado, encargado de ejercer la función soberana de la jurisdicción en un determinado proceso penal.

Podemos resumir que el órgano jurisdiccional es aquél sujeto (juez), investido legalmente por el Estado para declarar el derecho en cada caso concreto.

b) Las partes.- son quienes representan o defienden un interés jurídico durante el proceso. Dentro del proceso penal, las partes son:

I.- Organismo de persecución: es el Ministerio Público que formalmente depende del Poder Ejecutivo, y materialmente defiende y representa el interés de la sociedad.

II.- Organismo de defensa.- se encuentra integrado por el procesado y su defensor, desarrollándose la actividad de ámbos en interés del primero de los señalados.

2.- Sujetos accesorios o eventuales.- también son llamados sujetos auxiliares del proceso, y son aquellos individuos que no necesariamente participan en todo proceso, sino tan solo en aquellos en que específicamente lo ordena el Tribunal, sea de oficio o a petición de parte; en consecuencia su participación deriva de una resolución judicial y no de la relación jurídica procesal.

Como ejemplos de sujetos de carácter accesorio lo son: peritos, testigos, traductores, etc. cuya intervención en el proceso penal es contingente, esto es pueden o no existir en referencia a una relación jurídica concreta, que sin embargo existe a pesar de su ausencia, es decir éstos no siempre llegan a aparecer dentro del proceso, salvo como se dijo anteriormente, los casos en que el Tribunal lo ordena o autoriza.

Hemos hablado del procedimiento penal de una manera amplia, así mismo se ha planteado un amplio panorama del proceso, pero éstos términos no son sinónimos, como es el uso que frecuentemente se les otorga, pues ya en páginas anteriores quedó establecida la definición de cada una

de dichas expresiones, no obstante a mayor abundamiento, a efecto de que se disipen dudas, podemos decir con firmeza que estamos en posibilidad de establecer de manera precisa diferencias entre ámbos.

1.- El procedimiento penal como ya se mencionó, comprende dos etapas: la primera denominada averiguación previa y la segunda llamada proceso, que a su vez se subdivide en preinstrucción, instrucción y juicio, que culmina con la sentencia. Por lo tanto en materia penal, el proceso es una parte del procedimiento, y consecuentemente éste expresa una idea más amplia que aquél.

2.- El señalamiento precedente dá pauta para indicar que el procedimiento se inicia desde que la autoridad administrativa (Ministerio Público), tiene noticia de la probable comisión de un delito y culmina cuando el Tribunal dicta una sentencia. En tanto el proceso, inicia en su etapa preinstructora, cuando el Ministerio Público pone en marcha al Organó Jurisdiccional, mediante el ejercicio de la acción penal, y este dicta el denominado Auto de Radicación y culmina con la sentencia.

3.- Tanto el procedimiento como el proceso, hacen referencia a un conjunto de actos sucesivamente enlazados y regulados por la ley, sin embargo en esencia, tanto uno como otro son distintos. En el proceso, como ya se señaló anteriormente, ese conjunto de actos son realizados para resolver una relación jurídico-material concreta, consistente en determinar la existencia o no de una conducta delictuosa, y a quien es atribuible dicha conducta (o sea la responsabilidad) y las circunstancias exteriores de comisión; en tanto que el procedimiento es el conjunto de actos que precisan la forma en la que se va a determinar si existe o no un delito, y en su caso, la responsabilidad de persona alguna.

En este orden de ideas se puede señalar que existe un procedimiento sumario y un procedimiento ordinario, en los cuales el proceso no varia, toda vez que tanto en el primero como en el segundo, se va a resolver una relación jurídico material concreta, lo que cambia es la duración de los plazos en que se llevan cabo los actos que constituyen la instrucción y el juicio.

Por tanto el procedimiento es un concepto general, que envuelve dentro al concepto proceso, y a su vez, este al juicio.

4.- Durante el proceso penal el Ministerio Público actúa en calidad de parte, como órgano oficial de acusación, que debe pugnar por agotar las pruebas que comprueben la culpabilidad o eventualmente, la inocencia, así como mediante la presentación de sus conclusiones, determinar la situación en que se colocan respecto de la pretensión punitiva, misma que consistirá en defender su posición acusatoria, o también eventualmente expondrá unas conclusiones no acusatorias.

No obstante la calidad de parte con que interviene el Ministerio Público dentro del proceso, en la primera etapa procedimental actúa como autoridad, pero durante la averiguación previa es aquí cuando se lleva a cabo la función investigadora y de persecución del delito, facultad otorgada al representante social, de acuerdo al artículo 21 constitucional. En efecto al tener noticia de que se ha cometido alguna conducta delictiva, el Ministerio Público posee la facultad y obligación de buscar y reunir, si los hay, todos los elementos a efecto de integrar el tipo penal y la probable responsabilidad de una o varias personas, contando para ello con una serie de atribuciones; en el procedimiento penal el Ministerio Público tiene una doble función:

Figura como autoridad en la averiguación previa, y como parte en el proceso.

De ahí que digamos que el procedimiento penal se divide en dos etapas, averiguación previa y proceso penal, definidas tanto por su finalidad como por las atribuciones ante las cuales se desarrollan, la primera de ellas es realizada por y ante una autoridad administrativo-penal denominada Ministerio Público, y su finalidad consiste en que dicho funcionario tan solo se allegue de pruebas con las cuales integre básicamente, el tipo penal y la responsabilidad de un sujeto en grado de probabilidad; lo anterior a efecto de ejercitar acción penal ante la autoridad judicial, solicitando la aplicación de la ley al caso concreto.

Así pues el proceso penal se lleva a cabo por y ante la autoridad judicial encargada de realizar la función jurisdiccional, y su finalidad reside en determinar si la afectación del bien o bienes jurídicos tutelados, constituye o no delito, es decir si la conducta que se le atribuye al procesado es o no delito, para que en caso afirmativo, declarar que el autor de esa conducta resulta penalmente responsable en forma plena y proceder a aplicarle la pena correspondiente.

Ahora bien, como ya se expuso anteriormente, el objeto del proceso penal esencialmente se confirma por una relación jurídica de derecho sustantivo, que surge de un hecho que se considera delito, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se atribuye el hecho con el fin de que sea aplicada a éste último la ley penal.

CAPITULO SEGUNDO

EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

En el desarrollo del capítulo anterior, se pudo determinar la actividad que desempeñan cada una de las partes intervinientes en el procedimiento, por lo que respecta al Ministerio Público, se estableció su esencial participación en la etapa de la averiguación previa, en la que éste lleva a cabo la función investigadora, misma que culmina con el ejercicio de la acción penal, pudiendo dar paso así al proceso penal.

Ahora bien, es precisamente en la facultad referente al ejercicio de la acción penal, en la que se pone de manifiesto la representatividad del interés social, que le es asignado al Ministerio Público. De ahí la importancia del análisis de dicha figura procesal, con el fin de determinar los alcances jurídicos tanto de su ejercicio como de su no ejercicio, éste último será tratado en el próximo capítulo, pues es vital el análisis de esta situación ya que depende de las atribuciones que para tal efecto le conceden al funcionario citado, y en especial al tratarse lo que conocemos como Causas de Exclusión del Delito, contempladas éstas, en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia de carácter federal, las cuales debemos estudiar y comprender para normar un criterio más amplio del tema en sí, de investigación del presente trabajo.

2.1 DEFINICION DE LA ACCION PENAL.

Para poder comprender el supuesto que encierra el presente capítulo, es necesario saber y a la vez poder precisar, ¿qué es la acción penal?.

Al respecto Eduardo Massari, señala que "la teoría clásica de la acción penal, la vé como un poder de persecución judicial derivado del derecho

subjetivo." ¹

González Bustamante expone: "acción, en su acepción gramatical, significa toda actividad o movimiento que se encamina a un determinado fin. En su sentido jurídico, acción es la forma de poner en marcha el ejercicio de un derecho, de ahí que la acción en sentido esencialmente dinámico, es el derecho de obrar, y está constituido por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para obtener que le preste fuerza y autoridad al derecho". ²

Goldschmidt, quien define a la acción penal o derecho de obrar procesalmente (con su contenido de pretensión de sentencia), como " el derecho público subjetivo dirigido contra el Estado, para obtener la tutela del mismo mediante sentencia favorable." ³

Massari, conceptúa a la acción penal como "El poder jurídico de actuar en el proceso con el objeto de obtener sobre el derecho deducido una resolución judicial" ⁴.

Garraud la define como "el recurso ante la autoridad judicial ejercitado en nombre del interés de la sociedad, para llegar a la comprobación del hecho punible, de la culpabilidad del delincuente y la aplicación de las penas establecidas por la ley". ⁵

Para Alcalá-Zamora, se trata "del poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional, a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella refuta constitutivos de delito". ⁶

¹ Citado por Franco Sodi, Carlos. *El Procedimiento Penal Mexicano* 2a. ed., México, Porrúa, 1939, pág. 20.

² González Bustamante, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, 10a. ed. México, Porrúa, 1991, pág. 20.

³ Citado por García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, 5a. ed. México, Porrúa, 1989, pág. 198.

⁴ Citado por Franco Sodi, *op.cit.* pág. 20-

⁵ Citado por García Ramírez: *op. cit.*, pág. 162.

⁶ Citado por *Ibidem*.

Eugenio Florian señala: "la acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal".⁷

Piña y Palacios expresa, que la definición que ha dado Chiovenda en materia procesal civil, ha sido adoptada a la acción penal, y bajo esos términos se dice, que la acción penal es el poder potestativo de provocar la actividad jurisdiccional para la actuación de la ley penal. De acuerdo con esta definición continúa Piña y Palacios, poder potestativo indica libertad en el ejercicio, si el Ministerio Público quiere provocar la actividad jurisdiccional para la actuación de la ley penal, la provoca y si no, no.

Agrega el mencionado autor "entre nosotros dada la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se mantiene el criterio de que al Ministerio Público corresponde el ejercicio de la acción penal, en consecuencia, nuestra acción penal es un poder potestativo que tiene el Ministerio Público mediante el cual provoca la actividad jurisdiccional, para la actuación de la ley penal dependiendo del caso concreto en cuestión".⁸

Por otra parte algunos autores señalan que la acción penal se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de Pretensión Punitiva Estatal, como Goldschmidt, quien señala que "la acción penal es el medio para hacer la exigencia punitiva estatal".⁹

La pretensión punitiva (pretensión del ofendido por el delito), en procedimiento penal, es caduca consumible, capaz de perecer por prescripción de la pena o por algún otro modo; por el contrario la acción vista como la facultad de promover ante el juez y de instruir el proceso, es un poder jurídico permanente e inconsumible que no se puede extinguir. La pretensión punitiva surge de la violación de una norma penal y preexiste,

⁷ Citado por Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 13a. ed., México, Porrúa, 1992, pág. 251.

⁸ Piña y Palacios, Javier. *Derecho Procesal Penal*, México, s/edit., 1948, pág. 107.

⁹ Citado por Franco Sodí, op.cit., pág. 23.

lógicamente al nacimiento del proceso; por el contrario la acción origina su vida en el proceso y prescinde de la violación de la ley penal.

De tal suerte la comisión de un delito dá origen al nacimiento de la exigencia punitiva, y de ésta surge la acción penal que es el deber del Estado de perseguir a los responsables por medio de sus órganos con sujeción a las formalidades procesales. Ahora bien la exigencia punitiva corresponde al derecho penal, la acción penal se entiende en un sentido procesal.

La Pretensión Punitiva es la “potestad de exigir la sumisión de la pena de un sujeto, del cual se haya comprobado el carácter de reo, en los modos y en los límites establecidos en la ley, afirma Manzini ”.¹⁰

Por su parte, Massari indica que Pretensión Punitiva Estatal, “es la expresión subjetiva de la norma penal y el derecho subjetivo a la aplicación de la sanción cuando se verifica la violación del precepto, como tal pertenece por lo mismo al derecho penal sustantivo o material, es decir el derecho del Estado al castigo del reo, previo juicio de responsabilidad, en que se demuestren los fundamentos de la acusación y se desprenda la consecuencia: la obligación que tiene el imputado de sufrir la pena”¹¹

Goldschmidt sostiene “hay que establecer una distinción entre la Exigencia y la Pretensión Punitiva, el ofendido por el delito puede formular la pretensión en el sentido procesal reclamando de los órganos jurisdiccionales la restitución del derecho violado, la exigencia es un derecho que se supone existente y pertenece al Estado”¹²

La relación existente entre Acción Penal y Pretensión Punitiva Estatal sucede de la siguiente manera:

El Estado como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, teniendo autoridad para reprimir todo lo que afecte la vida

¹⁰ Citado por García Ramírez, *op.cit.*, pág. 200.

¹¹ Citado por Franco Sodi, *op.cit.* pág. 25.

¹² Citado por González Bustamante, *op.cit.*, pág. 38.

social. De ahí que el Estado posee el *ius puniendi*, o sea el derecho abstracto de perseguir y castigar cualquier conducta que atente contra la armonía social.

Al cometerse el ilícito penal nace la llamada relación jurídico-material de derecho penal, entre el Estado y el delincuente, estando aquél investido de facultades legales suficientes para procurar el castigo del infractor, aplicando la ley penal al autor de la conducta delictiva, por lo que al nacer la relación jurídico-material de derecho penal, nace la Pretensión Punitiva Estatal, misma que se hace valer mediante el ejercicio de la acción penal.

En este orden de ideas al suceder en la realidad una conducta delictiva, el derecho abstracto del Estado (*ius puniendi*), se concreta surgiendo la Pretensión Punitiva Estatal (que es la potestad que tiene el Estado de exigir la sumisión de la pena específicamente al sujeto que ha violado la ley penal), obligándolo a actuar a través de un órgano específicamente determinado: Ministerio Público, quien una vez que ha tenido noticia de la comisión de un proceder ilícito, deberá realizar las diligencias necesarias para hacer efectiva dicha pretensión, pero para ello previamente sería necesario poner en marcha al órgano jurisdiccional, encargado de aplicar la ley penal, de tal suerte el Ministerio Público consigna o ejercita, lo que podría denominarse la primera etapa de la acción penal o acción procesal penal, que no tiene otro fin que excitar la actividad jurisdiccional, a efecto de que ésta determine si existen elementos suficientes para continuar el proceso.

De ahí que podríamos afirmar que la acción penal nace del delito dentro de las consecuencias que produce es la imposición de medidas de seguridad o aplicación de sanciones al caso concreto, con la finalidad de mantener la armonía y el orden de las sociedades. Ahora bien retomando la idea anterior en el sentido que el Ministerio Público consigna, una vez iniciado el proceso y después de haber atravesado las etapas preinstruccional e instruccional del mismo, continua el juicio, donde las partes (Ministerio Público y Órgano de Defensa) formularán conclusiones, que son la exposición fundamentada de los elementos surgidos durante la instrucción y en la cual, en el caso del

Ministerio Público, dicho funcionario basa su petición, es pues, en ese acto en que específicamente hará valer la Pretensión Punitiva Estatal, mediante el ejercicio de acción penal en ese instante, misma que así culmina en su segunda parte.

De lo anterior podemos concluir que el ejercicio de la acción penal se divide en dos partes: La primera se lleva a cabo mediante el acto consignatorio, y no tiene otro fin que promover la actividad del órgano jurisdiccional, y la segunda parte tiene lugar al momento de formular conclusiones y cuyo objetivo es hacer valer la Pretensión Punitiva del Estado en contra del sujeto responsable, si existen elementos que demuestren la comisión de un ilícito. Sin embargo, esta distinción la ley no la realiza y se refiere a la acción penal, al momento procesal en que el Ministerio Público consigna.

Ahora bien, podríamos cuestionarnos acerca de la titularidad de la acción penal; ya que dentro de nuestro orden jurídico el ejercicio de la acción penal se ha asignado al Ministerio Público, de manera preferente, ello en base al artículo 21 constitucional.

Dicho precepto en su segundo enunciado señala “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”.

Antes de las reformas del 31 de diciembre de 1994 se hablaba, legal, jurisprudencial y doctrinariamente en el sentido de que el Ministerio Público tenía el monopolio del ejercicio de la acción penal, en virtud de que la constitución no otorgaba a ningún otro funcionario tan importante facultad, pero con dichas reformas, se adicionan tres párrafos al artículo 21, dentro de los cuales se encuentra uno con el que se dá fin a ese monopolio, situación que es de importancia y comentaremos en el tercer capítulo del presente trabajo.

Bajo estos lineamientos el artículo 2º del Código Procedimientos Penales para el Distrito Federal indica: “Al Ministerio Público corresponde

FALTA PAGINA

No. 43

2.2.- PROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Como se expuso anteriormente, al estudiar las determinaciones del Ministerio Público durante la etapa de averiguación previa, señalamos que dicho funcionario procede a consignar cuando haya logrado reunir los elementos necesarios que acrediten el tipo penal, la probable responsabilidad y las circunstancias exteriores de comisión.

Constituye el fundamento legal del ejercicio de la acción penal, el primer párrafo del artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para en Distrito Federal, que dispone: “Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y que se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda”.

Así mismo la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 3º, parte B, fracciones I y II principalmente, ordenan:

“La persecución de los delitos del orden común, al Ministerio Público le corresponde:

B.- En el ejercicio de la acción penal...

I.- Promover la incoacción del proceso penal,(inicio del proceso)

II.- Ejercitar la acción penal ante los juzgados competentes por los delitos del orden común, cuando exista denuncia, o querrela, o esté comprobado el tipo penal y la probable responsabilidad de quienes hubieren intervenido, solicitando las correspondientes ordenes de aprehensión o de comparecencia”.

Tomando en consideración que, al suceder una transgresión a los bienes jurídicamente tutelados, la sociedad es la principal ofendida, y por lo tanto, la más interesada en que el autor de dicha violación reciba su castigo, a fin de mantener la convivencia armónica entre sus integrantes y, por otra parte

tomando en cuenta que el Ministerio Público se ha constituido en representante de ese interés de la sociedad; siempre que el Ministerio Público de su actividad investigadora deduzca, que existen suficientes elementos que determinen la violación de una ley penal y el autor de dicha violación, tal funcionario deberá ejercitar acción penal para que se inicie la actuación jurisdiccional. Y posteriormente, si dicho órgano jurisdiccional en efecto demuestra el quebrantamiento a alguna norma penal, actúa el Ministerio Público como órgano de acusación, que es la función que le corresponde de acuerdo a nuestro derecho penal, a efecto de hacer valer la Pretensión Punitiva del Estado.

Florian, sostiene que para el normal ejercicio de la acción, es indispensable que se satisfagan determinados requisitos expresamente señalados en la ley y él los llama: “presupuestos generales” que vienen a ser las condiciones mínimas para que la acción se promueva; señala el mismo autor “en el procedimiento mexicano los presupuestos mexicanos están señalados en el artículo 16 de la Constitución Política de la República, y 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 la declaración de persona digna de fe, o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpaado”.¹³

Pues como ya se dijo anteriormente el ejercicio de la acción constituye la vida del proceso, es decir no puede haber proceso si la acción no se inicia, y su desarrollo está en el interés del estado en perseguir al responsable de un delito.

