

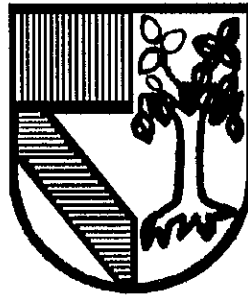
308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

56
2es



"ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA ADICION DEL PARRAFO
CUARTO AL ARTICULO 21 DE LA CONSTITUCION POLITICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS".

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ROBERTO PEREZ CAMIADE

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. ALVARO CLEMENTE CARRILLO PRETALIA

MEXICO, D. F.

1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

268945



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.

INDICE.

INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I	4
A. CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO	5
B. NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.	7
C. TEORÍA ABOLICIONISTA DEL MINISTERIO PÚBLICO.	13
D. ANTECEDENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO.	14
E. PRINCIPIOS QUE CARACTERIZAN AL MINISTERIO PÚBLICO.	36
F. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.	39
GLOSARIO DE CITAS (CAPÍTULO I).	42
CAPÍTULO II.	45
I.- DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN MÉXICO.	46

CONCEPTO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA DOCTRINA.	46
1.- DE LAS TEORÍAS DE LA ACCIÓN.	46
A. LA TEORÍA CLÁSICA.	46
B. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO TUTELA CONCRETA.	47
C. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA JURISDICCIÓN.	48
D. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO DERECHO POTESTATIVO.	49
E. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO DERECHO ABSTRACTO DE OBRAR.	50
2.- OTRAS TEORÍAS DE LA ACCIÓN.	53
A. LA ACCIÓN COMO DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO.	53
B. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO ACTUACIÓN PROCESAL.	54
C. LA TEORÍA DE UGO ROCCO.	55
3. CONSIDERACIONES DOCTRINALES DE LA ACCIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO.	57
A. TESIS DE EUGENIO FLORIÁN.	57
B. TESIS DE VICENZO MANZINI.	59
C. TESIS DE GIOVANNI LEONE.	62
D. TESIS DE NICETO ALCALAZAMORA Y RICARDO LEVENE (HIJO)	65

E. LA TEORÍA DE JORGE CLARÍA OLMEDO.	67
4.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DE LA ACCIÓN PENAL EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.	72
A. OPINIÓN DE JULIO ACERO.	72
B. OPINIÓN DE GUILLERMO BORJA OSORNO.	73
C. OPINIÓN DE HUMBERTO BRISEÑO SIERRA.	73
D. OPINIÓN DE GUILLERMO SÁNCHEZ.	75
E. OPINIÓN DE JUVENTINO V. CASTRO.	75
F. OPINIÓN DE CARLOS FRANCO SODI.	77
G. OPINIÓN DE ALBERTO GONZÁLEZ BLANCO.	79
II. OPINIÓN DE JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE.	80
I. OPINIÓN DE JAVIER PIÑA Y PALACIOS.	82
J. OPINIÓN DE MANUEL RIVERA SILVA.	83

CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL.	85
-------------------------------------	----

1.- GENERALIDADES.	85
2.- LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL.	86
A. PUBLICIDAD.	86
B. INDIVISIBILIDAD.	87
C. ÚNICA.	89
D. OFICIALIDAD.	89
E. IRREVOCABILIDAD.	91
F. INTRASCENDENCIA.	94
G. CONDENATORIA.	96
H. BUSCA LA VERDAD REAL O MATERIAL.	98
I. INEVITABILIDAD.	89
J. PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS.	101

GLOSARIO DE CITAS (CAPÍTULO II).	104
----------------------------------	-----

CAPÍTULO III 107

1.- GENERALIDADES.	108
2.- DE LA PREPARACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.	108
A. DENUNCIA.	109
B. LA QUERRELLA.	115
C. PRESCRIPCIÓN	125
D. MUERTE DEL OFENSOR.	125

DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN MÉXICO.	125
A. MOMENTO PROCESAL AL QUE CORRESPONDE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.	125
B. DE LA CONSIGNACIÓN.	126
GLOSARIO DE CITAS (CAPÍTULO III).	139
CAPÍTULO IV.	141
EL AMPARO CONTRA EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.	142
LA IMPUGNACIÓN DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.	143
LA VÍA JURISDICCIONAL.	147
GLOSARIO DE CITAS (CAPÍTULO IV).	155
CONCLUSIONES.	157
BIBLIOGRAFÍA.	159

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación comenzó siendo un pequeño bosquejo de la Institución del Ministerio Público, su función y una serie de propuestas que tendieran a una mayor profesionalización de sus agentes.