¹³ Citado por *Ibidem*, pág. 42.

2.3.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION PENAL EN MEXICO

La doctrina señala como principios que rigen la acción penal en México, los siguientes:

a) Publicidad:

Se dice que la acción es pública, por que se dirige a hacer el derecho público del Estado, a la aplicación de la pena para así protegerlo de posibles conductas delictivas en lo futuro.

Dice Gelsi Bidart, “la sociedad es titular del bien jurídico lesionado y del interés de reparación jurídica que se promueve en el derecho penal, la acción penal es pública.”¹⁴

Actualmente, es notorio el estado de publicidad de la acción penal pues se ha creado un órgano especial, permanentemente y público, encargado de llevar la acusación en el proceso penal distinto del órgano jurisdiccional, este último se limita exclusivamente a su papel de juzgador.

Entendida así la acción penal como pública y perteneciente al Estado de derecho, el castigo de los delincuentes; al Ministerio Público sólo se le ha delegado el ejercicio de la acción penal, que de ningún modo le pertenece.

Esto es que el Ministerio Público no tiene facultad de disposición de la acción penal, que cuando desee ejercitarla lo haga y cuando no se abstenga de hacerlo. Por el contrario, debe entenderse que el Ministerio Público tiene un poder-deber de ejercitar la acción penal, y no ser considerada como una facultad discrecional que ingrese en su patrimonio personal, pues ante todo la acción penal en su carácter de pública, defiende intereses sociales.

Podemos decir entonces, que la acción penal es pública por que tiene por objeto el desarrollo de relaciones jurídicas de derecho público, pues como

14 Citado por Garcia Ramirez, op.cit. pág. 163.

se dijo si la comisión de un delito lesiona también intereses de la sociedad, debe de ser el Estado el encargado de restaurar el derecho que se viola.

b) Autonomía:

Significa, que la acción penal es independiente tanto del derecho abstracto de castigar que posee el Estado, como titular del *ius puniendi*, así como del derecho concreto a sancionar a un delincuente debidamente particularizado, pues tomando en cuenta la idea antes proporcionada de lo que debe entenderse como acción penal, una cosa es el derecho y otra muy diferente es el medio a través del cual se hace valer ese derecho.

Esto es, la acción penal puede ejercitarse independientemente de que con posterioridad el órgano jurisdiccional determine que no existe delito y, por tanto que nunca existió pretensión punitiva que hacer valer.

Sostiene García Ramírez, la autonomía significa “que la acción penal es independiente tanto del derecho abstracto de castigar que recae en el Estado, detentador del *ius puniendi*, como del derecho concreto a sancionar a un delincuente debidamente particularizado. La acción penal en consecuencia, puede ejercitarse al margen del derecho a castigar a una persona en concreto”.¹⁵

c) Oficialidad:

Consiste en que el ejercicio de la acción penal pertenece de manera exclusiva a un órgano especial del Estado, que en nuestro país es denominado Ministerio Público, distinto del jurisdiccional, y no a cualquier ciudadano ni a la parte lesionada.

Aunque, hay que aclarar que se abre ya la posibilidad, de que en vía jurisdiccional, sean impugnadas las resoluciones de ese órgano estatal. Con esto, no queremos decir que el Ministerio Público no sea el encargado inmediato de poner en marcha la acción penal, lo es, pero con la salvedad que en algunos casos aunque a criterio del representante social, el ejercicio

¹⁵ Citado por *Ibidem*.

de la acción no proceda, esas determinaciones podrán impugnarse.

Este principio, se puede decir que exige la creación de un órgano estatal que sea el encargado de promover la acción penal y como ya se dijo tal órgano en México es: el Ministerio Público, recordando algunos conceptos vertidos anteriormente, el artículo 21 de la Constitución Federal, manifiesta que es incumbencia del Ministerio Público y de la policía judicial, la persecución de los delitos, la segunda estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél.

El invocado precepto constitucional, organiza al Ministerio Público sobre las siguientes bases:

- I.- El ejercicio de la acción penal corresponde al Estado,
- II.- El Ministerio Público ejerce la acción penal,
- III.- La Policía judicial investiga previa orden del Ministerio Público,
- IV.- El ejercicio de la acción penal provoca la actividad jurisdiccional;

y
V.- Los actos de iniciativa, denuncia y querrela, deben ser ejercidos ante el órgano acusador no ante el jurisdiccional, salvo los casos en que la ley señale un trato diverso.

En México este principio es aplicado, ya que los particulares en forma alguna intervienen en ejercicio de la acción penal.

Existen sistemas similares operantes en otros países, dentro de los cuales se encuentran:

- 1) La acción popular, o
- 2) Ejercicio de la acción por el Ministerio Público o Fiscal en curso de:
 - A) Otros órganos estatales
 - B) La parte lesionada

1) La acción popular.- en este sistema la quivis de populo promueve la actividad jurisdiccional. Inglaterra constituye un ejemplo de aquellos países que manejen la acción popular.

2) El ejercicio de la acción por el Ministerio Público o Fiscal en concurso de:

A) Otros órganos estatales.- En Francia los órganos jurisdiccionales pueden promover el ejercicio de la acción penal, pues existe la persecución de oficio, por el tribunal de apelación para el caso en que el Ministerio Público no actúe. Tal derecho se refiere tan sólo a la fase inicial de la acción, el ejercicio posterior se hace por el Ministerio Público, que la sigue durante todo el proceso.

En Alemania interviene también el órgano jurisdiccional para controlar el ejercicio de la acción penal. Cuando el Ministerio Público no promueve la acción, la parte lesionada recurre al Tribunal del Imperio, o al Tribunal Provisional Superior, para que obligue al Ministerio Público a promoverla, si es que el Tribunal lo cree justificado,

B) La parte lesionada.- Este tipo de intervención puede ser:

B1) De manera autónoma y principal, en virtud de la acusación privada principal, en cuyo caso, el lesionado participa de la acción según la índole del delito y del diverso momento de su intervención. En el derecho francés, la acción autónoma es otorgada al lesionado en el período inicial o preparatorio del proceso.

B2) De manera subsidiaria del órgano estatal, en razón a la acusación privada subsidiaria en sentido propio del derecho austriaco, y la acusación adhesiva del derecho alemán.

d) Legalidad:

Conforme al principio de legalidad, el Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal, cuando se hayan reunido los requisitos del derecho adjetivo, como consecuencia de que el proceso no es un acto discrecional de dicho funcionario.

En otras palabras el principio de legalidad se funda, en que invariablemente debe ejercitarse la acción penal, siempre que se encuentren satisfi-

FALTA PAGINA

No. 50

decisión jurisdiccional, independientemente de que ésta condene o bien absuelva.

El carácter público de la acción penal, constituye el fundamento de este principio, pues no se puede aceptar un acuerdo de voluntades entre procesado y ofendido, ni mucho menos una sumisión voluntaria a la pena por parte del particular.

f) Irrevocabilidad:

Significa, que el Ministerio Público carece de facultad para desistirse del ejercicio de la acción penal; de tal suerte que cuando el proceso comienza, sólo puede tener como fin la sentencia. En México no podría ser aplicable este principio, pues el Ministerio Público sí puede desistirse del ejercicio de la acción penal, como es el caso de sobreseimiento formulado por el Ministerio Público ante el juez; que de acuerdo con el artículo 660 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, procede en los siguientes casos:

I.- Cuando el Procurador General de Justicia de Distrito Federal confirme o formule conclusiones no acusatorias

II.- Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida,

III.- Cuando se hubiera dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y aparezca que el hecho que motiva la averiguación no es delictuoso o, cuando estando agotada ésta, se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivó,

IV.- Cuando habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos, esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión, o se esté en el caso previsto por el artículo 546 (En cualquier estado del proceso, en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del procesado, por el juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público a la que éste no podrá dejar de asistir).

V.- Cuando esté plenamente comprobado, que en favor del inculpado

existe alguna causa eximente de responsabilidad.

VI.- Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado, y

VII.- Cuando se trate de delitos culposos, que sólo produzcan daño en propiedad ajena y/o lesiones comprendidas en los artículos 289 o 290 del Código Penal, si se paga la reparación del daño a la víctima o al ofendido por el delito, si el inculpado no hubiese abandonado a aquella, y no encontrarse el activo en estado de ebriedad, o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares.

Lo anterior, no procederá cuando se trate de culpa calificada como grave, conforme a la parte conducente en el artículo 60 de Código Penal.

VIII.- Cuando así lo determine expresamente este código.

El artículo anterior operará con el artículo 661 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que este precepto dispone: “El procedimiento cesará y el expediente se mandará a archivar, en los casos de las fracciones III y VII del artículo anterior o, cuando esté plenamente comprobado que los únicos probables responsables se hayan en algunas de las circunstancias a que se refieren las fracciones I, II, IV, V, VI y VIII del mismo; pero si alguno no se encontrare en tales condiciones, el procedimiento continuará por lo que a él se refiere siempre que no deba suspenderse en términos de este código.

Cabe hacer mención, que García Ramírez nos habla de lo que podría ser otro principio de la acción, o en su defecto característica de la misma; este es la indivisibilidad de la acción penal ya que manifiesta:

“Es indivisible la acción penal en el sentido de que se despliega en contra de todos los participantes en la perpetración del delito... ... si la querrela se presenta sólo en contra de uno de ellos o el perdón se otorga de modo que únicamente a alguno favorezca, los efectos de aquella y de éste se extenderán a todos los demás”.¹⁷

De ahí la indivisibilidad de la acción penal, de acuerdo a lo expuesto por García Ramírez; ahora en virtud de que el proceso penal obedece a normas

17 García Ramírez, op.cit., pág. 164

de carácter público, en que el Ministerio Público pugna por establecer el derecho punitivo del Estado, en este tipo de proceso se busca ante todo la verdad real o efectiva (a diferencia del proceso civil en que basta una verdad formal), ya que la sociedad está de igual manera interesada en que se castigue al autor de la conducta típica, así como de evitar que se castigue a un inocente. De ahí, que la acción penal, que es el medio de que se vale el Ministerio Público para hacer efectiva la Pretensión Punitiva Estatal; se dirija a la búsqueda de la verdad real o material y no a crear un concepto erróneo de la realidad de los hechos.

Lo que permite llegar al conocimiento de dicha verdad, lo constituyen las pruebas y la libertad que tenga el juez en la valoración de las mismas.

Concluyendo se puede afirmar: La importante función del ejercicio de la acción penal, es atribuida al Ministerio Público en su carácter de representante del interés social, ya que como hemos venido estudiando, originariamente, el ejercicio de la acción en las causas penales corresponde a la sociedad, representada por un órgano de Estado, éste órgano específico, es el encargado de sostener la acusación si existen elementos para ello, independiente del órgano jurisdiccional, cuya función, es aplicar el derecho al caso concreto imponiendo la pena que corresponda.

CAPITULO TERCERO

EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no contiene disposición expresa de todos los casos en que el Ministerio Público no deba ejercitar acción penal. Por tanto para determinar su procedencia, primero es necesario acudir al artículo 286 bis del citado ordenamiento, y a la letra dice:

“Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y que se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes.

Si la consignación es con el detenido, deberá inmediatamente ratificar la detención, si esta fuere constitucional; en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley.

Si durante el plazo de tres días, contados a partir del que se haya hecho la consignación sin detenido, el juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior que corresponda.

El juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación.

Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto y dentro de las veinticuatro horas siguientes la autoridad resolverá sobre el procedimiento de la orden de aprehensión. Si el Juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos, el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el párrafo anterior."

Así pues éste precepto nos señala los casos en que se ejercitará acción penal, por lo que si lo interpretamos a contrario sensu, se deducen algunas de las causas por las que el Ministerio Público no ejercitará acción penal. Posteriormente el Código Penal para el Distrito Federal, señala en el Título Quinto, Libro Primero, las causas que extinguen la acción penal. Finalmente el artículo 3o. bis del Código de Procedimientos Penales para el D.F., en forma clara indica que en caso de existir causas de exclusión de delito, no se ejecutará acción penal, pues literalmente dice:

"En las averiguaciones previas en las que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias de exclusión de delito, previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercitará acción penal?"

Entonces, de lo anterior se deduce que el Ministerio Público no ejercitará acción penal, cuando no logre acreditar el tipo penal, la probable responsabilidad y accesoriamente las circunstancias exteriores de comisión, o bien, exista en favor del inculpado alguna causa extintiva o causa de exclusión de delito.

3.1 CAUSAS

De manera más precisa la ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 3º parte A, fracción VI, señala los presupuestos bajo los cuales el Ministerio Público se abstendrá de ejercitar acción penal.....

Artículo 3° En la persecución de los delitos del orden común, al Ministerio Público corresponde:

VI No ejercitar la acción penal.

- a) Cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal,
- b) Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo intervención en los hechos punibles y sólo por lo que respecta a él;
- c) Cuando la responsabilidad penal se hubiere extinguido legalmente, en términos del Código Penal;
- d) Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen de responsabilidad penal;
- e) Cuando, aun pudiendo ser delictivos los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable.

Todos los presupuestos antes descritos los podemos resumir de la siguiente forma:

3.1.1: NO INTEGRACION DEL TIPO PENAL

A esta causa se refiere la fracción VI de la parte A del artículo 3°, de la ley orgánica de la Procuraduría General de Justicia del D.F., al disponer el Ministerio Público no ejercitará acción penal: “ a) Cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal”, es decir, si el Ministerio Público al estar llevando su función investigadora en hechos supuestamente delictivos, y después de allegarse de todos los datos existentes, con los mismos no logra reunir los elementos que configuran un tipo penal específico, no podrá ejercitar la acción penal.

Esta causa de abstención resulta obvia, pues lógico es que si de los hechos denunciados no se configura ningún tipo delictivo, no tiene por que

ejercitarse acción penal, pues no hay Pretensión Punitiva que hacer valer y, bajo tales circunstancias la actuación del Ministerio Público se encuentra plenamente justificada, desde el punto de vista constitucional dado su carácter de representante social.

3.1.2.: NO INTEGRACION DE LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

La probable responsabilidad, la entendemos como la calidad que se atribuye a la persona física considerada como autor de la conducta típica o la idónea para producir el resultado típico.

Para ejecutar la acción penal es necesario que existan elementos suficientes con los cuales se pueda acreditar que el inculpado es la persona física a quien se considera como el autor de una conducta prevista en algún tipo penal. Si no se cuentan con tales elementos, el Ministerio Público necesariamente tendrá que abstenerse de ejercitar acción penal.

Esta causa de no ejercicio de la acción penal la expresa el artículo 3° parte A, fracción VI, inciso b, en los siguientes términos: “ cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo intervención en los hechos punibles y sólo con lo que respecta a él”.

Al igual que en la causa que nos referimos en el apartado anterior, en la presente, la abstención del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, es plenamente válida, pues si bien es posible que cuente con los elementos necesarios para integrar el tipo penal, a pesar de que exista pretensión punitiva que hacer valer, no tiene los elementos necesarios que acrediten la intervención de un sujeto en la comisión del delito; el Ministerio Público no cuenta con una persona física determinada en contra de la cual hacer valer tal pretensión.

Posiblemente es en esta causal donde se justifica con mayor razón la

Representación Social del Ministerio Público, pues en virtud de ello, este se convierte en una Institución de buena fe, por lo que, tanto la institución como la Sociedad a la que representa, están interesadas de igual manera en que se persiga al culpable, como en que no se condene a un inocente.

3.1.3: EXTINCION DE LA ACCION PENAL

El artículo 3º., parte A, fracción VI, inciso c, de la ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del D.F., señala que el Ministerio Público no ejercerá acción penal: “Cuando la responsabilidad penal se hubiere extinguido legalmente, en los términos del Código Penal”.

El título quinto del Código Penal para el Distrito Federal, bajo la denominación de Extinción de la Responsabilidad Penal, señala cuales son las causas por la que se extingue la acción penal, a saber:

A) Muerte del delincuente.- El artículo 91 del Código Penal para el D.F., expresa: “La muerte del delincuente extingue la acción penal...” , tal precepto establece una situación obvia y necesaria, pues al morir el sujeto activo del delito no existe persona a la cual aplicar la sanción penal, pues, ésta conforme al artículo 22 constitucional no puede ser, trascendental, por lo que significa que sólo puede ser sujeto de una acción penal el autor de una conducta delictiva.

B) Amnistía.- A ella se refiere el artículo 92 del citado código al ordenar: “La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, en relación a todos los responsables del delito”. La amnistía opera mediante una ley expedida específicamente para determinados casos, y vigente mediante el proceso legislativo de creación de leyes, común a todas las leyes que integran el sistema normativo de derecho. La ley de amnistía que se promulgue debe

contener la sanción de que se declaró la amnistía y la referencia de las personas y casos en los que se va a aplicar dicha ley.

C) Perdón del ofendido.- El artículo 93 del Código establece: “ El perdón del ofendido o el legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si este no ha ejercitado la misma, o ante el Organó Jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia.

Una vez otorgado el perdón éste no podrá revocarse.

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

Cuando sean varios los ofendidos, y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga...

El perdón sólo beneficia al inculpaado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos caso en el cual se beneficiará a todos los inculpaados y al encubridor.

El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora”.

El perdón es una manifestación de voluntad expresada por una persona y normativamente facultada para hacerlo, en virtud de la cual se extingue la acción penal o en su caso hace cesar los efectos de la sentencia. El

perdón puede manifestarse verbalmente o por escrito; en caso de exposición oral debe asentarse por escrito. Es de hacerse notar que, el perdón una vez otorgado no puede válidamente revocarse, cualquiera que sea la razón que se invoque para ello, en virtud de que la ley establece el perdón como causa extintiva de responsabilidad penal, y la revocación del perdón no puede invocarse como motivo válido para que renazca una responsabilidad extinta.

D) Prescripción.- En la prescripción de la acción, por el transcurso de los lapsos fijados por la ley, se extingue la acción penal y por ello no puede ejercitarse (artículos 100 y 101 del código penal). En los plazos para la prescripción de la acción penal, se considerará el delito con sus modalidades y se contarán:

I Apartir del momento en que se consumó un delito si fuere instantaneo

II Apartir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa;

III Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delito continuado; y

IV Desde la cesación de la consumación en el delito permanente (artículo 102 del Código Penal).

La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo merece multa, y si además merece pena privativa de libertad o es alternativa, se extiende a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad (artículo 104 del Código Penal).

La acción penal prescribe en un lapso igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años (artículo 105 del Código Penal).

Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito, que solo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá, en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del

delito y del delincuente, y en tres fuera de esta circunstancia.

Pero una vez llenado el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio (artículo 107 del Código Penal).