Comenzamos, como es costumbre, con algunas disertaciones de carácter histórico, en las diversas regiones donde se hallan algunos indicios o antecedentes del Ministerio Público.

Hacemos también un pequeño recuento de las legislaciones que lo han regulado en nuestro sistema jurídico.

Al entrar al estudio de las funciones y atribuciones propias de la institución nos topamos con tema interesante, controvertido y trascendente, nos referimos a la función primordial del Ministerio Público consistente en el ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional.

Fue así como cambiamos el rumbo de nuestro trabajo y nos enfocamos al estudio de dicho tema, de manera paralela a la elaboración de este modesto intento de tesis, se gestaban en el constituyente permanente (1995), reformas importantes a nuestra Carta Magna, de manera concreta aterrizaron en los artículos 16, 120 y 121 Constitucionales.

Dichas reformas pretendieron terminar con diversos reclamos tanto de carácter social como jurídico, como es natural suponer, las mencionadas reformas levantaron la polémica que normalmente suscitan estos actos.

En el caso que nos ocupa, el ejercicio de la acción penal se ve supeditado a acreditar los elementos del tipo penal, pero suprime de manera tajante el libre albedrío y discrecionalidad de que la institución gozaba para el no ejercicio de la misma.

Sobre este t3pico versa nuestra exposici3n, encontramos algunas opiniones encontradas referentes a esta novedad y al final damos nuestra postura al respecto.

Sirva pues, nuestro peque1o ejercicio para ilustrar la situaci3n actual del control, ahora jurisdiccional, del ejercicio de la acci3n penal.

CAPÍTULO I.

Ante la importancia del tema cuyo estudio tratamos de reseñar, la lógica nos impone la obligación de tratar de conceptualizar en primer término la institución encargada del ejercicio de la acción penal.

A).- Concepto de Ministerio Público.

“José Franco Villa, dice que el Ministerio Público Federal, es una institución [dependiente del ejecutivo federal, presidio por el Procurador General, quien tiene a su cargo la persecución de los delitos del orden federal y hacer que los juicios se sigan con toda la regularidad, para que la administración de justicia sea pronta y expedita e intervenir en todos los negocios que la ley determina”. (1)

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

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

“Joaquín Escriche, señala, que a la voz “Fiscal”, corresponde cada uno de los abogados nombrados por el rey, para promover y defender en los Tribunales Supremos y Superiores del Reino, los intereses del fisco y las causas pertenecientes a la vindicta pública; y más adelante comenta: en las leyes recopiladas, se le denomina Procurador Fiscal; había uno para lo civil y otro para lo criminal; el primero entendía todo lo relativo a los intereses y derechos del fisco y el segundo en lo relativo a la observancia de las leyes que tratan de los delitos y de las

penas; pero hoy día, el promotor fiscal es un abogado nombrado permanentemente por el rey, para defender en los juzgados de primera instancia los intereses del fisco, los negocios pertenecientes a la causa pública y las prerrogativas de la corona y de la real jurisdicción ordinaria. Por último señala el autor en comentario, que debe entenderse por Ministerio Fiscal, que también se llama Ministerio Público, las funciones de una Magistratura particular, que tiene por objeto velar por el interés del Estado y de la Sociedad en cada tribunal o que bajo las órdenes del gobierno tiene cuidado de promover la represión de los delitos, la defensa judicial de los intereses del Estado y la observancia de las leyes que determinan la competencia de los tribunales”. (2)

“Miguel Fenech, señala al Ministerio Público, como una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento en su caso, en el proceso penal”. (3) *

“Guillermo Colín Sánchez, sostiene, que el Ministerio Público, es una Institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo), que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignan las leyes”. (4)

“Por su parte el maestro Héctor Fix Zamudio, al abordar el tema de que se trata, afirma que es posible describir, ya que no definir al Ministerio Público como el organismo del Estado que realiza funciones judiciales ya sea como parte o como sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales, especialmente en la penal y que contemporáneamente efectúa, actividades administrativas, como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales, realiza la defensa de los intereses patrimoniales del Estado o tiene encomendada la defensa de la legalidad”. (5)

Si bien es cierto que todas las definiciones contienen elementos de verdad, nos da la impresión de que el maestro Colín Sánchez ataca de manera directa las funciones y atribuciones que le son inherentes al representante social.