La prescripción de las acciones se interrumpirá también por el requerimiento de auxilio, la investigación del delito o del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional, y por el requerimiento de entrega del inculcado que formalmente haga el Ministerio Público de una entidad federativa al de otra donde aquél se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito. En el primer caso también causarán la interrupción las actuaciones que practique la autoridad requerida y en el segundo, subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida, niegue la entrega o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que dé modo al aplazamiento de su entrega.

La interrupción de la prescripción de la acción penal, solo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados en los artículos 105, 106 y 107 del Código Penal.

E) Vigencia y aplicación de una ley más favorable.

Establece el Artículo 117 del Código Penal: la ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del citado ordenamiento, (cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o la medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto aplicará de oficio la más favorable.....).

Dentro del mismo título quinto del Código Penal se contempla el reconocimiento de la inocencia e indulto (artículo 94), como la forma de extinción de la acción penal, al establecer que el indulto no puede concederse,

sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable; pero cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia conforme a la ley, publicándose en uno o dos diarios dicho reconocimiento.

Cabe señalar que en este caso contemplamos ya el ejercicio de la acción penal y el cumplimiento de una pena, de tal suerte, que más que extinguir la acción penal, extingue la consecuencia de esta, o sea extingue la pena impuesta. También nos percatamos que el artículo 118, establece la existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos como causa de extinción, pero de alguna forma contempla un proceso anterior en el cual se dictó sentencia. Al respecto son varios los autores que prefieren hablar de extinción de la pretensión punitiva, que extinción de la acción penal, García Ramírez señala el motivo en los siguientes términos: "Suelen hablar nuestras leyes de extinción de la acción y de las sanciones penales. Hay en la primera parte de este enunciado un evidente error. En efecto, no es la acción penal, sino la pretensión punitiva, lo que se extingue. Cabe distinguir aquí, para orientar nuestro punto de vista, entre el *ius puniendi*, pretensión punitiva y acción penal. El *ius puniendi* o facultad de castigar que hoy sería más bien, potestad de readaptar, es atribución general del Estado para perseguir a los delincuentes, someterlos a juicio, sentenciarlos y promover, por medio de la pena o de la medida su reincorporación social. Esta potestad general y abstracta de sancionar se concreta, frente a un individuo particular, a través de la llamada pretensión punitiva. Finalmente la acción constituye solamente, como hemos visto, un derecho formal para poner en movimiento la autoridad jurisdiccional, recabando de esta el ejercicio de sus atribuciones de decir el derecho. En virtud de ello lo que realmente se extingue es la pretensión punitiva que por conducto de la acción penal se hace valer. En cambio, la pérdida del derecho a ejercitar la acción se identifica con el fenómeno de la preclusión".¹

¹ García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, 5a. ed. México, Porrúa, 1989, pág. 223.

3.1.4. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

Precisamente una de las causas por las que de manera expresa se faculta al Ministerio Público para no ejercitar la acción penal, es la que prevé el artículo 3° bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Dicho numeral dispone a la letra: “En las averiguaciones previas en que se demuestra plenamente que el inculcado actuó en circunstancias de exclusión de delito, previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal”.

Así pues entraremos en concreto al estudio de dichas circunstancias que se encuentran plasmadas en el Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, contiene diez fracciones, que ha saber son:

3.1.4.1: Análisis del artículo 15 fracción I del Código Penal.

“El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”

Cabe hacer mención, que el elemento esencial del delito es la conducta, sin la cual no es posible que nazca el delito. La conducta es una forma en que el hombre se expresa ya sea activa o pasivamente, “es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito”, según definición del profesor Fernando Castellanos Tena.²

Así pues, de acuerdo con éste concepto, si no existe comportamiento humano no podrá haber delito, una observación importante, es que para el caso de la existencia de comportamiento éste debe ser voluntario.

En éste orden de ideas, si la conducta es un elemento esencial del delito, si aquella se encuentra ausente, no existirá delito, ya sea porque el hecho haya sido cometido por un animal o un objeto, o bien porque existiendo

² Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 29a. ed., México, Porrúa, 1991, pág. 149

comportamiento humano, éste haya sido involuntario.

Generalmente, la doctrina considera que existe una ausencia de conducta por comportamiento humano involuntario, cuando existe:

a) Una fuerza física irresistible o bis absoluta. El profesor Celestino Porte Petit señala que ésta se presenta cuando “el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana irresistible”.³ (deriva del hombre).

En este caso el individuo realiza un hecho ilícito, pero es forzado para hacerlo por una fuerza física exterior irresistible de otro hombre, por tanto, la actividad o inactividad forzadas no pueden constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos, la voluntad. “Se han estimado y con razón, que en estos casos el hombre actúa como un instrumento, como actúa la pistola, el puñal, la espada, el mosquete, etc., en la mano del hombre para realizar un delito, y sancionar al individuo cuando actúa por una fuerza física irresistible, es tanto como sancionar a cualesquiera de los instrumentos de que se valiera el delincuente”, opina Porte Petit.⁴

González de la Vega manifiesta: “la fracción se constriñe a la bis absoluta, o sea aquella violencia hecha al cuerpo del agente que da por resultado que éste ejecute irremediabilmente lo que no ha querido ejecutar.”⁵

En esta fracción el legislador ha querido que la voluntad del sujeto ha de estar en tal modo anulada que sea incapaz de autodeterminarse.

Resume el autor citado que una vez comprobados los extremos de la fuerza física exterior irresistible, en que el agente no frena espontaneidad, ni motivación, ni culpa, es el caso de la ausencia del elemento moral o subjetivo (intencionalidad o imprudencia).

b) La bis Maior.- Que tiene lugar “cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible sub-humana”⁶ La única diferencia entre la bis absoluta y la bis maior, consiste, en que en esta última la fuerza física irresistible proviene de la naturaleza o de los animales,

3 Porte Petit Candaudap, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Tomo I, 13a. ed., México, Porrúa, 1990, pág. 322.

4 *Ibidem*.

5 González de la Vega, Francisco. *El Código Penal Comentado*, 11a. ed., México, Porrúa, 1994, pág. 34.

6 Porte Petit Candaudap, op. cit., pág. 324.

en aquella procede del hombre.

c) Los movimientos reflejos.- Que constituyen también ausencia de conducta por falta de voluntad. Se definen como “aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia.”⁷

d) El sonambulismo (sueño anormal mediante el cual el sujeto ejecuta automáticamente actos usuales y en ocasiones poco usuales; originado en algunos casos por herencia, alcoholismo, traumas emocionales, entre otros.)

El sonambulismo es un estado psíquico, inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo.

e) El hipnotismo (trance semejante al sueño, se consigue en ocasiones haciendo que se concentre la mirada en un objeto fijo, se obedecen ordenes)

El hipnotismo es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales, según el maestro Porte Petit, pueden presentarse los siguientes casos:

1) Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una conducta o hechos tipificados por la ley penal. En este caso el sujeto no es responsable.

2) Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos. En esta hipótesis el sujeto es responsable, pues estamos ante la *actio liberae in causa*, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

3) Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de éste. En esta última hipótesis, el sujeto es responsable de un delito culposos.

Tanto el sonambulismo como el hipnotismo pueden llegar a ser fuente de hechos delictivos, y la actividad desplegada bajo tales circunstancias también revela una ausencia de conducta por falta de voluntad.

La Suprema Corte de Justicia adopta el siguiente criterio:

⁷ Antón Oneca, Citado por *Ibidem*.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA Fuerza física exterior irresistible, excluyente de responsabilidad penal de. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño. Quinta Epoca. supl. 1965, pág. 241. A. D. 86/52. Supl. de 1956, pág. 295 A.D. 2216/53. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXI, pág. 70. A.D. 5191/48. Vol. XXII, pág. 105. A.D. 4786/53. Vol. LI, pág. 63. A.D. 1348/62.

3.1.4.2: Análisis del artículo 15 fracción II del Código Penal.

“Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate”

Como ya se expuso anteriormente si el Ministerio Público al estar llevando su actividad investigadora en hechos supuestamente delictivos y después de allegarse todos los datos existentes no logra reunir los elementos que configuren un tipo penal, no podrá ejercitar acción penal.

Ahora bien por tipo penal entenderemos, la descripción típica de una conducta delictiva, nos preguntaríamos entonces ¿qué son y cuáles son los elementos del tipo?, consistiendo primeramente en el conjunto de elementos integrantes del delito; para resolver el segundo cuestionamiento, es pertinente consultar el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que dicho precepto establece cuáles son esos elementos, y a saber son los siguientes:

I La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que a sido expuesto el bien jurídico protegido, (la acción con sus modalidades propias, descritas mediante el empleo de un verbo " haga o deje de hacer " esto o aquello).

II La forma de intervención de los sujetos activos; (éste, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones " el que " o " al que ").

III La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. (Aquí existe la relación del sujeto con su acción y con el resultado, en este se prevé la actuación, y en cuanto al aspecto culposo, se contemplan múltiples situaciones como lo son la imprudencia, la negligencia, impericia, falta de aptitud o cuidado).

Así mismo se acreditará, si el tipo lo requiere: a) las calidades de los sujetos activo y pasivo (" un ascendiente contra un descendiente, " " un cónyuge contra otro ", " un dependiente doméstico contra su patrón o alguno de la familia de este "); b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión (la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa ya sea por acción u omisión); c) objeto material (sirve de base al describir conductas respecto a cosas o personas, a modos de obrar, estas pueden ser captadas por los sentidos. Ejemplo la cosa en el hurto, la morada en la violación del domicilio); d) los medios utilizados (engaño, a urtadillas, a través de la violencia física o moral, de propia autoridad); e) las circunstancias de lugar; tiempo, modo y ocasión (públicamente, en casa habitación, por la noche, fuera de riña, lugares cerrados, etc.); f) elementos normativos (estos contienen un juicio de valor o dan elementos para formar ese juicio, haciéndose referencia por lo común, a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Ejemplo: la honestidad de la víctima en el estupro, ajenidad de la cosa en el hurto); g) los elementos subjetivos específicos (ánimo, intención o propósito, fijan un matiz del obrar humano, ejemplo: en el rapto, sustracción para satisfacer algún deseo erótico) y h) las demas circunstancias que la ley prevea.

El artículo 3º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del D. F., señala en su fracción VI, inciso a) No se ejercitará acción penal cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme

a la descripción típica contenida en la ley penal.

Así también el artículo 16 constitucional párrafo segundo expone: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado”.

El artículo 19 de la Constitución Federal al respecto nos dice: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas..... siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste”.

Esta fracción se adecuó a los preceptos constitucionales antes citados, que a nuestro juicio no sería propiamente causa de exclusión del delito ya que la integración del tipo penal, marca un requisito de procedibilidad del ejercicio de la acción, requisito exigido constitucionalmente.

Compartimos así también el comentario hecho por el Profesor González de la Vega al exponer que ésta fracción II “a nuestro juicio esta por demás, ya que estableciéndose como exclusión del delito la falta de uno de los elementos del tipo penal, no existe delito y al no haber delito no hay delincuente”.⁸

3.1.4.3: Análisis del artículo 15 fracción III del Código Penal.

“Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;

⁸ *González de la Vega, op.cit. pág. 33*

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo”.

No podemos usar como regla general, que el consentimiento del sujeto pasivo del delito justifique la conducta del agresor y que, por ello, pierda el hecho su carácter delictuoso.

No obstante existen algunos delitos los cuales dentro del tipo penal aparece en forma negativa el consentimiento de la víctima, tratándose así de ausencia de tipicidad.

“No se actúa antijurídicamente cuando el poseedor del bien jurídico atacado consiente de modo presunto y en forma eficaz en la acción del sujeto activo. (Ejemplos: El sujeto irrumpo en la casa de su vecino, en ausencia de éste, para reparar la cañería del agua descompuesta, o abre la carta dirigida a su amigo para atender un asunto de éste que no admite demora, etc.)”⁹

En esta fracción se hace referencia básicamente de los delitos cometidos en contra del patrimonio de las personas donde el elemento básico es el consentimiento del titular del bien, se habla en la primera fracción que el bien jurídico sea disponible, de ahí que como mencionábamos anteriormente sólo en algunos casos operará esta exclusión, ya que ésta disponibilidad encierra todo aquello que se pueda usar o utilizar, entendiendo que el requisito a que hace referencia el inciso a); es en el sentido que el bien jurídico se pueda usar o pueda disponerse de él.

Por regla general, los derechos personales no son disponibles, a menos que en algunos casos la fuerza de la costumbre, consientan en que lo sean. La ley castiga el homicidio del que consistió en el, es decir será punible la instigación al suicidio.

⁹ Reynoso Dávila, Roberto. Teoría General del Delito, 2a. ed., México, Porrúa, 1995, pág. 102

" El consentimiento sólo tiene eficacia cuando recae sobre bienes disponibles que son el único objeto de la tutela penal" ¹⁰

En el b) se hace mención que dicho titular del bien jurídico debe tener capacidad jurídica para disponer libremente de él, agregando que no deben de existir vicios en el consentimiento, de acuerdo al inciso c) de la fracción en comento, se agrega que el consentimiento, en el que no fuera totalmente tácito, si se hubiese consultado al titular, éste lo hubiese otorgado.

Se señala en el inciso "c" de la fracción en estudio, el establecer como requisito de procedibilidad de la misma, el hecho del consentimiento expreso o tácito, o la presunción de que si se hubiese consultado al titular se otorgaría el mismo.

Ejemplificando nos planteamos la intervención del médico, reuniéndose los siguientes requisitos:

1)El tratamiento constituya un acto de su profesión.

2)Que medie el consentimiento de sus pacientes o parientes cercanos para someterlo a una operación salvo los siguientes casos:

a)El paciente haya dado su propio consentimiento para la operación y en el curso de ella surja la necesidad de otra, en interés de la vida o salud del enfermo.

b)Cuando exista la necesidad de operación urgente sin dar tiempo alguno a obtener la autorización.

El maestro González de la Vega refiriéndose al pugilato, que se desarrolla en forma violenta y en el que la finalidad de los pugilistas es inferirse lesiones, conciente y voluntariamente, para ser uno de ellos el vencedor por la superioridad de sus golpes lesivos, o por poner fuera de combate en estado conmocional a su adversario, considera que la licitud de las referidas lesiones obedese al reconocimiento que de estos, deportes hace el estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga para su enseñanza en algunos institutos oficiales.

Federico Puig Peña considera que para que haya licitud en las lesiones que se infieren en las actividades deportivas se requiere: a) Que se trate de un juego lícito autorizado por el poder público; b) Que los jugadores observen las reglas del juego, y c) Que el ejercicio deportivo no se haya tomado como medio para encubrir una voluntad criminal encaminada a causar un mal físico o se haya procedido con manifiesta imprudencia.

Cabe señalar, que aquí con la aplicación del supuesto que maneja esta fracción, no se integraría el tipo penal específico del delito que se trate, estando prácticamente en el supuesto de la fracción anterior es decir la no integración del tipo y como consecuencia la no existencia del delito y del delincuente, pues se nos ocurre pensar como ejemplo en el delito de robo, encontramos el apoderamiento de cosa ajena mueble, como uno de los elementos para que opere la causa de exclusión; no se integraría el tipo, pues dicho robo no existiría, si está presente el consentimiento del titular de dicho bien, o se acredita este con medios idóneos que lo supongan.

Ejemplificando, se nos ocurre pensar en el despojo de inmueble, algunos de los elementos del tipo son la propia autoridad y uso de violencia o furtivamente, en éste entendido al existir el consentimiento del titular del bien, no hay propia autoridad, se presume el no uso de la violencia y como consecuencia la no aparición de la furtividad, de tal suerte no se integraría el tipo penal, motivando entonces la ausencia de conducta típica, y como consecuencia la no aplicabilidad de la causa de exclusión de delito.

3.1.4.4: Análisis del artículo 15 fracción IV del Código Penal

“Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de los bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados, y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin

derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios y ajenos respecto de los que exista la misma obligación, o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

Esta causa de exclusión penal constituye la legítima defensa.

La legítima defensa dentro de la Teoría del Delito es una causa de justificación o licitud, que excluye el elemento de antijuricidad del delito.

Ahora bien el delito está compuesto por una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. La antijuricidad se puede entender como lo contrario al derecho, la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico.

Cuando una conducta realizada se encuentra permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no contraviene el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una justificación. De ahí, que se pueda afirmar que las causas de justificación "son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica." ¹¹

Por lo que respecta a la legítima defensa, causa de exclusión a la que hace referencia la fracción IV del artículo 15 del ordenamiento sustantivo penal, se puede señalar lo siguiente:

Es la “Repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección”. ¹²

La legítima defensa es la repulsa de una agresión ilegítima y actual o inminente por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar

¹¹ Castellanos Tena. *op.cit.*, pág. 183.

¹² *Ibidem*, pág. 192.

la necesidad de defensa de la persona o de los bienes o intereses jurídicos en inminente peligro de daño, y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirlo o repelerlo, siempre que el agredido o quien ejerza la defensa no haya provocado la agresión, ni exista otro medio más práctico y racional para evitarla.

Refiriéndose a la razón por la que la legítima defensa excluye la antijuricidad de la conducta típica, se encuentra la opinión de Carrancá y Trujillo, quien afirma, que "la defensa privada sea legítima suficientemente tanto por la necesidad ante la imposibilidad de que en un momento dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de una agresión, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto que se defiende de revelada por sus motivos y fin." ¹³

Así mismo Fernando Castellanos Tena, señala: "que constituyen el fundamento de la legítima defensa al igual que en otras justificantes, la preponderancia de intereses, pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor, sino en virtud de existir para el Estado una preponderancia indiscutible en el interés de mantener los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social, sobre la posibilidad de que se cause daño al agresor de esos derechos y, por tanto, trastornador del orden público, de la paz pública y de cuanto constituye el fin y la razón de ser del propio Estado, con el propósito de paralizar su ataque. La comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino sobre el interés público por el orden, la seguridad y las garantías de los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés público de mantener intangible y seguro al individuo transgresor de la ley y amenaza pública, pues si es verdad que a todos los hombres se a garantizado la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, esto es mientras observen un mínimo de solidaridad y de respeto para los demás y para la comunidad en que viven, y no hasta el grado de permitirles que destruyan el orden y el bien común al amparo de aquellas garantías". ¹⁴

¹³ Citado por *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 193.

Nuestro Código penal señala que la legítima defensa consiste en repeler, que significa rechazar una agresión, que debe de entenderse como la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Ahora bien, esta agresión debe ser real, actual o inminente, es decir en el momento, ni pasada ni futura remotamente, o bien, próxima e inmediata. Si la agresión ya se consumó, no se actualizaría la legítima defensa, sino ya sería venganza privada, acción reprobada a nivel constitucional, al señalar el numeral 17: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho..."

También se exige que la agresión real, actual o inminente, debe ser sin derecho, o sea antijurídica, contraria a la ley, ilícita, si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada.

Así mismo, dicha agresión necesariamente ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes defiende, al referirse la ley a bienes jurídicos propios o ajenos, como ya es bien sabido los bienes jurídicamente tutelados son la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el patrimonio, etc.

Por otra parte, "la fracción en comento, requiere necesidad racional de la defensa empleada y que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Respecto de estas dos últimas circunstancias, no existe un criterio uniforme sobre cuando se presentan, sino la necesidad racional de la defensa empleada y la suficiencia e inmediatez de la no provocación deberán determinarse en cada caso concreto." ¹⁵

González de la Vega manifiesta "que las condiciones conjuntas de ésta causa de justificación son:

1.- Una agresión: El supuesto necesario es una agresión, se entiende por ella la embestida, el ataque, la actividad injusta, material o moral, que amenaza, pone en peligro o compromete intereses jurídicamente protegidos (vida, integridad corporal, libertad personal, libertad sexual, reputación, bienes patrimoniales, etc.). La agresión debe reunir las siguientes cualida-

¹⁵ Porte Petit, op.cit., pág 405.

des:

a) Ser actual, es decir, contemporánea del acto de defensa, que no represente una eventualidad más o menos lejana, sino que por estar aconteciendo en el momento pueda acarrear prontamente un daño ilícito.

b) Ser violenta, o sea, impetuosa, atacante; esta violencia por su naturaleza puede ser: física—fuerza material en el cuerpo de las personas o cosas objeto de la agresión—; o moral—amagos, amenazas a las personas de un mal presente e inmediato, capaz de intimidar—.

c) Ser sin derecho, antijurídica, ilícita, violadora de las normas objetivas del derecho, si la agresión es justa, por ejemplo, realizada por una autoridad que obra legítimamente, la reacción defensiva no puede quedar amparada por la impunidad. Siendo éste elemento—sin derecho—de tono negativo, no puede ser probado directamente y se llega a establecerlo por un razonamiento de exclusión.

d) Que de ella resulte un peligro inminente; el peligro es la posibilidad de daño o mal; la inminencia indica ha de ser “de presente”, es decir, próximo, inmediato, actual.

2.- Que la agresión recaiga en ciertos bienes jurídicos. Estos bienes son: la persona, el honor o los bienes del que se defiende o de un tercero a quien se defiende, la defensa puede practicarse para proteger intereses jurídicos propios o intereses jurídicos ajenos. Las hipótesis son:

a) Defensa de la propia persona, debiendo entenderse en este punto por personas, exclusivamente a las físicas, por que las morales no son aptas por sí mismas para su propia defensa, los ataques contra las personas pueden ser muy variados, tendiendo a lesionar bienes jurídicos: vida, integridad corporal, libertad física, libertad sexual, etc.

b) Defensa del honor, según se desprende de nuestro código, pero que consierne básicamente a la reputación de las personas, según se desprende auténticamente de la denominación dada como delitos contra el honor a los golpes, injurias, difamación y calumnia.

c) Defensa de los bienes. Entiéndase entre ellos todos los de naturaleza patrimonial corpórea o incorpórea; también se pueden incluir todos los bienes jurídicos, es decir todos los derechos subjetivos de agresión.

d) Defensa de otra persona o de sus bienes. Aquí cabe entre las defensas de terceros, la de personas morales en sus bienes.

e) Momento. No es necesario en el anterior artículo, ahora reformado, que la agresión sea durante la noche. los hechos han demostrado que ésta situación puede presentarse en cualquier hora, es por ello que el legislador prescindió de la condición específica de la nocturnidad, atendiendo a las circunstancias objetivas en que se realiza la agresión que se repele.

3.- Que la reacción de defensa sea necesaria y esté dirigida a frustrar la agresión. Florian dice, que la necesidad actúa como límite de la legítima defensa. Ello debe de entenderse en sentido doble: a) Proporcionalidad entre el hecho agresivo y el hecho defensivo; y b) carácter inevitable de este último para rechazar la violencia, lo cual implica la contemporaneidad del acto de violencia y del de defensa. Nuestro Código desenvuelve el principio de necesidad en la defensa al señalar los cuatro casos en que se destruye la exigencia a saber:

a) La defensa no es legítima cuando se pruebe: que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella. Por provocar la agresión se entiende que el agredido haya dado lugar a ella, por realizar un acto indebido o injusto, siendo el verdadero responsable moral del ataque.

b) No es legítima la defensa cuando se pruebe: que previó (el agredido) la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales. Por previsibilidad de la agresión, debemos entender la previa representación en la mente del agredido, de la posibilidad de realización del ataque. La evitabilidad consiste en la fácil e inmediata posibilidad de eliminar la agresión, empleando el que se ve amenazado una conducta legal diferente

a la repelección violenta; por ejemplo dando aviso a la autoridad, si fuere posible y tuviere tiempo, desarmando a su atacante si ello no representa riesgo, etc. En materia de evitabilidad, conviene hacer recordatorio de la opinión de Alimena: hoy nadie sostiene que el agredido antes de defenderse tenga el deber de humillarse ante el malechor recurriendo a la fuga o a la súplica. Existe exceso en la legítima defensa cuando se pruebe: que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa. La necesidad de la defensa consiste en que no haya mejor medida de evitar el mal que amenaza.

Si existieran medios no violentos, la defensa se vería privada de ese carácter de suprema necesidad, de medio alterno para evitar el daño injusto; el derecho sólo puede legitimar la defensa cuando no es posible exigir al agredido una conducta distinta, sin que sufra una lesión en sus bienes tutelados por el mismo derecho, por que el Estado contempla la defensa como una ley impuesta por la necesidad.

c) La calificación de la necesidad del medio empleado ha de hacerse según un doble criterio: Objetivamente, de acuerdo con las modalidades características de la agresión. Subjetivamente, según la apreciación que de la necesidad haga personalmente el agente en vista de los datos objetivos del ataque; según Alimena, la apreciación de tal necesidad es subjetiva, ha de apreciarla el que se defiende.

d) Existe exceso en la legítima defensa, cuando se pruebe: que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por los medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa. La reparación a que se refiere esta destructiva de la legítima defensa, no es aquella especie de reparación que contempla el derecho penal, entendiéndola como la compensación económica del daño causado por el delito; si así se entendiera, nunca existiría la legítima defensa, ya que todo daño, delictivo es capaz de reparación económica, a través de la sanción pecuniaria complementaria. La reparabilidad del daño es la posibilidad de volver a las personas o a las cosas atacadas a su primitivo estado. La posibilidad de una restitución íntegra; la vida, la integridad personal y otros derechos son irreparables una vez lesionados”.

En relación a la causa de exclusión en estudio, suelen presentarse en la vida práctica los siguientes problemas:

1.- Exceso de legítima defensa, que se presenta cuando el agredido vá más allá de lo necesario para repeler la agresión; y el que bajo tales condiciones se encuentra no queda amparado por la excluyente, así el artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal señala: "Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refiere las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo."

2.- Riña y legítima defensa.- De acuerdo con el artículo 314 del Código Penal, riña es la contienda de obra y no de palabra, entre dos o más personas; en la riña los sujetos que intervienen en la misma se colocan fuera de la ley, para resolver sus diferencias, por tanto sus conductas son antijurídicas; en tanto la legítima defensa requiere para su existencia de una conducta lícita, acorde con el derecho, frente a una injusta agresión; de ahí que la riña excluya la legítima defensa.

3.- Legítima defensa contra exceso de la legítima defensa. Maggiore señala, "que todo exceso de defensa es una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa. Y según Manzini cuando el exceso es debido a la culpa, el mismo constituye una violencia punible y por ende injusta, de la cual no es causa eficiente el primer agresor que, por tanto tiene facultad de obrar en legítima defensa."¹⁶

4.- Legítima defensa recíproca.- La defensa legítima recíproca no constituye excluyente de responsabilidad penal, por que para quedar justificadas las dos actitudes, sería necesario que con ellas, respectivamente se repelieran una injusta agresión y la conducta no puede ser al mismo tiempo, jurídica y antijurídica. Quien injustamente agrede a otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contraataca; su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión contraria a derecho, sino en el rechazo de una conducta legítima, exenta de antijuridicidad.

5.- Legítima defensa del imputable.- Castellanos Tena considera que, partiendo de la naturaleza objetiva de la antijuricidad, es admisible la defensa legítima de parte de un imputable, pues su conducta debe ser

¹⁶ Citado por Castellanos Tena, *op.cit.*, pág. 201.

valorada objetivamente y dársele en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se repele,¹⁷

6.- Legítima defensa contra inimputable.- A pesar de que la conducta de un inimputable no constituye un delito, por faltarle precisamente la capacidad de querer y entender, ello no impide para afirmar que la misma no sea antijurídica, y por tanto pueda dar lugar a una reacción defensiva legítima.

Para mejor orientación y comprensión se exponen los siguientes criterios.

TESIS RELACIONADAS. Legítima defensa. El ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía, de tal suerte que lo que importa para los efectos del derecho penal, es la amenaza creada por aquél y no la actualidad de la lesión que sufre quien se defiende, o en otros términos lo que caracteriza a la legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta persista, esto es en tanto pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende, y aún la de un tercero. Sexta Epoca Segunda Parte: Vol. XXXII, pág. 70. A. D. 6353/59. Legítima defensa. El ataque es actual cuando reviste características de inocencia o dure todavía, pero no cuando se dibuja en el futuro o cuando ya ha terminado. Lo que importa, es la actualidad del ataque, esto es, la amenaza creada por él, no en cambio la actualidad de la lesión. El atacado no necesita esperar que el atacante le haya causado una lesión. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXVII, pág. 60 A. D. 7117/58.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA. Legítima defensa, inexistencia de la. Reacción defensiva efectuada cuando ya se habían consumado el ataque y el peligro que se pretende la motivaron, no puede considerarse como legítima defensa, ni exime de responsabilidad penal al agente activo del delito. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XLVIII, pág. 47 A. D. 1726/61. Vol. LVIII, pág. 39. A. D. 5619/61. Vol. LXI, pág. 30. A. D. 1133/62.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 202.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

3.1.4.5: Análisis del artículo 15 fracción V del Código Penal.

“Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

En esta fracción se contempla lo que doctrinariamente se conoce como: "Estado de Necesidad."

Al igual que la legítima defensa, el Estado de Necesidad constituye una causa de licitud, porque la naturaleza de la conducta elimina la antijuricidad.

El Estado de Necesidad "es el peligro actuado, inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados pertenecientes a otra persona, señala Cuello Calón."¹⁸

Roberto Reynoso lo define manifestando, "el estado de necesidad es una situación de peligro de daño actual o inminente, real y grave de la persona o de los bienes o intereses jurídicos, que sólo puede ser evitada por quien se encuentra en peligro o por un tercero, mediante la realización de un daño en la persona o bienes de otro, de menor o igual entidad del que trata de evitarse, siempre que no exista otro medio más práctico y menos perjudicial, y el contraventor no haya ocasionado dolosamente o por grave imprudencia el estado de necesidad, ni quien por su empleo o cargo tenga el deber de afrontar el peligro".¹⁹

La justificación del estado de necesidad como causa de licitud se encuentra en el principio del interés preponderante, pues ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el estado opta por la salvación de uno de ellos, y esto ocurre, cuando el bien salvado supera al sacrificado, pues sólo

¹⁸ *Ibidem*, pág. 203.

¹⁹ Reynoso Dávila, *op. cit.* pág. 145.

entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.

Los elementos del estado de necesidad son:

- a) Obrar por necesidad. "Existe necesidad cuando hay inevitabilidad, si existe posibilidad de rehuir, de evitar el peligro, el sujeto no estará amparado por esta excluyente".²⁰
- b) Una situación de peligro real, actual o inminente. El peligro es la posibilidad de sufrir un mal; tal peligro debe ser real, esto es, no debe ser obra de la imaginación o deberse a simples conjeturas. Así mismo debe ser actual o inminente, es decir, ocurrir en el momento o ser próximo.
- c) Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente. "Para la ley no se integra esta excluyente si el sujeto, intencionalmente o por grave imprudencia ocasiona la situación de peligro"²¹
- d) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno).
- e) Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario.
- f) Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro.
- g) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente. Por consecuencia el sacrificio de uno de los dos bienes jurídicamente tutelados.

Existen dos casos específicos de estado de necesidad regulados por el Código Penal, a saber: a) el aborto terapéutico y b) el robo de farnélico.

El aborto terapéutico se encuentra regulado por el artículo 334 del Código Penal para el D.F., que dispone: "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que le asista, oyendo éste el dictámen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

Es de observarse fácilmente los bienes en conflicto: la vida de la madre y la vida del ser en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de

²⁰ *Porte Petit, op.cit., pág. 439.*

²¹ *Castellanos Tena, op.cit., pág. 207.*

mayor valía, que en este caso es el de la madre, por ser un sujeto completamente formado y que ha desarrollado una vida.

El robo de famélico o de indigente, es regulado por el artículo 379 del Código Penal, que establece: “No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento”. La colisión de intereses tutelados jurídicamente se conforma con el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida; y por otra, el derecho del propietario de bienes atacados, como alimentos o medicamentos.

Finalmente, para complementar el estudio de la presente causa de exclusión, señalaremos las diferencias existentes entre la legítima defensa y el estado de necesidad: a) el estado de necesidad se caracteriza porque en él existe un ataque y en la legítima defensa hay una reacción contra el ataque; b) la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro ilícito (la repulsa); en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

Florian distingue entre la legítima defensa y estado de necesidad, así: El conflicto se desarrolla en aquella entre el derecho nuestro y el hecho ilícito ajeno; en éste entre dos derechos igualmente válidos y dignos de protección, en aquella el acto es reacción (se lucha contra la ilicitud), en esta, agresión (falta de culpa). En la legítima defensa los intereses lesionados corresponden a un agresor, en el estado de necesidad pertenecen a un inocente.

Para mayor abundar la Suprema Corte de Justicia ha adoptado el siguiente criterio:

JURISPRUDENCIA DEFINIDA. Estado de necesidad, excluyente de. El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro. Sexta Época, Segunda Parte: Vol., III, pág. 78. A.D. 4050/56. Vol. XXXIV, pág. 50. A.D. 1866/57. Vol. XXV, pág. 51 A.D. 2758/59. Vol. XXVII, pág 49 A.D. 3685/59. Vol. XLI, pág 31. A.D. 5613/60.

3.1.4.6: Análisis del artículo 15 fracción VI del Código Penal.

“La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”.

Esta fracción contiene en realidad dos diferentes causas de exclusión del delito, a saber: cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, ámbos que de presentarse, eliminan el elemento de antijuridicidad del delito.

Cumplimiento de un deber.- existe el cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta por obligación ya sea, por que esta provenga de la ley o de un superior jerárquico. Ranieri señala “Hay cumplimiento de un deber, cuando alguien debe comportarse como se comporta, por que una norma jurídica o una norma obligatoria de la autoridad pública se lo impone, sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado”.²²

“En cuanto a excluyentes de incriminación, derivados de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, o de un cargo, Luis Jiménez de Asúa señala lo siguiente:

²² Citado por *Porte Petit. op.cit., pág. 475.*

a) Ejecución de la ley o actos ordenados por ella, que a veces se traduce en la práctica, en ordenes de actos legítimos de la autoridad. Aquí deberá también considerarse el caso de actos que la ley faculta a ejecutar.

b) Cumplimiento de un deber, que no sólo abarca el impuesto por el servicio.

c) Ejercicio de un derecho que comprende casos muy variados como el derecho de corrección y el disciplinario; en particular las vías de hecho, de que es muestra el derecho de retención.

d) Ejercicio profesional y el uso de armas por el que tiene derecho a llevarlas y emplearlas; en especial la defensa en juicio del abogado y el ejercicio de la medicina, entre otros."²³

La ley exige, que para justificar el acto típico, el ejercicio del derecho se realice en forma legítima. Este requisito excluye el exceso y el abuso en el ejercicio del derecho.

Para Jiménez Huerta, el ejercicio de un derecho implica la previa facultad de obrar o poder de voluntad, para la satisfacción de un interés legítimo.

Existe un gran número de casos en que la ley impone a los funcionarios la realización de determinadas conductas, señalándoles deberes que cumplir, sin embargo lo importante aquí es recalcar que la ley expresamente debe contener la imposición de tales conductas, y para darles el debido cumplimiento es válido emplear todos los medios, pero que sean racionalmente necesarios, pues de otra manera habría exceso en el cumplimiento de un deber y, consecuentemente, este no constituiría una causa de exclusión del delito.

En este sentido, González de la Vega nos dice que ese deber puede ejemplificarse de la siguiente manera: "El juez que priva procesalmente de la libertad a un sujeto no comete plagio ni secuestro; el policía que por mandamiento en fortuna practica cateo domiciliario, no comete allanamiento de morada"²⁴

²³ Reymoso, *op.cit.*, pág 155.

²⁴ González de la Vega, *op.cit.*, pág. 40.

Respecto al tema que estamos tratando, resultan relevantes las siguientes ejecutorias:

PARA LA PROCEDENCIA DE ESTA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD ES NECESARIO QUE LA LEY LOS CONSIGNE.- Para la procedencia de esta eximente de responsabilidad, es necesario que la ley expresamente consigne los deberes y derechos en el agente activo del delito no quedando al arbitrio de éste el presentarlos para normar su conducta.
Informe 1957, pág. 32, Primera Sala.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER SOLO AUTORIZA EL EMPLEO DE LA VIOLENCIA, EN LOS CASOS ESTRICTAMENTE NECESARIOS.- El cumplimiento de un deber sólo autoriza el empleo de la violencia, en los casos estrictamente necesarios, esto es cuando el ejercicio de aquél requiere su uso, como cuando se trata de militares en acción de guerra, por ejemplo; por lo que, cuando no existe mandato de la ley que les autorice la excluyente de responsabilidad de cumplimiento de un deber, no puede configurarse,
Informe 1963, pág. 54, Primera sala.

RACIONALIZACION Y NECESIDAD DEL MEDIO EMPLEADO EN EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.- La excluyente de responsabilidad del cumplimiento de un deber, puede amparar tanto la conducta como el resultado que se produzca y que expresamente ordene la ley. La legislación aplicable a los agentes de la autoridad origina el ejercicio de la fuerza cuando obren en cumplimiento de un deber, generándose esta causa de juridicidad cuando semejante ejercicio constituya un medio racional o necesario para su cumplimiento, ya sea ante una situación de extremo peligro personal, o por la necesidad imperiosa del agente para superar la violencia que se ejerza contra terceros, o bien para vencer la resistencia opuesta al cumplimiento de un mandato de autoridad.
Semanao Judicial de la Federación, Volúmenes 175-180. Segunda Parte pág. 39. Séptima Epoca Primera Sala.