B).- Naturaleza Jurídica del Ministerio Público.

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

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

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

“Al respecto, Carrara hizo notar, que aunque la potestad para la persecución de los delitos emana la ley social, que crea las formas y facilita los modos de esta persecución y hace más seguros sus resultados, no crea el derecho que tiene un origen anterior a la sociedad civil y es más bien la razón única de la esencia del cambio de la asociación natural en sociedad civil, ya que la constitución de la autoridad en el Estado, es un medio necesario para la tutela jurídica”. (6)

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

“Por último el maestro de Pina, dice que el Ministerio Público es una Institución encargada de la defensa de la ley, y su papel consiste en obtener de los tribunales, en los casos en que debe intervenir, una aplicación uniforme de las normas jurídicas, que logre encarnar en la

realidad, el principio de la igualdad ante la ley de todos los miembros del Estado, en nombre del cual se ejercite la función jurisdiccional". (7)

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

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

"Guarneri, se manifiesta, por considerarlo, como un órgano administrativo y al efecto señala, que es un órgano de la administración pública, destinado al ejercicio de las acciones penales señaladas en las leyes y por tal motivo, la función que realiza bajo la vigilancia del Ministerio de gracia y justicia, es de representación del poder ejecutivo en el proceso penal y aunque de acuerdo con las leyes Italianas, forma parte del orden judicial, en consecuencia, no atiende por sí mismo a la aplicación de las leyes, aunque procura obtenerla del Tribunal cuando y como lo exige el interés público; de manera que está al lado de la autoridad judicial, como órgano de interés público en la aplicación de la ley".(8)

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

Por otro lado, agrega el autor citado, los actos que realiza el Ministerio Público, son de naturaleza administrativa, lo que justifica que se apliquen a ésta los principios de derecho administrativo, tan es así, que pueden ser revocables, comprendiéndose dentro de la propia revocación, la modificación y sustitución de uno por otro. Además la propia naturaleza

administrativa de la actuación del Ministerio Público, reside en la discrecionalidad de sus actos, puesto que tiene facultades para determinar si debe proceder o no, en contra de una persona; situación en la que no podría intervenir el órgano jurisdiccional oficiosamente para avocarse al proceso. Aún más, la sustitución, como consecuencia de la jerarquía que prevalece dentro de la Institución, permite que den órdenes, circulares y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran al Ministerio Público, aspecto que cae también dentro del orden administrativo.

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

Al igual que Guarneri, Manzini, Massari, Florian, José Sabatini y Franco Sodi, consideran que el Ministerio Público dentro del proceso penal actúa con el carácter de “parte”, independientemente de que no exista común acuerdo, en relación con el momento procedimental en que debe considerársele como tal.

c) Como un órgano judicial.

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

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

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

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

“Colín Sánchez, dice que no considera, que Frosali, esté en lo justo, porque desde su punto de vista, habría que considerar con tal carácter al procesado, a los testigos y demás personas que intervienen en el proceso, lo cual es erróneo”. (9)

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

Debido a que el artículo 21 Constitucional en su primer párrafo delimita de manera clara y precisa la función tanto de los órganos jurisdiccionales como únicos facultados para la imposición de penas, como del Ministerio Público para la persecución de los delitos, la teoría en comento deviene totalmente inoperante de pleno derecho.

d) Como colaborador de la función jurisdiccional.

No ha faltado quien identifique al Ministerio Público como un auxiliar o colaborador de la función jurisdiccional, debido a las actividades que realiza a través de la secuela procedimental, ya que todos sus actos van encaminados a lograr un fin último: la aplicación de la ley al caso concreto.

En cierta forma, es posible, admitir, dice Colín Sánchez, que colabora con la actividad jurisdiccional, a través de sus funciones específicas, porque en última instancia, estas

obedecen al interés característico de toda la organización estatal. Para el fiel cumplimiento de sus fines, el Estado encomienda deberes específicos a sus diversos órganos para que en colaboración plena y coordinada, mantengan el orden y la legalidad; a razón por la cual el Ministerio Público (órgano de acusación), lo mismo al perseguir el delito que al hacer cesar toda la lesión jurídica en contra de los particulares, dentro de esos postulados, es un auxiliar de la función jurisdiccional para lograr que los jueces hagan actuar la ley.

“Colín Sánchez dice, que si en el derecho de procedimientos penales, la acción penal pretende llevar a cabo la tutela jurídica general, el Ministerio Público a quien se le ha conferido, estará representado en todos sus actos a la sociedad ofendida por el delito, no siendo necesario para esos efectos que ésta, en forma directa o inmediata, haya elegido a una persona o personas determinadas para cumplir con tal representación, debido a que la sociedad ha otorgado al Estado el derecho para ejercer la tutela general y éste a su vez, la delega en el ministerio Público, quien en esa forma se constituye, en un representante de la sociedad, por lo tanto el autor citado concluye, que es un órgano “Sui Géneris”, creado por la Constitución y Autónomo en sus funciones, aún cuando auxilie el poder administrativo y al judicial en determinados campos y formas”. (10)

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

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

interventor para hacer cesar todo acto que lesione a los derechos instituidos legalmente, colaborando así en forma efectiva a una recta administración de justicia.

En la actualidad al Ministerio Público corresponden una esfera muy variada de atribuciones, debido a la evolución de las instituciones sociales, las que para cumplir sus fines, han considerado indispensable otorgarle injerencia en asuntos civiles y mercantiles, como representante del Estado y en algunas otras actividades de carácter legal.

“Consecuentemente, Colín, incluye, que el Ministerio Público, tiene una personalidad polifacética, actúa como autoridad administrativa durante la fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, como sujeto procesal, como auxiliar de la función jurisdiccional, ejerce tutela general sobre menores e incapacitados y representa al Estado protegiendo sus intereses”. (11)

“Niceto Alcalá-Zamora, señala por su parte, que la falla común de las opiniones, sobre la naturaleza del Ministerio Público, consiste en querer definir, mediante un solo marbete, una institución de cometidos múltiples, administrativos unos y procesales otros. Si en la figura mucho más homogénea del juzgador, no toda su actividad es jurisdiccional, con mayor motivo habrá que descartar la posibilidad de una caracterización única o unitaria respecto del Ministerio Público. El camino a seguir será, por tanto el de etiquetar por separado sus diversas funciones, y dentro de las ligadas con el enjuiciamiento, deslindar aquellas en que como titular de la acción, desempeña el papel de parte en sentido formal, o si se prefiere la fórmula de Carnelutti, de sujeto del proceso, pero no del litigio, respecto de aquellas en que se encarga de otros menesteres (tareas instructoras o dictaminadoras, por ejemplo)”. (12)

Nos adherimos a los argumentos esgrimidos por el maestro Colín Sánchez en el sentido de que es un órgano que reúne por Ministerio de Ley atribuciones de diversa naturaleza, pero cuya esencia es fungir como parte acusadora en un proceso penal.

C) Teoría Abolicionista del Ministerio Público.

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

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

Sin embargo, todas estas teorías abolicionistas fracasaron, pues como hace notar Siracusa, sólo podría sustituirse la institución del Ministerio Público, con uno de dos sistemas. El proceso de tipo inquisitorio en el cual, el juez asume la función de acusador, o el ejercicio privado de la acción penal; sistemas ambos despreciables. El primero porque convierte al órgano jurisdiccional en juez y parte.

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

“Juventino V. Castro, señala, que en el actual proceso penal y civil, el Ministerio Público, es y debe ser el más fiel guardián de la ley, órgano desinteresado y desapasionado, que representa los intereses más altos de la sociedad, institución que lo mismo debe valer por la

defensa de los débiles o los incapaces y los ausentes, que decidido alzarse, pero sin ira ni espíritu de venganza, pidiendo la justa penalidad de un criminal en defensa de la sociedad. Más meticulouso y empeñado en que brille la inocencia de un acusado que su propio defensor, y más severo en el castigo del culpable que la víctima del delito: en una palabra, el más celoso guardián del cumplimiento estricto de las leyes". (13)

Coincidimos con el maestro Juventino V. Castro ya que cualquier otra interpretación daría como resultado la persecución de los delitos ya sea por el particular, o por el juzgador, tesis ambas que repugnan a la razón, ya que son aberrantes a todas luces.

D) Antecedentes del Ministerio Público.

a) Historia del Ministerio Público.