ALCANCE DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE POLICIA.- La excluyente de cumplimiento del deber ampara la ejecución de una conducta formalmente delictiva, pero concretamente exigida por el derecho (mantener la privación de la libertad del procesado) pero es claro que el derecho no exige a los policías mantener reos en una casa particular, detenidos y aún golpeados o amenazados o injuriarlos, pues inclusive las armas que se les proporcionan sólo deben de servir para rechazar alguna agresión, pero nunca deben de servir para golpear a un persona cuya pretendida huida ha sido ya inferida. En éste caso el cumplimiento de un deber tendrá como cometido detener a una persona, pero no lesionarla.

Semanario Judicial de la Federación, Volúmenes 175-180. Segunda Parte, pp. 39-40. Séptima Época. Primera Sala.

Entre los deberes impuestos a los particulares se encuentran cuatro hipótesis, mismas que a continuación se señalan:

a) Deberes impuestos a un individuo en instantes de necesidad o urgencia. Por ejemplo, el artículo 400 fracción IV del Código Penal para el D.F., establece que se aplicará prisión de tres meses a tres años y multa de quince a sesenta días, al que requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

b) Deber de denuncia o revelación impuesto a ciertos profesionales. En algunas ocasiones la ley ordena a los profesionistas revelar o denunciar hechos, por ejemplo, el artículo 114 del Código Sanitario dispone que, las personas que ejerzan la medicina o realicen actividades conexas, están obligadas a dar aviso a las autoridades sanitarias de los casos de enfermedades transmisibles, posteriormente a su diagnóstico cierto o probable. Así mismo el artículo 115 del mismo ordenamiento, señala que están obligados a dar aviso en los términos del artículo anterior, los jefes o encargados de laboratorios de diagnóstico; los directores de unidades médicas, escuelas, fábricas, talleres, asilos; los jefes de oficinas establecimientos comerciales o de cualquier otra índole, y en general toda persona que por circunstancias o accidentes tenga conocimiento alguno de enfermedades transmisibles.

c) Deberes de una profesión entre los que se encuentran, el de guardar secreto. El artículo 210 del Código Penal dispone: se impondrán de treinta

a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto. Y el artículo 211 del mismo Código establece que la sanción será de uno a cinco años de prisión, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión, en su caso de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

d) Deberes de testigos. En este caso el deber puede ser general o especial. Los casos del deber general, es el impuesto en la fracción quinta del artículo 400 del Código Penal y el consignado en el artículo 340 del mismo ordenamiento. El primero señala que se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días de multa, al 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 cometer o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, y en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables. Y el segundo numeral de los mencionados, establece que al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrán de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad sino diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal.

Como deberes especiales se encuentran los prescritos por los artículos 210, 233, 247 fracción II, 335, 336 y 341 del Código Penal para el D.F. (Revelación de algún secreto o comunicación reservada que conoce o a tenido con motivo de su empleo, cargo o puesto; patrocinar o ayudar a diversos contingentes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o negocios conexos, abandonar la defensa de un cliente sin motivo justificado; al ser examinado por la autoridad judicial como testigo o perito faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar; al que abandone un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o una persona enferma teniendo la obligación de cuidarlos; al que sin motivo justificado abandone a sus hijos

o a su cónyuge, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia; y al automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono sin prestarle o facilitarle asistencia, a persona a quien atropelló).²⁵

El ejercicio de un derecho.- Consiste, “ En el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra norma para la satisfacción de un interés más valioso, consecuentemente que prepondera sobre el interés que es antagónico”.²⁶

Es conveniente aclarar, que "la ley al hablar de un derecho, no se refiere a un derecho objetivo, si no subjetivo, que es el poder perteneciente a un sujeto de obrar para la satisfacción de un interés propio o de la colectividad de la cual forma parte, en los límites de la protección acordada a la norma jurídica"²⁷

Como formas específicas del ejercicio de un derecho, se encuentran las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos, y el tipo de lesiones inferidas con motivo del derecho de corregir.

Existen actividades deportivas como la natación, la equitación, el atletismo, etc., que se realizan singularmente y que no implican una contienda violenta entre los participantes para la obtención del triunfo, en estos casos cuando el deportista resulta lesionado, no pueden existir problemas de responsabilidad penal atribuible a otro de los contrincantes porque las lesiones son causa de la imprudencia del perjudicado.

Ahora bien, existe otro tipo de deportes como la esgrima, el polo, el foot ball, etc., que se desarrollan en forma conjunta por dos o más personas o equipos, que por medio de la habilidad física y conforme a ciertas reglas luchan violentamente para vencer al contrario; en estos deportes existe el riesgo de lesionar a alguno de los participantes, pues precisamente forman

²⁵ *Porte Petit, op.cit., pp. 476 - 478.*

²⁶ *Ibidem, pág. 461.*

²⁷ *Ibidem, pág. 464.*

parte del juego el ejercicio de la violencia. En tales actividades no existe incriminación alguna en caso de presentarse lesiones, pues debe considerarse que existe ausencia del elemento moral, salvo en los casos de perfidia o imprudencia ya que, como señala Castellanos Tena, cuando los jugadores, sin intención de lesionar, sin contravenir imprudencialmente las reglas del juego, lesionan a otro participante, no pueden ser imputados como autores del delito, por no haber obrado intencional o imprudencialmente.

Finalmente, algunos otros deportes, como el box o la lucha libre, se realizan en la misma forma violenta pero aquí, la finalidad del juego está en la de que uno de los contendientes lesione consciente y voluntariamente a su adversario a fin de ponerlo fuera de combate, “ Como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, sólo podemos fundar la justificación en la ausencia de antijuridicidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga para su enseñanza en algunos institutos oficiales. Se trata, pues, de una verdadera causa de justificación, los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado”.²⁸

El maestro González de la Vega refiriéndose al pugilato, que se desarrolla en forma violenta y en el que la finalidad de los pugilistas es inferirse lesiones, consciente y voluntariamente, para ser uno de ellos el vencedor por la superioridad de sus golpes lesivos o por poner fuera de combate en un estado conmocional a su adversario, considera que la licitud de las referidas lesiones obedece al reconocimiento que de estos deportes hace el estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga para su enseñanza en algunos institutos oficiales.

Federico Puig Peña considera " que para que halla licitud en las lesiones que se infieren en actividades deportivas se requiere: a) Que se trate de un juego lícito autorizado por el poder público; b) Que los jugadores observen las reglas del juego, y c) Que el ejercicio deportivo no se haya tomado como medio de encubrir una voluntad criminal encaminada a causar un mal físico

²⁸ Castellanos Tena, *op.cit.*, pp. 212 - 213

o se haya procedido con manifiesta imprudencia". 29

Por otra parte, se considera que las lesiones causadas con motivo de tratamientos médico-quirúrgicos, omiten la antijuridicidad del delito, convirtiéndose en causas de exclusión del delito, en ejercicio de un derecho, por el reconocimiento que el estado hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas.

Algunos sostienen que la legitimidad se desprende del consentimiento previamente otorgado por el paciente o por sus representantes; esta opinión es insuficiente porque no resuelve el caso de las operaciones urgentes en que es imposible obtener el previo consentimiento y, principalmente contradice la tesis de orden público, de que el consentimiento de la víctima del delito no excluye la responsabilidad.

Puig Peña señala que para que la intervención del médico se ampare en una causa de justificación y haya licitud es preciso se reúnan los siguientes requisitos:

- 1) El tratamiento constituya un acto de su profesión
- 2) Que medie el consentimiento de sus pacientes o de sus parientes más próximos, jamás puede el médico, sin dicho consentimiento, someter al paciente a ninguna operación, salvo los siguientes casos: a) Cuando el paciente haya dado su propio consentimiento para una operación, y luego en el curso de ella surja la necesidad de otra en interés de la vida o salud del enfermo; b) Cuando el paciente haya dado amplias facultades al médico, dejándole juez absoluto de la situación; c) Cuando surja la necesidad de una operación urgente, sin dar tiempo alguno a obtener la previa autorización.

Finalmente, señalaremos que anteriormente el derecho de corregir era considerado como una causa de exclusión de delito, pues el artículo 294 del Código Penal, establecía que las lesiones inferidas por quienes ejercían la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corrección, no serían punibles, si eran de aquellas que no ponían en peligro la vida y tardaban en sanar menos de 15 días. En la actualidad dicho numeral ya ha sido derogado

y el artículo 295 fue también reformado para quedar de la siguiente manera: “ Al que en ejercicio de la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos”.³⁰

Por otra parte, el Código Civil para el Distrito Federal regula conductas que se ven amparadas en el ejercicio de un derecho, tal es el caso del derecho de retención. Así el artículo 810 fracción II, ordena que “ El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes...:El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho a retener la cosa poseída hasta que se haga el pago”, el artículo 2286, preceptúa: “ El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago”; el artículo 2579 expresa: “ El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato, hasta que el mandante haga la indemnización y el reembolso de que se trata los dos artículos anteriores”; el artículo 2644 dispone: “ El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho de retenerla, mientras no se le pague y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra ”.

En forma general son aplicables de igual manera los siguientes criterios

JURISPRUDENCIA DEFINIDA. Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, naturaleza de las excluyentes de. Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y los derechos estén consignados en la ley. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. V, pág. 53. A. D. 2483/57. Vol. XII, pág. 108. A. D. 3337/56, Vol. XIII, pág. 58. A. D. 1251/57. Vol. XVI, pág. 87. A. D. 5966/57. Vol. XXXVI, pág. 45. A. D. 800/60.

³⁰ *Porte Petit, op.cit., pág. 466.*

JURISPRUDENCIA DEFINIDA. Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Policías. Para detener o lograr la captura de quien huye ante la intervención de la autoridad, la ley no autoriza a disparar sobre el fugitivo; por tanto, la conducta policiaca que así produce daños configurativos de delito no puede en principio quedar legalmente justificada por la excluyente de cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Sexta Época, Segunda Parte, Vol. III, pág. 54. A.D. 6218/56. Vol. VI, pág. 29. A.D. 1382/57. Vol. XXXVI, pág. 40. A.D. 1191/60. Vol. XLIII, pág. 28, A.D. 6231/60. Vol. LIII pág. 16, A.D. 4161/61.

3.1.4.7: Análisis del artículo 15 fracción VII del Código Penal

“Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código”.

Al respecto podemos decir que la imputabilidad: " Es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal . Es decir, es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo." ³¹

Por tanto la inimputabilidad comprenderá la capacidad de entender y querer en el ámbito de derecho penal, esto es, serán todas aquellas causas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

31 Castellanos Tena, op.cit. pág 218.

Podemos señalar como causas de inimputabilidad:

- a) por exigencias de madurez fisiológica y espiritual, casos de minoridad;
- b) Por la abanzada edad en la que disminuyen las facultades fisiológicas y espirituales;
- c) Por la incompleta formación de la personalidad intelectual, como sucede con el sordomudo, y
- d) Por la falta de normalidad psíquica representada en la enfermedad mental y en situaciones de trastornos psíquicos de cierta intensidad.

La miroridad, entendida ésta como la capacidad de querer y entender, constituyendo una aptitud psico-biológica y que surge al concluir la niñez, formándose paulatinamente la adolescencia hasta adquirir la madurez física, mental y moral que permitan comprender la significación moral y social de sus actos.

La capacidad de querer consiste en determinar la voluntad, para realizar un hecho. Es la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta.

Así resaltamos que el concepto de la capacidad de querer, es la autorización para uno mismo determinarse libremente, entre los motivos y causas que guían a las conductas.

Nuestra legislación haya equiparable a la capacidad con la mayoría de edad, y en sentido contrario el menor está fuera del Derecho Penal, por falta de exclusión de dolo.

La senectud, es difícil señalar una edad en que el hombre comienza a ser viejo, ya que depende del hombre en el aspecto que éste realice sus funciones orgánicas con la entera normalidad, y piensen y recuerden como en la edad de pleno vigor físico. Ahora bien, el sexo y la vejez, por sí solos jamás pueden ser causas de inimputabilidad penal, podrán atenuar la pena, pero no excluir la responsabilidad penal.

La incompleta formación de la personalidad intelectual, ya que es el

deficiente desarrollo mental, es decir la falta de capacidad de entender el carácter ilícito de determinadas conductas.

La anormalidad psíquica, contempla el trastorno mental eminentemente médico en su origen que la ley le a dado jerarquía de concepto. Si es permanente se carece de facultades mentales plenas de lucides, voluntad y capacidad de disemir.

El transtorno mental transitorio puede ser de origen patológico o por otra causa, como una emosión profunda, que puede tambien producirse accidental e involuntariamente. Es una perturbación de las facultades mentales pasajera, de corta duración, y esto hace que desde el punto de vista legal sea diferente a la enajenación. El trastorno mental transitorio se caracteriza porque además de su rápida aparición, pasa sin dejar rastro alguno. Cuello Calón expresa que para que el transtorno mental transitorio cause efecto eximente, es preciso que no haya sido buscado de propósito para delinquir, por tanto, el que con ánimo de cometer un delito se coloca en aquella situación, hallándose en ella, perpetra el hecho, no podrá ser declarado libre de responsabilidad penal.

La fracción VII que se comenta en el presente apartado se refiere, precisamente a la inimputabilidad.

Esta fracción abarca dos grandes hipótesis:

- a) El trastorno mental, y
- b) El desarrollo mental retardado

El trastorno mental es la perturbación de las facultades psíquicas, pero en ámbos casos dicho trastorno, para constituir una causa de exclusión de delito, debe ser de tal magnitud que impida al sujeto comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Lo mismo sucede con el desarrollo intelectual retardado, pues para que

opere como circunstancia de exclusión penal, no basta con declarar que el sujeto sufre un desarrollo intelectual retardado, sino que es necesario demostrar que éste, es de tal naturaleza que anula la capacidad del individuo para comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a un cuando no presente un verdadero trastorno mental.

De acuerdo con el numeral en comento, la inimputabilidad excluye la responsabilidad penal, por lo que los sujetos protegidos por estas eximentes deben quedar al margen de toda consecuencia represiva o asegurativa, por haber realizado el hecho típico sin capacidad de juicio y decisión. Sin embargo, en este caso en particular, el Estado adopta determinadas medidas, que no son propiamente penas, para la atención de tales sujetos y para la protección social.

Así, se dispone: "En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente. Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento" (artículo 67 del Código Penal).

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

"En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables" (artículo 69 del Código Penal).

Según Ferri, “los delincuentes por estado de inconsciencia son individuos peligrosos e inadaptados a la vida social, y si cometen acciones delictivas deben ellos mismos y no la sociedad sufrir las consecuencias de su desgracia y deben, por tanto, por insuperable necesidad de defensa social, ser segregados hasta que se curen y aparezcan readaptados a la vida libre; y decir que su tratamiento corresponde a los médicos y no a la justicia penal es olvidar que han delinquido, a veces gravemente y produciendo grandes estragos ”. ³²

Ahora bien, el artículo 15 fracción VII del ordenamiento penal sustantivo contiene una excepción, que merece comentarse. La imputabilidad, como ya se dijo anteriormente, debe existir al momento de la ejecución del hecho, pero puede suceder que en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloque en situación inimputable, para bajo esas condiciones cometer el delito. A estas acciones se les conoce con el nombre de Acciones Libres en Causa y, obviamente, constituyen la excepción a que se hace referencia, al señalar la disposición que se analiza: “A no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.” Un ejemplo sería aquél individuo que sabiendo como reacciona al ingerir bebidas alcohólicas, se embriaga (hacer positivo), precisamente para matar durante la borrachera a otra persona, sabedor de que en estado normal, le faltaría valor para hacerlo, la actividad realizada no puede fundarse en inimputabilidad, ya que no satisface a dicha excluyente.

Y es que las acciones libres en su causa no pueden constituir causa de exclusión penal, por que bien al cometerse el delito el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, tal estado, se obtuvo dolosa o culposamente y, por tanto el fundamento de la imputabilidad se encuentra en la acción precedente, o sea aquella en la cual el individuo, plenamente capaz de querer y entender en el campo del derecho penal, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad, por ello el resultado, le es imputable y, consecuentemente

³² Citado por González de la Vega, *op.cit.*, pág. 36

responsable.³³

Cabe señalar que el segundo párrafo de la fracción en comento, también contempla el hecho que “Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código”, entendiéndose así la posibilidad de una disminución parcial, creándose para tal efecto el artículo 69 bis.

Desprendiéndose de este, la posibilidad de que el sujeto activo sea sancionado, pues en el momento de realizarse la conducta típica, el sujeto activo sólo estaba afectado parcialmente de su capacidad, por tal motivo el legislador toma en cuenta este hecho concediendo al juzgador la facultad de que a su criterio, en este caso, se le disminuya la pena estableciendo para ello..... a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrán hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o a la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67, o bien ambas, en caso de ser necesario tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor”.

No procediendo así tampoco esta, como causa de exclusión por estar presente la afectación parcial de la capacidad de comprensión, ya que cuenta con penalidad este último supuesto.

Al respecto se ha adoptado el siguiente criterio:

JURISPRUDENCIA DEFINIDA. Inconsciencia, prueba de la excluyente de. La comprobación de la excluyente de responsabilidad penal consiste en obrar en estado de inconsciencia, requiere por su naturaleza eminentemente psicológica, de pruebas técnicas especiales que hacen necesarios el dictámen de peritos. Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XXIV, pág. 130 A.D. 1470/59. Vol. XXVIII pág. 60 A.D. 6748/59. Vol. XLIV, pág. 84 A.D. 8551/60. Vol. LV pág. 32. A.D. 2245/60. Vol. LVI, pág. 40 A.D. 8453/61.

TESIS RELACIONADAS.- Inconsciencia como excluyente (legislación militar). Si la defensa del quejoso consiste en que al delinquir se encontraba en estado de inconsciencia de sus actos, que prevé como causa de inimputabilidad la fracción II del artículo 119 del Código de Justicia Militar, como esta circunstancia, por su naturaleza, evidentemente queda dentro de la órbita médica y, aún más dentro de las especialidades de la psiquiatría forense y del psicoanálisis criminal, la prueba de testigos resulta de todo inepta y es el dictámen de peritos el único documento que puede proporcionar la verdad al respecto. Quinta Epoca: Vol. CXXII, pág. 1256 A.D. 1291/53. Trastorno mental como excluyente. La ocurrencia de un padecimiento mental debe acreditarse con prueba pericial médica. Aún cuando se llegara a tener como cierto que el procesado padecía algún trastorno mental, no se tendría base, con sólo ello, para poder estimar que en el momento en que consumó el ataque contra su víctima no se encontraba en un estado de inconsciencia determinado por su enfermedad o por otra causa. Sexta Epoca, Segunda Parte Vol. I, pág. 92, A.D. 7023/56. Las eximentes de responsabilidad por estado de inconsciencia por su naturaleza eminentemente subjetiva, ya que afectan la imputabilidad del sujeto tienen que ser comprobadas por pruebas especiales. Sexta Epoca, Segunda Parte Vol. VI, pág. 154. A.D. 4615/55. Inconsciencia como excluyente, siendo la inconsciencia un estado mental, científicamente sólo pueden determinarla los médicos forenses, la falta de informe al respecto hace que deba desestimarse. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. VI, pág. 164 A.D. 5461/55 trastorno mental permanente, (consecuencias) si de una de las constancias probables se advierte que la ahora quejosa padece un trastorno mental permanente, anterior a la realización del hecho típico penal, en la especie, no se trata de alguna de las causas de inimputabilidad contenida en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal y territorios federales, que en su conjunto se designan doctrinariamente como estados de inconsciencia transitorios, sino de una enfermedad permanente captada por el artículo 68 de la ley en cita, este dispositivo preceptúa que, quienes sufran cualquier debilidad, enfermedad o anomalías mentales, y ejecutan hechos o incurran en omisiones definidos por la ley como delitos, serán reclusos en manicomios o establecimientos especiales durante el tiempo necesario para su curación y sometidos con autorización del facultativo a un régimen de trabajo. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. LVI, pág. 53. A.D. 3092/61. Trastorno mental involuntario y transitorio, un sentimiento de ira, que puede ser considerado como una alteración psíquica, pero no por eso puede sostenerse válidamente que pierda el sujeto el dominio de sus actos, pues la excluyente, para que opere, tiene como

supuesto el automatismo del sujeto que padece el trastorno. Sexta
 Epoca, Segunda Parte: Vol. LXVIII, pág. 18. A.D. 2247/61.

3.1.4.8: Análisis del artículo 15 fracción VIII del Código Penal.

“ Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- B) Respecto de la ilicitud de la conducta ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código”.

Es pertinente diferenciar el error, de la ignorancia. El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en realidad; esto es, el error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto. En tanto que, en la ignorancia existe ausencia de conocimiento; en el error se conoce pero se conoce mal y la ignorancia es una laguna del entendimiento, porque nada se conoce ni errónea ni certeramente.

Ahora bien, tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si generan en el agente desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de una conducta, sin embargo, se exige que sea esencial e invencible. Será esencial cuando el error recaer sobre un extremo esencial del delito, recaer sobre elementos constitutivos del tipo, y será insuperable cuando el agente en forma alguna pueda superar o advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el proceso penal; aquí versan elementos no constitutivos del delito, son accidentales como las circunstancias modificativas de la pena.

Cuello Calón sostiene que: "debería de admitirse la prueba del error o

ignorancia del derecho y si realmente hubo error o ignorancia y no son imputables al agente, deben refutarse como causas de exclusión del dolo, y cuando concurren a causa de su descuido o negligencia podrá exigirse al agente responsabilidad a base de culpa o atenuar la pena prescrita.³⁴

De ahí que se diga, que el conocimiento de los hechos y el significado del acto es elemento de culpabilidad dolosa y como consecuencia de que se quebrante el deber. Es elemento intelectual del dolo, la inconciencia impide la imputación jurídica.

La intención del legislador vá dirigida a realizar una mayor justicia del principio de equidad, dando un trato diferente a los desiguales y tomando conciencia del atrazo económico y el aislamiento de aquellos grupos étnicos no incorporados a la cultura media nacional.

Ahora bien, aquí se contempla lo que sería el error esencial, el cual recae sobre elementos constitutivos (esenciales), del tipo que el sujeto realiza, o sobre la significación antijurídica de la conducta. El error accidental versa sobre elementos no constitutivos del tipo (accidentales). Las circunstancias esenciales del hecho son las que habían dado el carácter de delito, todo error sobre hechos esenciales y sobre la antijuricidad material de obrar, excluye el dolo.

Error de tipo, consiste en el desconocimiento o equivocada creencia, sobre las circunstancias objetivas pertenecientes al tipo legal; excluyente del dolo. Ejemplo: el cazador que dispara contra un objeto negro creyendo una pieza, cuando en realidad se trata de una leñadora.

El error de prohibición, que es el que recae sobre la antijuridicidad del hecho en el conocimiento completo de la realización del tipo.

El error de hecho, es el desconocimiento de las características del tipo legal del concreto concepto del delito, y el error de derecho se refiere al error sobre la prohibición jurídica del tipo dolosamente ejecutado.

³⁴ Reynoso Dávila, *op.cit.*, pág. 261.

El error de hecho y el derecho fuerón desplazados por el error de tipo y de prohibición, como un adecuado complemento sobre la conformación del tipo y estructura elemental del delito.

El error de tipo recae sobre los elementos que integran la acción típica en su objetividad. El segundo recae sobre el conocimiento de antijuridicidad de la conducta, osea sobre la existencia de la prohibición penal en sí misma, de acuerdo a este pensamiento, el error de tipo al eliminar el dolo hace desaparecer la tipicidad de la conducta al neutralizar el tipo subjetivo.

Como ejemplo podemos citar aquel que se apodera de una cosa de otra persona, que considera erróneamente que es suya; se encuentra en un error de tipo (no sabe que sustrae una cosa ajena).

Aquel que cree tener el derecho a tomarse justicia por su mano y se apodera de una cosa ajena (acreedor sobre deudor insolvente), se halla en error de antijuridicidad de su hacer, quien no sabe que la cosa de que dispone está embargada marca una característica del tipo, pero quien sabiendolo cree erroneamente tener un derecho a disponer de ella, se encuentra en un error de prohibición.

Podemos señalar algunas causas de exclusión del dolo:

a) la ignorancia o error acerca de las circunstancias objetivas esenciales, integrantes del delito (el que se apodera de una cosa ajena creyendola propia).

b) La ignorancia o error sobre el resultado del hecho (el que dispara una pistola contra alguien creyendola descargada).

c) La ignorancia o error sobre la significación antijurídica del hecho (defensa putativa). Aquí se cree erróneamente que se tiene el derecho a obrar cuando en realidad no lo tiene.

La ignorancia o el error deben ser invisibles, esenciales y seriamente fundados, pues si son imputables a título de culpa, el agente será punible.

Según la doctrina la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal contiene dos tipos de error:

- 1.- El denominado error de tipo y
- 2.- El llamado error de licitud.

El error de tipo se refiere al error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal (inciso A de la fracción en comento).

El error de licitud hace referencia al error invencible por el cual el autor de la conducta creó lícito su comportamiento, es decir, acorde con el derecho. También se le denomina comúnmente como error de prohibición y comprende:

a) Error invencible por estimarse que el hecho típico ejecutado no está prohibido.

b) Error invencible al considerarse que el hecho en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado en virtud de una circunstancia que en realidad no tiene esa eficacia, y

c) Error invencible por creerse que el hecho, si bien está prohibido, en el caso se haya amparado por una causa de justificación, cual sería el caso de la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

A este supuesto también se le conoce como error de derecho, porque el equivocado concepto de la significación de la ley no significa ni autoriza su violación.

Cabe señalar que esta fracción en su parte final establece, que si los dos supuestos a que se hace referencia son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal (en caso que el error a que se refiere en el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error es vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será hasta de una tercera parte del delito que se trate).

Del análisis del anterior precepto podemos decir que en relación a la fracción “ A “, conjuntamente apoyada en el artículo 60 del Código Penal, se establece no propiamente una causa de exclusión, sino un atenuante de la pena, de igual manera, el inciso “B”, que viene a hacer como ya se dijo un atenuante.

3.1.4.9: Análisis del artículo 15 fracción IX del Código Penal

“ Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”

Esta fracción vendría a hacer lo que originalmente contenía la fracción VIII del artículo de referencia, de acuerdo al texto derogado del mismo, pues se contempla un impedimento legítimo, a la realización de una conducta diversa a la que efectuó. Pero este impedimento legítimo es considerado como causa de licitud, y por tanto impide la constitución del delito, por no existir la antijuridicidad.

Cabe señalar al respecto que como se aclaró en el párrafo anterior se habla de un impedimento legítimo, el cual implica la no exigibilidad de otra conducta en el individuo.

Ahora bien vista esta última desde su doble aspecto la contemplaríamos de la siguiente forma:

a) Desde su aspecto negativo, la conducta en esta causa de exclusión juega un papel importante, ya que aquí el comportamiento consiste en el abstenerse de obrar o actuar, es decir la manifestación de voluntad se traduce en un no obrar, teniendo la obligación de hacerlo, he aquí la hipótesis de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

b) Desde su aspecto positivo, la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria, es decir todo hecho o movimiento humano voluntario capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

La no exigibilidad de otra conducta opera cuando la misma no puede considerarse culpable, ya que al agente dadas las circunstancias de su situación no pueda exigirse una conducta distinta de la observada.

Señala Arthur Wegner: " La no exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho, sólo puede alegarse en referencia a los casos insertos en la ley y por ende, debe rechazarse una causa supralegal de inculpabilidad, por inexigibilidad de otro proceder".³⁵

Al hablar de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando halla violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado, propiamente, ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y el orden social.

Esta hipótesis opera cuando el sujeto teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de realizarlo actualizándose consecuentemente un tipo penal, que vendría a hacer el primer enunciado de la fracción en comento, pues establece: " Atentas las circunstancias que concurren en la realización de un conducta ilícita".

Un ejemplo sería el caso del profesionista que se niega a declarar por impedírsele la ley en virtud del secreto profesional, de tal suerte que aquí se contempla la segunda hipótesis de esta fracción, ya que no se le puede exigir al profesionista conducta diversa a la que efectuó, al conservar el secreto y no denunciar a su cliente.

En este caso se excluye el encubrimiento como una conducta ilícita.

Otro ejemplo sería el de la cabalgadura que no obedece a sus riendas, se llama también este caso el del caballo desbocado o falso: se trata de un cochero que comparece ante su patrono para declararle que no volverá a

³⁵ Reynoso Dávila, *op. cit.*, pág. 56.

enganchar más en el coche que debe conducir a un caballo fácil de desbocarse, pues mas de una vez y ahora mismo, la ultima, acaba de ponerle al borde de un atropello. El propietario del caballo de tiro, resabiado y desobediente que tiene la propiedad de sujetar las riendas con la cola, lo que dificulta su gobierno, ordenó al cochero que le enganchara y saliese con él a prestar servicio. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba quiso resistirse, pero el dueño le replica que si no quiere enganchar mas aquél caballo, puede darse por despedido, pues no le faltaria otro cochero que le enganche. El cochero obedeció entonces, y una vez en la calle el animal se desbocó causando lesiones a un transeúnte. El tribunal del Reich negó la culpabilidad del porcesado porque, teniendo en cuenta la situación de hecho, no podía serle exigido que perdiera su colocación y su pan negándose a ejecutar la acción peligrosa. Es un caso de no exigibilidad que mira a la culpa o imprudencia.

3.1.4.10: Análisis del artículo 15 fracción X del Código Penal

“El resultado típico se produce por caso fortuito”.

El legislador también quiso comprender como causa excluyente del delito, el caso fortuito, regulado en la fracción en comentario, toda vez que el Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible.

En el caso fortuito, la conducta nada tiene de culpa ni tampoco conforman una causa de inculpabilidad, sino que es según la denominación del profesor Castellanos Tena, "un problema de meta-culpabilidad, en virtud de no ser previsible el resultado, además si el hecho inmediato a la producción del resultado es lícito, no puede ser antijurídico, si no es antijurídico, no está en condiciones de ser culpable".³⁶

En el caso fortuito el resultado es consecuencia de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a él extraña, que al sucederse la primera e inmediatamente la segunda, surge el evento que causa daño. “ En consecuencia el caso fortuito queda

³⁶ Castellanos Tena, *op.cit.* pág. 254.

fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una causa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia”.³⁷

Una observación curiosa, es que esta causa de exclusión se configura legalmente cuando apesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y privada, surge el resultado típico, imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho.

No obstante, ésta fracción ya reformada no contempla propiamente como la anterior, la presencia de una conducta cautelosa y absolutamente lícita, es necesario y de vital importancia estos dos elementos, a que se hizo referencia en el párrafo anterior.

Nos auxilia a tener una mejor comprensión los siguientes criterios:

JURISPRUDENCIA DEFINIDA. Caso fortuito, excluyente de. La excluyente de caso fortuito se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico, imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho. Vol. III, pág. 40. A.D. 3513/56. Vol. III, pág. 40 A.D. 4050/56. Vol. XXII, pág. 27 A.D. 918/59. Vol. XXXIV, pág. 13. A.D. 7757/59. Vol. LVI, pág. 15. A.D. 4849/61.

TESIS RELACIONADAS. Caso fortuito. El caso fortuito por su naturaleza excluye la culpabilidad, ya que en presencia del mismo no existe ni dolo ni culpa, pues de la redacción “Suma de la fracción X del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, se concluye que para que aquél opere es preciso que la conducta sea lícita, cautelosa, diligente, prudente, puesto que la ley exige que el daño se produzca por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas. Sexta Epoca, Segunda Parte:

³⁷ *Ibidem*, pág. 255.

Vol. V pág. 27. A.D. 4361/56. Caso fortuito e imprudencia (Legislación de Puebla). Para que se compruebe la excluyente de responsabilidad a que se refiere la fracción I del Código de Defensa Social, se refiere a que el agente no tenga espontaneidad, motivación ni culpa, y si quedó demostrada la culpa del reo en los hechos delictuosos de que se trata, debe concluirse que esta excluyente no se encuentra justificada. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XIV, pág. 58. A.D. 1345/57. Caso fortuito. Al ser consciente la contestación del reo o una hipotética agresión, no fue posible que interviniera el fenómeno causal, porque su naturaleza matiza el actuar del agente como lícito por ser ajeno a su voluntad el resultado lesivo. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXXIV, pág. 24. A.D. 6882/58.

3.2. SISTEMAS DE CONTROL DEL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

Hasta el momento queda claro que en todos aquellos ordenes jurídicos que apoyan el principio de legalidad, cuando se han reunido los requisitos exigidos por la ley, la acción penal debe ejercitarse, y que, si se presenta alguna de las causas por las que se ordena la abstención de tal ejercicio, la acción no debe promoverse.

Sin embargo, dicho principio de legalidad en un momento determinado puede resultar frágil de violarse, y singular problema se presenta cuando el funcionario encargado de ejercitar la acción no lo hace a pesar de que es evidente que reúne los elementos legales necesarios para ello, argumentado insistentemente que se encuentra en alguno de los supuestos de no ejercicio de la acción penal, cuando en realidad no lo está.

“Cuando el Ministerio Público está integrado por personas competentes y honorables, los derechos de la sociedad y los del particular se encuentran garantizados, pero no es así cuando, estando comprobado el delito, responsabilidad y participación, aquél no ejercita la acción penal a pretexto de que a su juicio no están comprobados los elementos necesarios para ejercitarla...”³⁸

³⁸ Piña y Palacios, Javier. *Derecho Procesal Penal*, México, s/edi., 1948. pág. 9.

En virtud de lo anterior, es necesario un régimen de control que prevenga la aparición de abusos y arbitrariedades, a fin de evitar irregularidades.

Y es que con la abstención arbitraria del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, de acuerdo con Piña y Palacios, resultan violados dos derechos:

1.- El derecho que tiene la sociedad de que no se altere su estructura, y en su caso, de castigar al delincuente, y

2.- El derecho del ofendido que tiene a la reparación del daño, pues se afecta a su patrimonio material y moral.

De la violación al derecho de la sociedad nace, a la vez, otro derecho, consistente en que se le repare el daño que le ha causado el delito, mismo que no tiene las características del daño que causa el delito al particular, ni las reparaciones de los daños y perjuicios exigibles en materia civil, porque el patrimonio de la sociedad es de naturaleza distinta al del particular.

"Dentro del patrimonio de la sociedad está el derecho que tiene a que no se altere el orden social, y cuando éste sufre alguna alteración, el patrimonio de la sociedad se vulnera, por lo mismo la reparación del daño, no puede consistir en la indemnización de los daños y perjuicios, ni tampoco queda reparado el daño causado a la sociedad, porque se repare al particular. Con la indemnización, la sociedad no vuelve a adquirir el orden que ha sido alterado. Para ella, la lesión en su patrimonio queda reparada cuando se aplica al individuo que alteró el orden, el tratamiento mediante el cual la sociedad se asegura que será readaptado." 39

En cuanto al derecho que tiene el ofendido a la reparación del daño, en algunas ocasiones se argumenta que existe la posibilidad de ejercer las

39 *Ibidem*, pág. 92.

acciones reparatorias o indemnizatorias que estime convenientes ante los tribunales civiles, sin embargo ello no siempre es factible jurídicamente, porque el juez civil requiere de la declaración de responsabilidad penal del demandado, para condenar la indemnización.

Dado lo anterior, se han establecido ciertos sistemas de control de No Ejercicio de la Acción Penal, a continuación veremos los existentes en el extranjero y la situación que prevalece en México.

A) En el Extranjero.

En el derecho francés, existe un sistema de tipo jurisdiccional de control en la abstención del ejercicio de la acción penal. En efecto, si el Ministerio Público no actúa, el tribunal de apelación puede de oficio intervenir y ordenar a aquél que ejercite la acción penal.

En Alemania, todo aquél que se creé lesionado por la inactividad del Ministerio Público, cuenta con dos recursos: uno jerárquico y otro jurisdiccional. El primero se hace valer ante el superior del funcionario abstencionista y el segundo sólo en caso de inercia de toda la institución.

Es decir, cuando el Ministerio Público no promueve la acción, la parte lesionada recurre a el Tribunal del Imperio, o al Tribunal Provincial Superior, para que se obligue al Ministerio Público a promover la acción si el Tribunal lo creé justificado.

Bajo el régimen austriaco, en caso de inactividad o abandono de la acción, funciona la acción subsidiaria, depositada en el interesado particular. Por lo que respecta al orden jurídico Italiano existe tan sólo el sistema de control interno, ejercitado por los mismos superiores jerárquicos del Ministerio Público.

B) En México.

Antes de las reformas del 31 de Diciembre de 1994, en nuestro orden jurídico, el único sistema existente era a nivel interno, que permitía al denunciante, querellante u ofendido, expresar su parecer y aportar, si contaba con ellos, nuevos elementos a la averiguación. De tal suerte, que cuando el Ministerio Público había decidido no ejercitar acción penal, aquél tenía la obligación de notificar su determinación a dichos interesados, que apartir de la notificación contaban con un plazo de 15 días para acudir ante el procurador. Esta medida la encontramos contemplada en el artículo 15 fracción II inciso a, del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y el acuerdo A/057/89 del Procurador General del D.F., por el que se dan instrucciones a los Agentes del Ministerio Público, en relacion a los casos en que se resuelva el no ejercicio de la acción penal en las averiguaciones previas a su cargo. (Este último visible en sus puntos segundo a décimo del propio acuerdo).