“González Bustamante, dice que la institución del Ministerio Público, ha sido una conquista del derecho moderno, al consagrarse el principio del monopolio de la acción penal por el Estado, se inicia el periodo de la acusación estatal, en que uno o varios órganos son los encargados de promoverla”. (14)

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

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

No se admitía la intervención de terceros en las funciones de acusación y de defensa. Regía el principio de la acusación y de defensa. Regía el principio de la acusación privada. Después se encomendó el ejercicio de la acción a un ciudadano, como representante de la colectividad; era una distinción honrosa, que enaltecía al elegido y el pueblo lo apremiaba con coronas de laurel. Sucedió a la acusación privada, la acusación popular, al abandonarse la idea

de que fuese el ofendido por el delito, el encargado de acusar y al ponerse en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se introdujo una reforma sustancial.

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

2.- ROMA: en esta cultura, todo ciudadano estaba facultado para promover la acción penal, cuando el Romano se adormeció en su indolencia y los hombres de Breno, tocaron a las puertas de la gran urbe; cuando las rivalidades entre Mario y Sila, produjeron el periodo de las delaciones secretas, se abandonó la acusación privada y se adoptó la acusación popular y el procedimiento de oficio, que es para algunos el germen del Ministerio Público. Más tarde se designaron magistrados a quienes se encomendó la tarea de perseguir a los criminales, como los Curiosi, Stationari o Irenarcas, que propiamente desarrollaban servicios policíacos y en particular los Praefectus Urbis en la ciudad, los Praesides y procónsules, los Advocati-Fisci, y los Procuratores Caesaris de la época imperial, que si al principio fueron una especie de administradores de los bienes del príncipe, adquirieron después suma importancia en los órdenes administrativo y judicial, al grado de que gozaban del derecho de juzgar acerca de las cuestiones en que estaba interesado el fisco.

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

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

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

“Miguel S. Maccedo, hace notar, que esos funcionarios, no tienen el carácter propiamente de promotores fiscales, sino más bien representan el papel de denunciantes”.(15)

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

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

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

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

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

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

2.- Historia del Ministerio Público en México.

“Refiriéndose al moderno Ministerio Público Mexicano, señala José Angel Ceniceros, que éste se ha transformado por tres elementos a saber: la Promotoría Fiscal Española, el Ministerio Público Francés y un conjunto de elementos propios, genuinamente mexicanos”. (16)

“Juventino V. Castro, es del mismo parecer de Ceniceros, al señalar, que la institución del Ministerio Público, tomó del ordenamiento francés, como característica principal el de la unidad e indivisibilidad, pues cuando actúa el Ministerio Público, lo hace a nombre y en representación de toda la institución”. (17)

“Javier Piña y Palacios, al igual que los otros autores citados, opina que hay tres elementos en la formación del Ministerio Público en México, el francés, el español y el nacional; de los cuales, del francés, tomó característica fundamental, el de la unidad e indivisibilidad, pues cuando actúa el Ministerio Público, lo hace a nombre y en representación de toda la institución. La influencia española, se haya en el procedimiento, cuando el Ministerio Público formula conclusiones, las que siguen los mismos lineamientos formales, de un pedimento del fiscal en la inquisición. En cuanto a la influencia exclusivamente mexicana, está reservada exclusivamente al Ministerio Público, que es el jefe de la policía judicial”. (18)

En virtud de que los antecedentes de la institución en la colonia son escasos y ambiguos, procederemos a buscarlas a partir del México independiente.

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

“Luis Cabrera señala, que en esta Constitución se ve el esfuerzo legislativo revolucionario más audaz y más vigoroso, que se ha hecho en toda nuestra historia, se da por supuesta la existencia de los fiscales, como complemento de la administración de justicia, pues esta Constitución, habla de que habrá dos fiscales letrados, uno para lo civil y otro para lo criminal, nombrados por el congreso a propuesta del supremo gobierno, que durarían sus funciones 4 años y que tendrían el tratamiento de “señoría”, mientras permanecieran en el ejercicio”. (19)

b) La Constitución de 1824.

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

c) Las Leyes Constitucionales de 1836.

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

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

“Luis Cabrera, señala que lo más interesante, es que los fiscales, al igual que los demás miembros de la Suprema corte, eran inamovibles en sus cargos y no podían ser suspendidos o removidos, sino por enjuiciamiento ante el congreso”. (20)

d) Las bases orgánicas de 1843.

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

Atribuían al Presidente de la República, el cuidado de que se administrara pronto justicia por los tribunales y jueces, por medio de excitativas y pidiéndoles informes para el efecto de hacer que se exigiera la responsabilidad de los culpables. Y sin embargo, la composición de la Suprema Corte incluía entre sus miembros a un fiscal, disponiéndose el establecimiento de fiscales generales cerca de los tribunales para los negocios de Hacienda y los demás que fueran de interés público.