Cabe señalar, que el anterior sistema no resultaba muy efectivo, pues si el procurador apoyaba la abstención del Ministerio Público, no había nada que hacer. Este sistema de control interno había sido objeto de múltiples críticas, atacandolo desde su esencia, pues se señalaba, que en realidad no existía control alguno, porque en última instancia, se dejaba a la propia Institución la decisión final sobre el desarrollo de su propia actividad.

Algunos autores criticaron bastante al Ministerio Público, entre otros Zubaran Capmany consideraba "que en nuestro país existía un Ministerio Público deformado, onnipotente, monstruoso, que se pretende que está fuera y por encima de la ley; un Ministerio Público que desnaturalizaba el principio de donde no hay acusador no hay juez, con la arrogancia de que el acusador será siempre él, y cuando quiera serlo" ⁴⁰

Es por ello, que se discutía con insistencia, tanto a nivel doctrinario como en la práctica cotidiana de los tribunales, la necesidad de establecer, mediante el juicio de garantías, un efectivo medio de control de la actuación del Ministerio Público cuando decida no ejercitar la acción penal.

⁴⁰ Citado por García Ramírez, op. cit., pág. 215

Esta idea no era nueva, ya el artículo 26 de la Ley del Ministerio Público común de 1919, establecía el recurso extraordinario de amparo, contra la resolución del Procurador General de Justicia, que decidía no presentar acusación por los hechos que un particular hubiere denunciado como delitos, advirtiéndose el abuso excesivo del monopolio de la acción penal.

Con la publicación del 31 de Diciembre de 1994, se reforman algunos textos constitucionales, entre otros el artículo 21 de la Carta Magna es adicionado, y actualmente, dicho precepto en su párrafo cuarto nos contempla una situación muy importante como lo expresa: "LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO Y DESISTIMIENTO DE LA ACCION PENAL, PODRAN SER IMPUGNADAS POR VIA JURISDICCIONAL EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY". Con esta innovación, se puede decir que se acabó el monopolio del Ministerio Público, ya no se habla del Representante Social todo poderoso, el cual en algunas ocasiones se consideraba que estaba por encima de la ley. Ahora si, ya no se cuenta únicamente con sistemas de control interno, pues se abre la posibilidad de impugnación a las determinaciones del Ministerio Público, pero hay que analizar y desglosar concienzudamente este párrafo, primeramente se nos dice: " LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO Y DESISTIMIENTO DE LA ACCION PENAL.... ", aquí podemos contemplar dos momentos importantes, el primero durante la averiguación previa, en el caso de que a criterio del Representante Social, no esten reunidos los requisitos exigidos constitucionalmente (acreditación del tipo penal, probable responsabilidad, y si el tipo lo requiere, circunstancias exteriores de comisión), teniendo como consecuencia, la determinación del Ministerio Público en el sentido de abstenerse de ejercitar acción penal.

Ahora bien, en el segundo caso se habla de un desistimiento de la acción penal, este se puede dar dentro del proceso, en el cual, a criterio del Representante Social se formulan conclusiones no acusatorias, o bien, se vean desvanecidos los elementos que sirvieron de base para la consigna-

ción.

Ambos aspectos se han definido, al igual que de alguna manera se estableció los momentos procedimentales, a que hace referencia la primera parte del párrafo en comento, pero continua dicho precepto estableciendo: " LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO....., PODRAN SER IMPUGNADAS POR VIA JURISDICCIONAL EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY ", con esta última parte, ya se habla en sí la posibilidad de impugnar esas resoluciones, pero tendríamos que analizar primeramente, la definición de medios de impugnación a que se hace referencia, en este sentido Alcalá-Zamora los define como actos procesales de las partes, dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo análisis, acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima apegada a derecho, en el fondo o en la forma.

Es bastante explícita la definición anterior, ya que en ella se contempla la posibilidad de un nuevo examen, un nuevo estudio a la resolución ministerial emitida, pero lo curioso es determinar quien vá hacer la autoridad que va a llevar acabo ese análisis, en este sentido el mismo enunciado a que se hace referencia, nos habla de un órgano jurisdiccional encargado de dicha actividad, en otras palabras un juez será el facultado a llevar acabo esa función; pero ¿ qué tipo de juez ?, y se nos hace referencia que será en los términos que establezca la ley; pero ¿cuáles serán esos términos ?. En este orden de ideas, cabe señalar que la ley adjetiva en cuestión no nos señala nada al respecto, teniendo como consecuencia a la omisión de esa normatividad, la existencia de una laguna legal al caso concreto en cuestión. Pero para tratar de dar respuesta a las incógnitas planteadas anteriormente, haremos el siguiente análisis.

Habría primeramente que checar que se habla de un órgano jurisdiccional, es decir, un juez encargado de conocer el medio de impugnación, que haga valer el ofendido del delito, en cualquiera de sus etapas procedimentales, pero para el caso que fuera un juez del orden común, el encargado de dirimir esta situación, y estubieramos dentro del proceso, en el desistimiento de la

acción, el juez que conoce de la causa, estaría ya como órgano acusador al momento en que resolviera de un medio de impugnación interpuesto, aunque tendría que apegarse al principio de legalidad, aplicado éste, a criterio del juzgador que conoce; ahora bien, existiría la necesidad de crear órganos auxiliares o defensores de oficio, que en este caso vendrían a dar asesoramiento al ofendido, porque durante la averiguación previa el Ministerio Público conoce de posibles conductas delictivas, las investiga y contempla la integración del tipo, la probable responsabilidad y si el delito lo requiere las circunstancias exteriores de comisión; pero, en caso de que no se encuentren satisfechos a criterio del representante social, los requisitos exigidos constitucionalmente, ¿cómo el ofendido vá hacer valer su postura?, ya que pueden darse casos en que estén integrados los requisitos constitucionales, y el Ministerio Público se abstenga de ejercitar acción penal por negligencia o impericia. Ahora, el porque hablamos de la necesidad de crear órganos auxiliares o defensores de oficio que asistan al sujeto ofendido, es porque puede existir el caso, en que el sujeto víctima de un delito, no cuente con la posibilidad económica y cultural de ser asesorado por un profesionista conocedor de la materia, el cual se encargaría de defender los intereses del ofendido, vigilando que se actuara con estricto apego a la ley, de otro modo sería injusto e inhumano, que por la negligencia o impericia de funcionarios en el desempeño de sus actividades, al abstenerse de ejercitar acción penal o desistirse de ella, el sujeto víctima de un delito, dada su ignorancia o pobreza no pudiese hacer nada ante esta situación, ya que como se expuso anteriormente, sólo se contemplaban recursos internos ante el superior inmediato o en su defecto ante el procurador, pero si la posición del Ministerio Público, es confirmada internamente, es aquí donde estriba en sí el problema.

Cabe señalar, que constitucionalmente, ya se contempla la posibilidad de impugnar tal determinación, a nuestro criterio, no es el juez de fuero común, el que deba resolver de los medios de impugnación propuestos en cualquiera de sus etapas procedimentales por el ofendido, dada la determinación del Ministerio Público, en el sentido de abstenerse de ejercitar acción penal o desistirse de ella; nos inclinamos mas en que sea un juez federal el que conozca de esta situación, pero dentro de un juicio de garantías, creemos

en la procedencia del Juicio de Amparo, en base a los siguientes razonamientos:

- 1) Al adicionarse el artículo 21 constitucional, se acaba con ello el monopolio de la acción penal, dejando de ser competencia exclusiva del Ministerio Público, ya que se contempla la posibilidad de que un juez, conozca de los casos en que el representante social se abstenga de ejercitar acción penal o bien se desista de ella, y sea aquél, el que en determinado momento solicite el ejercicio o resuelva sobre el desistimiento.
- 2) Existe precepto constitucional que establece como garantía, la persecución de los delitos, de ahí, que al presentarse una abstención del Ministerio Público en el ejercicio de la acción o desistimiento de ella, lesiona derechos individuales constitucionales (garantías constitucionales).
- 3) Si bien es cierto, el Ministerio Público puede ejercitar la acción penal, también lo es que dicho ejercicio o su abstención, no pueden ser arbitrarios, ni escapar al control de la justicia federal, ya que, cuando la constitución establece como función del Ministerio Público la persecución de los delitos, lo establece como un deber ineludible que tiene que cumplir, y no como un derecho que ingrese en su patrimonio personal, y máxime, con la posibilidad de que el juez pueda conocer de esa abstención.
- 4) El juicio de Amparo, no debe entenderse como una institución, creada únicamente para la protección de intereses privados, sino por el contrario, para mantener el imperio del orden jurídico, frente a todo acto arbitrario de quien detenta el poder.
- 5) Los efectos del amparo, serían en el sentido de que el Ministerio Público ejercite su acción, en los casos en que se encuentre que sí procede, pero en ningún caso sería que el tribunal de amparo, por sí ejercite la acción penal. Ahora, para el caso de desistimiento de la acción, si tendría que conocer del proceso penal correspondiente, para valorar los argumentos que fueron base para que el Ministerio Público se desistiera de la acción, y en caso de no encontrarse como suficientes para desistirse, se ordene al representante social que pida la aplicación de la ley penal al caso concreto en cuestión,

solicitando al juez que conoció de la causa, dependiendo del caso, una reposición parcial del procedimiento.

6) Las víctimas del delito, tienen derecho a que se les repare el daño, que les haya causado éste, y a la jurisdicción civil llega deformada la pretensión reparadora del ofendido por el delito, quien sufre agravio definitivo e irreparable por falta de ejercicio de la acción penal, toda vez, que en algunas ocasiones ello no es posible jurídicamente, porque el Juez civil requiere de la declaración de responsabilidad penal del demandado para condenar a la indemnización, quedando el ofendido, en consecuencia, sin escenario donde hacer valer la violación a su garantía constitucional, consagrada en el artículo 14 constitucional, que señala en su segundo párrafo: "Nadie puede ser privado de ...sus derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos..."⁴¹

7) El efecto del amparo, sería en el sentido de que se ordene al Ministerio Público ejercitar la acción penal, o continúe con el proceso por carcer de fundamento el desistimiento, por tanto, no debe entenderse que el quejoso tomaría en sus manos el ejercicio de la acción penal.

8) "Los artículos 16, 19 y 21 constitucionales, contienen implícitamente, el derecho del ofendido a reclamar la consignación del inculcado para obtener, por medio del proceso penal, la reparación del daño."⁴²

Basandonos en las consideraciones anteriormente expuestas, nos inclinamos en la postura, de que sea un juez federal, el que conozca de las determinaciones, a que hace referencia el artículo 21 constitucional en su párrafo cuarto, estableciéndose procedente, el Juicio de Garantías en contra de las resoluciones del Ministerio Público, sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, otorgándose, cuando así proceda el Amparo y Protección de la Justicia Federal al quejoso, y en consecuencia, se ordene al Ministerio Público ejercitar acción penal o solicite la aplicación de la pena, al caso concreto en cuestión, dependiendo del momento procesal.

Y es que, dadas las circunstancias en que el Ministerio Público, en su

⁴¹ Castro Juventino V. El Ministerio Público en México, 7a. ed., México, Porrúa, 1991. pág. 40.

⁴² García Ramírez, op. cit. pág. 217

carácter de institución de buena fe, encargada de vigilar la legalidad y estricta aplicación de la ley, no se descarta la posibilidad como anteriormente se manifestó, de que el representante social por ignorancia o negligencia, no proceda conforme a derecho, y el control interno, fallare, con grave detrimento de ofendidos o víctimas de un delito; de ahí, que encontra de las determinaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, procede el Amparo, que estudiaría el fondo de la controversia, resolviendo acerca del ejercicio de la acción y en su momento, el exigimiento de la Pretensión Punitiva Estatal.

Refuerza nuestra idea, la postura del docto Colín Sánchez ya que manifiesta:

“Tanto las leyes secundarias como la jurisprudencia, habían convertido al Ministerio Público, en un ente jurídico dotado de un super-poder en torno a la acción penal, con grave detrimento de ofendidos y víctimas del delito. Esto, también es consecuencia directa e inmediata del monopolio de la acción penal. Es urgente, que se implemente un verdadero control de la actuación del Ministerio Público, ante la negativa para ejercitar la acción penal, por ello,... debe tener lugar la procedencia del Amparo..., ya que el llamado control interno, a cargo del Procurador de Justicia, es ineficaz e inoperante en la práctica, por ende,... es inaplazable el control constitucional de dicha Institución.”⁴³

Y es que, en determinado momento, la determinación que tome el Ministerio Público de no ejercitar acción penal o desistirse de ella, puede ser violatoria de garantías.

La única salvedad, sería tratar de reglamentar algún acuerdo entre poderes, ya que el Ministerio Público es subordinado del Ejecutivo, y el Organismo Juzgador depende del poder Judicial, encontrándonos, una transgresión de facultades entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, de ahí la necesidad de establecer normatividad mínima al respecto, para poder tener

⁴³ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 13a. ed., México, Porrúa, 1992. pág. 249

vigente la Procedencia del Amparo, al caso en cuestión, consecuentemente, vigilar con apego a la ley, los casos de no ejercicio y desistimiento de la acción penal. Recalcamos, que los acuerdos internos entre ámbos poderes serían mínimos, pero obteniendo con ellos, la regulación y procedencia al Juicio de Amparo a que se hace referencia.

CONCLUSIONES

Del desarrollo del tema en cuestión, podemos decir, que una vez que hemos tratado cada uno de los contenidos del mismo, estudiado a través de las diversas páginas que contiene el presente trabajo, estamos, ahora sí en posibilidad de formular las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Las causas de exclusión, previstas en el artículo 15 del Código Penal, se conforman siempre de aspectos negativos del delito, dado que, en su mayoría afectan ya sea a la conducta, a la antijuridicidad o culpabilidad, ahora bien, determinar la existencia de las mismas, comprende una labor de auténtica valoración de los elementos del tipo, y circunstancias en que se dan, pues la valoración de tales aspectos, a su vez implica, profundizarse en el derecho sustantivo penal, ya que a la conclusión a que se llegue, necesariamente se referirá a la existencia o no de una violación a intereses jurídicamente protegidos por la Ley Penal, es decir; poder llegar a la determinación de si hay o no delito, para en su caso, aplicar la pena al responsable del mismo, ya que refiere, el primer enunciado del artículo 21 Constitucional : “ La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.”

De lo cual, podemos deducir, que es únicamente esta autoridad la facultada, para determinar si en efecto existe una conducta delictuosa, o bien decidir si no la hay, en base a la valoración de elementos que indiquen algún aspecto negativo del delito, entre los cuales pueden presentarse, los que constituyan una causa de exclusión del delito. Esta labor la lleva a cabo la autoridad judicial no de manera caprichosa, sino a través de una serie de actos que van concatenados unos a otros, esta actividad a que nos referimos, la conocemos con el nombre de Proceso Penal.

Pues en sí, la finalidad general del proceso, es el conocimiento que le permita al juzgador determinar, si respecto de la conducta que se atribuye al individuo, se integra o no un delito, y en caso afirmativo se declare al autor

de esa conducta, penalmente responsable en forma plena, y proceda a aplicarse la pena que corresponda, caso contrario, se declare absuelto libre de toda responsabilidad.

Partiendo de este último comentario, y sabedor como ya se dijo anteriormente, que las causas de exclusión se integran de aspectos negativos del delito, la actividad que lleva acabo el Ministerio Público, al entrar en sí al estudio y determinación de la procedencia de una causa de exclusión de delito, es propiamente una actividad jurisdiccional de acuerdo al primer párrafo del artículo 21 constitucional, ya que se entra a la valoración de elementos, se resuelve, y si es procedente la causa de exclusión, el Ministerio Público se abstiene de ejercitar acción penal, absolviendo al autor de esa conducta de toda culpa, caso contrario, de no proceder, se ejercita acción penal.

SEGUNDA: En el segundo enunciado del mismo artículo 21 Constitucional, se señala: “La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...,” de ésta idea, podemos afirmar que éste, sólo tiene a su cargo, la función persecutora, que como ya se expuso en el desarrollo del presente trabajo, dicha función implica dos actividades:

- a) La función investigadora.
- b) La de ejercicio de la acción penal.

La primera, consiste en reunir todos aquellos elementos con que pueda acreditar el tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, la cual una vez lograda, dá pauta a la segunda actividad, el ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional, a fin, de que éste, aplique la ley penal al caso concreto. De tal suerte, que el Ministerio Público constitucionalmente, sólo está facultado para llevar a cabo una labor de búsqueda, indagación, investigación y reunión de elementos, y no de valoración, acerca de cuestiones sustantivas de derecho, como lo implica el análisis de las causas de exclusión del delito, cuyo estudio, tiende a tener mayor identificación con el objeto del Proceso Penal.

Ahora bien, como ya se mencionó en páginas anteriores, el objeto en sí de la averiguación previa, es reunir los elementos mediante los cuales se pretende verificar y constatar la afectación de bienes tutelados, así como, la persona o personas autores de esa conducta, consecuentemente, se reunirán las pruebas suficientes para integrar el tipo penal y la probable responsabilidad, a efecto, de que el Ministerio Público se encuentre en posibilidad de ejercitar acción penal, siendo esta última, la segunda actividad, a que se hace referencia que tiene encomendada el Ministerio Público. Aunque cabe señalar, que se habla de que el Ministerio Público está encargado de perseguir los delitos, no viéndose limitado para acreditarlos, gozando como consecuencia, de amplias facultades en cuanto a forma y medios de poder confiscar la existencia del mismo, ahora bien, se habla, que al perseguir el Ministerio Público los delitos, podría darse el caso, en que se tuviese la presencia de una causa de exclusión, que como ya dijimos, se forma de aspectos negativos del delito, mismos que al estar acreditados evitan que se constituya éste; tratándose con ésto de encontrar justificada constitucionalmente la facultad concedida a través del artículo 3° bis. del código de procedimientos penales, aunque hacemos notar, que se apegaría a la actividad otorgada al órgano juzgador a través del artículo 21 constitucional, ya que el Ministerio Público, al tener conocimiento de la posible comisión de un delito en el que esté, presente una causa de exclusión, el hecho de determinar procedente la misma, implica resolver en definitiva la responsabilidad de un o unos sujetos, tácitamente es similar a la actividad que lleva acabo el juez, ya que éste en determinado momento puede adoptar el criterio de que el sujeto o sujetos no son penalmente responsables; esta situación no sería igual, cuando en caso contrario, el Ministerio Público, determinara no procedente la misma, ya que a su criterio, faltan elementos para acreditarla, éste tendría que ejercitar acción penal, y probablemente el órgano juzgador, dentro de la secuela procesal tenga mas bases y encuentra justificada una causa de exclusión, absolviendo de responsabilidad al o a los individuos a los cuales se les imputaba un delito. Puede darse el caso de una conducta delictiva, en la cual esta presente una causa de exclusión y el Ministerio Público, al llevar acabo su investigación, a primera vista tenga integrado un tipo penal y un probable responsable (requisitos exigidos constitucionalmente para iniciar su actividad el órgano juzgador), no obstante el

Ministerio Público no ejercita acción penal, por tener la presunción de que esa conducta se realizó bajo el amparo de una causa de exclusión; en sí, el estudio de ésta, implica como ya se dijo una actividad de auténtica valoración, que sería facultad propia del juez, pero la lleva acabo el Ministerio Público, en su carácter de representante social y como institución de buena fe, para ejemplificar esto, se nos ocurre pensar en el delito de homicidio, en el cual, el tipo penal nos dice, que comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, y se da el caso en que un sujeto priva de la vida a otro y el activo del mismo argumenta haberlo hecho en legítima defensa, a primera vista se tienen los elementos que integran un tipo penal y hacen probable responsable a un sujeto, requisitos necesarios para ejercitar la acción penal, pero hay abstenimiento de hacerlo, por la presencia de elementos que presumen la existencia de una causa de exclusión, el estudio y valoración de la misma, la lleva acabo el Ministerio Público como institución de buena fe, aunque constitucionalmente no esté facultado para ello. Este razonamiento se vé robustecido por el Acuerdo sin número, mediante el cual, se dan instrucciones a los agentes del Ministerio Público y de la policía judicial, de fecha 23 de enero de 1989, publicado dos días después en el Diario Oficial de la Federación, siendo procurador el Lic. Ignacio Morales Lechuga, ya que en el considerando del mismo, en sus párrafos segundo y tercero se expresa:

Que el Ministerio Público, en tanto representante de la sociedad, debe en todo tiempo velar por los derechos de los individuos, así como cuidar los intereses generales.