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

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

f) La Constitución de 1857.

“González Bustamante, señala que sin duda alguna los constituyentes de 1857, conocían la institución del Ministerio Público y su desenvolvimiento en el derecho francés, pero no quisieron establecerla en México, por respecto a la tradición democrática”. (21)

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

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

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

Esta Ley establece, en sus artículos 4º y 8º, tres promotorías fiscales para los juzgados de lo criminal, los cuales tienen la obligación de promover todo lo conducente en la investigación de la verdad, interviniendo en los procesos desde el auto de formal prisión. Los promotores fiscales representan a la parte acusadora y los ofendidos por el delito pueden valerse

de ellos, para llevar las pruebas al proceso y en los casos en que no estuviesen de acuerdo con el promotor fiscal, solicitaran que se les reciban las pruebas de su parte y el juez las admitirá o rechazará, bajo su responsabilidad.

“González Bustamante, señala que los promotores fiscales, a que se refiere la Ley de jurados de 1869, no pueden reputarse como verdaderos representantes del Ministerio Público; su intervención es nula en el sumario, porque el ofendido por el delito puede suplirlo y su independencia es muy discutible. Actuaban ante el jurado popular al abrirse el plenario para fundar su acusación y entre los requisitos, para la designación de promotor fiscal, se señalaba la habilidad en la oratoria”. (22)

h) El Código de Procedimientos Penales de 1880.

“En opinión, de Javier Piña y Palacios, en este Código expedido por el Presidente Díaz, la institución del Ministerio Público, tomó cuerpo y se delineó adoptando francamente las características de la institución francesa”. (23)

En el capítulo primero, del título primero, del libro primero, de este ordenamiento, se halla determinada la finalidad de la policía judicial, entre cuyos miembros figura el Ministerio Público, expresándose en su artículo 11 que: “la policía judicial tiene por objeto la investigación de los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores”; precepto que diferenció por completo a la policía judicial de la preventiva, anteriormente mezclados uniformemente en el cuerpo administrativo de policía. En el capítulo IV del mismo título y libro, dedicado a reglamentar las funciones del Ministerio Público, se encuentra determinado el objeto de la institución, tal y como se concebía en aquella época, y es decir como auxiliar de la administración de justicia y no como se le conceptúa en la actualidad, de magistratura independiente. El artículo 28 de este ordenamiento, expresaba que: “el Ministerio Público es una magistratura instituida, para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia, en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales, los intereses de ésta, en los casos y por los medios que señalan las leyes”. Y en la reglamentación que establece, el propio Código, de la institución, es de notarse especialmente la prevención que

pone a la policía administrativa, bajo las órdenes del Ministerio Público para auxiliarlo en sus labores de persecución.

i) El Código de Procedimientos Penales de 1894.

El 22 de mayo de 1894, se promulgó el segundo Código de Procedimientos Penales, que conservó la estructura del de 1880, corrigiendo los vicios advertidos en la práctica. Pero con tendencia a mejorar y fructificar la institución del Ministerio Público y a reconocerle autonomía e influencia propia en el proceso penal.

j) Ley Orgánica del Ministerio Público para el D.F. y Territorios Federales, de 1903.

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

“González Bustamante, señala que en esta ley, se contienen el primer intento para hacer practicar la autonomía del Ministerio Público, con relación a las jurisdicciones y para evitar que siguiese siendo una figura secundaria, que sólo tuviese por objeto fiscalizar la conducta de los jueces y magistrados. Aunque fuese de una manera teórica, el Ministerio Público se convierte en titular del ejercicio de la acción penal, adquiere fisonomía propia como representante de la sociedad y evita que los jueces lleven exclusivamente la dirección del proceso”. (24)

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

k) Ley Orgánica del ministerio Público Federal de 1908.

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

l) La Constitución de 1917.