Que encuan to un individuo actúe en legítima defensa y ésta, esté debidamente comprobada o se dé bajo los supuestos legales que la presuman, el Ministerio Público debe garantizar que los derechos de dichas personas permanezcan intocados y su libertad a salvo.

Por lo que nos percatamos así de la buena fé de esa institución, al velar por los intereses generales.

En virtud del comentario anterior, en el sentido, de que la facultad

concedida al Ministerio Público para no ejercitar acción penal cuando se acredite una causa de exclusión del delito (artículo 3° bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice : “ En las averiguaciones previas, en que se demuestra plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, y previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal); jurídicamente no se justifica, ya que no se encuentra apegada al espíritu constitucional. En efecto, el Ministerio Público, no es autoridad competente para determinar cuando se presente una causa de exclusión del delito, pues como se ha venido exponiendo, ello implicaría entrar al estudio de una relación sustantiva de derecho penal, ya que se valorarían elementos, para decidir si existe o no un delito, pues si se llegara a acreditar la presencia de una de éstas causas, no habría violación a intereses protegidos por la ley.

TERCERA: En este orden de ideas, la única causa de exclusión penal a que se refiere el artículo 15 del Código Penal que tendría fundamento jurídico de tipo constitucional, sería la contemplada en la fracción II, que señala: “Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate.”

En éste sentido, el artículo 16 Constitucional párrafo segundo contempla: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.”

En esta última, parte podemos contemplar el fundamento constitucional de la fracción en comento, al establecer la existencia de datos que acrediten los elementos del tipo, justificándose o encontrándose base constitucional al proceder del Ministerio Público, en el sentido de no ejercicio de la acción penal, ante la presencia de la causa de exclusión del delito a que se hace referencia.

Ayuda a la fracción en comento, el precepto que en forma secundaria contiene el artículo 3o., apartado A, fracción VI, Inciso a, de la ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Ya que nos establece: que cuando el Ministerio Público conozca de hechos que no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal, no ejercitará acción penal.

En este orden de ideas, y apoyando el comentario anterior, se encuentra el artículo 19 Constitucional, que en lo conducente dispone: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido, y hagan probable la responsabilidad de éste."

Este precepto, dirigido a la autoridad judicial, por un lado ordena a ésta, determinar a lo sumo en setenta y dos horas la situación de una persona detenida, por ser acusada de la comisión de un delito ya sea determinando su libertad o dictando un auto de formal prisión, y por otra parte, fija las bases necesarias, para que dicha autoridad pueda iniciar un proceso penal en contra de quien o quienes existan los elementos que ahí se señalan: los datos que arroje la averiguación previa deberán de ser bastantes, para comprobar el tipo penal y hacer probable la responsabilidad del acusado.

CUARTA: En relación a la conclusión anterior, resalta la siguiente situación: si la propia Constitución fija las bases bajo las cuales la autoridad judicial está en posibilidad de iniciar su actividad jurisdiccional, y tomando en cuenta que a su vez depende de la que previamente desempeña el Ministerio Público, éste, tiene que ejercitar acción penal, siempre que existan los elementos constitucionalmente exigidos para que la autoridad judicial inicie la propia (tipo penal y probable responsa-

bilidad). Es decir, el artículo 19 constitucional, al indicar que la función jurisdiccional, puede iniciar con tan sólo quedar acreditados el tipo penal y la probable responsabilidad del inculgado, indirectamente señala éstos dos extremos, como los necesarios exclusivamente para que el Ministerio Público ejercite acción penal, pues ésta dá pauta a la actividad jurisdiccional.

En el caso, en que el artículo 3º. bis, del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal otorga al Ministerio Público la facultad de no ejercitar acción penal, a pesar de haber reunido el tipo penal y la probable responsabilidad, cuando a su consideración se acredite una causa excluyente de delito, dicha situación es inadmisibile por una doble razón:

a) La Autoridad Judicial se vé imposibilitada para llevar a cabo su función jurisdiccional, cuando constitucionalmente se encuentra en aptitud de hacerlo, pues se reúnen los requisitos exigidos por nuestra Carta Magna, para que dicha autoridad resuelva sobre una determinada situación de derecho, ya sea decidiendo la libertad de un individuo o el inicio de un proceso en su contra.

b) El Ministerio Público, constitucionalmente sólo está facultado, para llevar a cabo una función persecutora..... (de acuerdo al artículo 21 constitucional), y al reunir los elementos necesarios que acrediten el tipo penal (que en derecho sustantivo corresponde a la tipicidad), y la responsabilidad en grado de probabilidad, debe ejercitar acción penal, pues, es lo que nuestra constitución exige, para que la autoridad competente esté en posibilidad de dar inicio a un proceso penal.

De todo lo anterior, se deduce que el numeral 3º. bis del ordenamiento en comento, otorga facultades al Ministerio Público para valorar elementos que van más allá del tipo penal y la probable responsabilidad, por que no puede dejar de advertirse que las causas de exclusión del delito, se refieren a elementos del delito como la antijuridicidad, la culpabilidad, etc., circunstancias cuyo estudio forman parte ya de una relación jurídico

penal de derecho sustantivo, pues en esencia, implica un conflicto de intereses jurídicamente amparados, mismo que debe quedar sujeto al conocimiento de la Autoridad Judicial, para que ésta resuelva en definitiva, como consecuencia de su función jurisdiccional, si existe o no una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable; ya que de lo contrario, puede considerarse válidamente que el Ministerio Público se encuentra invadiendo una esfera de atribuciones que no le corresponden, toda vez que éste valora la información con que cuenta, no para dar pauta a que inicie una función jurisdiccional, a cargo de quien constitucionalmente corresponde, sino para decidir asumiendo éste, una función jurisdiccional; pues, para determinar si existe una causa excluyente de delito, necesariamente tiene que valorar elementos que sobrepasan los aspectos procesales del tipo penal (o tipicidad), y dirigirse hacia cuestiones de derecho sustantivo, como son la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad.

Ahora bien, la consecuencia que trae aparejado ésto, consiste en que se generan situaciones de hecho, que en un momento determinado puedan considerarse inconstitucionales, como el que la averiguación previa, se convierta en una etapa procesal independiente y equiparable al verdadero proceso penal, porque en realidad puede observarse con claridad la presencia de unos sujetos procesales, en que el ofendido se encuentra desempeñando el papel de parte acusadora, el inculpado la parte procesada y el Ministerio Público la autoridad decisora; además, como por el hecho de que la relación jurídico-penal se concreta con la determinación de la existencia de la causa de exclusión del delito, y llevando a cabo una actividad de ofrecimiento y desahogo de pruebas, así como de la valoración de las mismas, culminando con una decisión que declara la inexistencia del delito ante la presencia de un aspecto negativo del mismo, al resolver el no ejercicio de la acción penal, que de hecho, se podría equiparar con una sentencia absoluta emitida por una verdadera autoridad judicial.

Esta idea, de alguna manera se vé reforzada con la adición que se hace al artículo 21 constitucional del párrafo cuarto, en el cual se contempla que las resoluciones del Ministerio Público, pueden ser impugnadas por vía jurisdiccional, ya que si analizamos, notaremos que los medios de impugnación, van

dirigidos a obtener un nuevo examen al procedimiento de referencia, en relación a la determinación que se emita, con esto queremos decir, primeramente que se extingue el monopolio del Ministerio Público, y a su vez se abre la posibilidad de poder impugnar sus determinaciones, contemplándose algo similar al proceso, ya que se tiene presente una resolución, y a su vez existe con esta adición constitucional la posibilidad de impugnarla, como se podría hacer a través de las diferentes actividades ante una determinación del órgano jurisdiccional.

QUINTA: Tomando en consideración lo anteriormente marcado, desde un particular punto de vista; el Ministerio Público una vez que ha dado fin al objeto de su averiguación, necesariamente debe ejercitar acción penal, pues constitucionalmente existen elementos suficientes para iniciar un proceso, ahora bien, si dicho representante social, en un inicio de su actividad investigadora detecta la presencia de alguna causa de exclusión del delito en favor del inculpado, y tomando en cuenta que aquél, en virtud de ser una institución de buena fe encargada de velar por el interés social, tendría que transmitir su sentir a la autoridad judicial, y en consecuencia en el acto consignatorio solicitar la libertad del inculpado, tomando como base las atribuciones que le son conferidas mediante el artículo 3o. fracción VII del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pues constitucionalmente debe ser el órgano jurisdiccional, el que decida la procedencia de dicha causa de exclusión, si hay o no delito, o violación a los intereses jurídicamente protegidos, ya que ésta sería su función; de esta manera podríamos apearnos en mi opinión a los principios constitucionales.

Ahora bien, nos ponemos a pensar en qué tan injusta sería la actuación planteada anteriormente, en el supuesto de que un individuo actuara amparado bajo una causa de exclusión de delito, y no haberle podido dar un trato correcto a su comportamiento; y pensar en lo incorrecto, e inhumano, que resultaría, que el sujeto tuviese que ingresar a un centro preventivo en donde se determinara su situación jurídica, acerca de la procedencia de la causa de exclusión, cuando es evidente, que la actuación de dicho sujeto fue realizada bajo el amparo de una causa de exclusión del delito; de ahí que nos inclinemos en la postura de la NECESIDAD DE ADICIONAR EL ART. 21 DE LA CONSTITUCION FEDERAL, EN CUANTO A LA ACTUACION

DEL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO; esta adición, sería con la intención única y exclusivamente de encontrar la justificación constitucional, a la actividad que lleva a cabo el Ministerio Público, al resolver sobre la procedencia de una causa de exclusión, ya que aquél, debe poner demasiado interés y cuidado al resolver si procede dicha causa, e incluso, se abrigaría la posibilidad de un estudio más profundo, de elementos que indiquen la existencia o no de un delito en los citados casos, protegiendo así, a aquellos individuos que llevan a cabo una conducta delictiva, amparada en una causa de exclusión, evitándose por consiguiente, que por la falta de valoración de los elementos que la presumen, tengan que ingresar injustamente a un Centro Preventivo, donde posteriormente se determine su inocencia; con esto no dejamos de contemplar el error humano en cuanto a interpretación, pero sí se abre la posibilidad de que el representante social, con la sola presunción de la existencia de una causa de exclusión, tenga la obligación de agotar todas las posibilidades necesarias, afín de acreditar, si una conducta se cometió o no, bajo el amparo de una causa de exclusión.

PROPUESTA DEL SUSTENTANTE

De la investigación de este trabajo, y tomando como base las conclusiones a las que se llegaron, podríamos atrevernos a sugerir, que es procedente adicionar el contenido del artículo 21 constitucional en su párrafo primero, toda vez, que como se concluyó en páginas anteriores, el Ministerio Público constitucionalmente está facultado para investigar, indagar y reunir los elementos mediante los cuales se pretende verificar y constatar, la afectación a bienes tutelados (tipo penal), así como la persona o personas autores de esa conducta (probable responsabilidad), a efecto, de poder ejercitar acción penal. De tal suerte, creemos acertada la sugerencia, que esperamos sea tomada en cuenta para la adición al precepto constitucional tantas veces citado, misma que sería de la siguiente forma:

Art. 21: " La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad

judicial. LA PERSECUCION DE LOS DELITOS Y LA DETERMINACION DE PROCEDENCIA DE CAUSAS DE EXCLUSION DE DELITO INCUMBEN AL MINISTERIO PUBLICO y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél....."

De otra forma, la referida actividad del Ministerio Público, no se apegaría al espíritu constitucional, ya que sería facultad del órgano jurisdiccional, el determinar en definitiva, basándose para ello, en los diferentes elementos de prueba, la responsabilidad penal de un individuo al cual se le imputa una conducta, que se pretende es contraria a derecho; ahora bien, adicionándose el citado artículo, se justificaría constitucionalmente el hecho, de que el Ministerio Público no ejercite acción penal, encontra de un sujeto que comete un ilícito penal bajo el amparo de una causa de exclusión, ya que puede darse el caso de una conducta, la cual, a primera vista está tipificada y existe un sujeto al cual se le atribuye la probable responsabilidad; constitucionalmente el representante social debe ejercitar acción penal, pero se lo impide el hecho de que en esta conducta, se acredita una causa de exclusión de delito, motivo por el cual, lo pone en libertad libre de responsabilidad.

Como se concluyó en su oportunidad, otra garantía sería el hecho de que el Ministerio Público, tendría la obligación de poner mayor cuidado al resolver sobre la procedencia de una causa de exclusión, y verse en la necesidad de agotar todas las posibilidades, a fin de acreditar la existencia o no de la misma, toda vez que como se expuso en las conclusiones, sería injusto, el que un individuo cometa una conducta aparentemente delictiva, y se tenga la presunción de una causa de exclusión y el representante social de acuerdo a su criterio, considera ya no posible reunir elementos que la justifiquen, de tal suerte ejercita acción penal, y posteriormente el órgano juzgador, en la secuela procesal considera que se ha acreditado, lo cual sería incorrecto e inhumano; de ahí, que esperamos que con la adición del citado artículo, además de justificar constitucionalmente esa actividad, se tenga obligación de agotar todos los recursos posibles, a efecto de estar con un grado de mayor seguridad, de si se acredita o no una causa de exclusión, poniendo consecuentemente mayor cuidado y atención en la misma.

En forma secundaria, y aunque no fue precisamente el tema de este trabajo,

al estudiarlo dentro del subtema: " Sistemas de control de no ejercicio de la acción penal ", encontramos precedente, proponer como base para controlar el ejercicio de la acción penal, de acuerdo al cuarto párrafo del artículo 21 constitucional el JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO DE IMPUGNACION ALAS DETERMINACIONES DE NO EJERCICIO Y DESISTIMIENTO DE LA ACCION PENAL, fundándose en las siguientes consideraciones:

a) Ya existe precepto constitucional que lo establece como garantía individual, y el abstenerse de ejercitar acción penal o desistirse de ella, en determinado momento puede violar garantías constitucionales.

b) El juez federal al tomar conocimiento de los argumentos que fueron base para la abstención o desistimiento de la acción, tendría que hacer un nuevo examen a esa determinación, y consecuentemente existiría seguridad jurídica y legalidad a dicho proceder.

c) Al establecerse dentro del artículo 21 constitucional, la posibilidad de que un órgano juzgador conozca de la impugnación correspondiente al no ejercicio o desistimiento de la acción penal, puede contemplarse que sea un juez federal quien conozca, y en determinado momento conceda el Amparo y Protección de la Justicia Federal, ordenándose el ejercicio de la acción o el formular conclusiones acusatorias, y en consecuencia, una reposición parcial del procedimiento.

Además de estas consideraciones, existen las que en su oportunidad se hicieron en el tema respectivo; consecuentemente existiría una aplicación mas justa y con estricto apego legal, a la interpretación del caso concreto en cuestión, limitándose así, la posibilidad de una injusta actuación por parte del Ministerio Público; y si la llegase haber, se tendría la existencia de un recurso eficaz para combatirla.

BIBLIOGRAFIA.

- Acero, Julio. Procedimiento Penal. 7a. ed., México, Cájica, 1976. 497 pág.
- Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 6a. ed., México, Editores Mexicanos Unidos, S.A., 1976. 387 pág.
- Bisefío Sierra, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano, México, Trillas, 1988. 493 pág.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. El Derecho Penal Mexicano. 14a. ed., México, Porrúa, 1982. 958 pág.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 29a. ed., México, Porrúa, 1991. 359 pág.
- Castro, Juventino V. El Ministerio Público en México. 7a. ed., México, Porrúa, 1991. 339 pág.
- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 13a. ed., México, Porrúa, 1992. 724 pág.
- De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. 17a. ed., México, Porrúa, 1991. 615 pág.
- Florian, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. 14a. ed., México, Porrúa, 1971. 380 pág.
- Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 2a. ed., México, Porrúa, 1939. 320 pág.
- García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. 5a. ed., México, Porrúa, 1989. 569 pág.

- González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, 10a. ed., México, Porrúa, 1991. 420 pág.
- González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano, 2a. ed., México, Porrúa S.A., 1993. 504 pág.
- López Betancour, Eduardo. Teoría del Delito, 2a. ed., México, Porrúa, 1995, 303 pág.
- Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal, 2a. ed., México, Trillas, 1990. 307 pág.
- Osornio y Nieto, Cesar Augusto, La Averiguación Previa, 5a. ed., México, Porrúa, 1990. 389 pág.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, 7a. ed., México, Porrúa, 1986. 470 pág.
- Piña y Palacios, Javier. Derecho Procesal Penal, México, s/edit., 1948. 330 pág.
- Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Tomo I, 13a. ed., México, Porrúa, 1990. 410 pág.
- Reynoso Dávila, Roberto. Teoría de General del Delito, 2a. ed., México, Porrúa, 1995. 362 pág.
- Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal, 13a. ed., México, Porrúa, 1989. 560 pág.
- Silva Silva, Jorge. Derecho Procesal Penal, México, Harla, 1990. 376 pág.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Comentada., Universidad Nacional Autónoma de México., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985. 357 pág.

Código Penal para el Distrito Federal, en materia de fuero común, y para toda la República en materia Federal.

González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado , 11a. ed., México, Porrúa, 1994. 508 pág.

Código Civil para el Distrito Federal, en materia de fuero común y en materia de fuero federal para toda la República.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia de Distrito Federal.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.