Para poder apreciar con claridad, cual fue el espíritu de la Reforma Constitucional de 1917 y la transformación que desde entonces sufrió la institución del Ministerio Público, es conveniente, señala González Bustamante, exponer las razones que tuvo la primera jefatura del ejército constitucionalista, contenida, en la exposición de motivos del proyecto de Querétaro. Decía el Primer Jefe: “pero la reforma, no se detiene ahí, sino que propone una innovación, que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal, que durante todo tiempo ha regido al país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias, de las leyes vigentes tanto en el orden federal, como en el común han adoptado la institución del Ministerio Público, pero esta adopción ha sido nominal, por que la función asignada a los representantes de aquel, tiene un carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial, ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces, que ansiosos de renombre veían con positiva fruición, llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra persona

inocentes y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La nueva organización del Ministerio Público, a la vez, que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público, toda la importancia que le corresponde, “DEJANDO EXCLUSIVAMENTE A SU CARGO LA PERSECUSIÓN DE LOS DELITOS. LA BUSQUEDA DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y LA APREHENSIÓN DE LOS DELINCUENTES. CON LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, TAL COMO SE PROPONE LA LIBERTAD INDIVIDUAL QUEDARA ASEGURADA, PORQUE SEGÚN EL ARTÍCULO 16, “nadie podrá ser detenido, sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla, sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige”.

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

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

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

Por ello propuso, que el artículo 21, quedase redactado en los siguientes términos: “la autoridad administrativa ejercerá las funciones de policía judicial que le imponen las leyes, quedando subalternada al Ministerio Público, en lo que se refiere exclusivamente al desempeño de dichas funciones”. Iniciada la discusión, fue el señor diputado Félix F. Palavicini, quien llamó la atención a la Asamblea, sobre la importancia que tenía la creación de la policía judicial en el proyecto del Primer Jefe, indicando que se trataba de una policía judicial especial que la comisión no había tomado en cuenta. El comisionado Mujica expresó que fueron necesarias algunas modificaciones al texto primitivo, porque resultaba contradictorio con las ideas contenidas en la exposición de motivos. El diputado Alberto M. González, hizo notar que la idea de la primera jefatura no era establecer una policía judicial especial y con clara visión del problema, el señor diputado Don Paulino Machorro Narvaéz, observó que la discusión se había desviado por una mala interpretación; que la autoridad administrativa y el Ministerio Público son dos entidades distintas, lo que resulta inexacto porque el Ministerio Público es parte de la autoridad administrativa y el proyecto del Primer Jefe no hace sino establecer el órgano de la autoridad administrativa a quien encomiendan las funciones de policía judicial.

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

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

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

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

2.- De conformidad con el pacto federal, todos los estados de la república deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, estableciendo en sus respectivas entidades la institución del Ministerio Público;

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

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

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

6.- Los particulares no pueden ocurrir directamente ante los jueces como denunciantes o como querellantes. En lo sucesivo, lo harán precisamente ante el Ministerio Público para que éste, dejando satisfechos los requisitos legales, promueva la acción penal correspondiente. En Materia federal el Ministerio Público es el consejero jurídico del ejecutivo y es además el promotor de la acción penal que debe hacer valer ante los tribunales y el jefe de la policía judicial en la investigación de los delitos; también interviene en las cuestiones en que se interesa el Estado y en los casos de los menores incapacitados, deja de ser figura decorativa a que se refería la exposición de motivos de la primera jefatura y su actuación es imprescindible para la apertura del proceso penal; tiene a su cargo la vigilancia en la pronta y recta

administración de justicia. En el periodo de averiguación previa ejerce funciones de autoridad en la búsqueda de las pruebas que han de servirle para el ejercicio de la acción penal, desde el momento en que promueve la acción ante los tribunales pierde su carácter de autoridad y se convierte en parte. Interviene también en la ejecución de la sentencia como órgano de consulta.

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

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

En ésta se consagran en su articulado, las ideas expuestas en lo relativo a la Constitución de 1917 y facultan a los agentes del Ministerio Público para desistirse de la acción penal intentada, previo acuerdo expreso del procurador, que antes escuchará el parecer de sus agentes auxiliares. En el artículo 26, de la Ley Orgánica del Ministerio Público; en materia común se dispone, que cuando un agente del Ministerio Público no presentare acusación por los hechos que un particular lo hubiere denunciado como delitos, el interesado podrá ocurrir al Procurador General de Justicia, quien oyendo el parecer de los agentes auxiliares, decidirá en definitiva si debe ejercitarse o no la acción penal, y que contra su negativa, no procede otro recurso que el extraordinario de amparo y el de responsabilidad.

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

De acuerdo con el principio de unidad y de control, los funcionarios del Ministerio Público, en el desempeño de sus atribuciones, debía sujetarse a las instrucciones recibidas del Procurador y pedir las expresamente en los negocios en que lo estimaren conveniente. Cuando las instrucciones recibidas, difiriesen de su opinión personal, lo harán del conocimiento del Procurador de Justicia y si éste insistiere en su parecer, se sujetarán a sus indicaciones. Los agentes auxiliares del Procurador, estarán en guardia diariamente por parejas, para recibir las denuncias, querellas y consignaciones y decidir si las pruebas obtenidas son suficientes para el ejercicio de la acción penal, turnando las diligencias de los jueces competentes. A la policía judicial se le menciona de un modo limitativo haciéndola depender del Ministerio Público.

n) Ley Orgánica del Ministerio Público de 1929.

“En opinión de González Bustamante, constituye esta ley el primer intento formal para adaptar el funcionamiento del Ministerio Público y de la policía judicial a los dictados de la carta fundamental de la república”. (25)

“Don José Aguilar y Maya, sostenía, que no importaba para los efectos de un nombramiento de un funcionario, que dependa de un órgano determinado, ni que sean inamovibles, nombrados por tiempo fijo o removidos libremente. Lo fundamental añade el autor, es que su actividad esté reglamentada y controlada por la Ley, de modo que sólo les esté permitido obrar dentro de lo mandado por ella, con la consecuencia de su responsabilidad personal, por todo desacato de la misma, sea realizando actos que la ley no autorice u omitiendo los que ordena”(26)

Por otro lado, Don José Aguilar y Maya, señala como funciones fundamentales del Ministerio Público, las siguientes: velar por los intereses del Estado, ejercer la acción penal ante los tribunales, cuando lo juzgue debido conforme a la ley, desempeñar las funciones de consejero jurídico del gobierno y vigilar por el respeto de la legalidad, por parte de los funcionarios públicos, con la obligación de poner en movimiento los órganos judiciales, para

hacer que se exijan las responsabilidades de orden civil o penal en que incurren en el desempeño de un cargo oficial". (27)

ñ) Ley Orgánica del Ministerio Público de 1934.

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

El Lic. Portes Gil, basado en el estudio que representó al congreso jurídico nacional en el año de 1932, respecto de la función constitucional que desempeña el Procurador General de la República, como titular del Ministerio Público, hizo hincapié en los que desempeñan como consejero jurídico de gobierno y apoyándose en antecedentes del derecho constitucional norteamericano, hizo notar la necesidad existente de cuidar el aspecto jurídico, en los asuntos del ejecutivo, evitando la anarquía en materia legislativa, de tal forma que toda cuestión de derecho que surja en la administración pública, antes de alcanzar la sanción definitiva del Jefe del Estado, debe contar con la opinión del Procurador y de sus agentes mediante la supervisión legal de la labor desarrollada por todos los abogados del gobierno.

o) Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1941.

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

“A estima de González Bustamante, es lamentable, que esta ley, hubiese conservado en su articulado el desistimiento de la acción penal, ya que no existe fundamento doctrinal, ni legal para que el Ministerio Público, esté facultado para desistirse de la acción penal, una vez ejercitada y debe procurarse que los tribunales tengan todas la dignidad y toda la responsabilidad a que se refiere la exposición de motivos del proyecto de Constitución de 1917, lo que no es posible continúa el autor citado, privándolos de declarar si el hecho es o no delito y convirtiendo la acción penal en un derecho y a su titular en el árbitro supremo del proceso”. (28)

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

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

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

q) Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1955.

En esta ley, se especifican claramente las atribuciones del Ministerio Público Federal y da los lineamientos de organización del personal que debe integrar la institución, apuntando los requisitos que deben llenar los agentes del Ministerio Público Federal, marcando un orden enumerativo de suplencias en su artículo 11, que culmina cuando en sus fracciones VI y VII, indica que en aquellos lugares en que no exista agente del Ministerio Público Federal, lo suplirá el funcionario de mayor jerarquía que pertenezca a la Secretaría de Hacienda, y de no existir ahí este tampoco, la suplencia correspondería al funcionario de mayor categoría dependiendo de la dirección general de correos. En el capítulo relativo a las facultades y

obligaciones del Procurador General de la República, se encuentra la de resolver en definitiva, oyendo el parecer de los agentes auxiliares del departamento de control de procesos y consulta en el ejercicio de la acción penal; y del subprocurador que corresponda en los siguientes casos: cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal, se consulte el desistimiento de la acción penal; se formulen conclusiones de no acusación; y cuando al formularse las conclusiones no se comprenda algún delito que resulte probado durante la instrucción; o si fueren contrarias a las constancias procesales o si en ella no se cumplieren los requisitos que establece la ley procesal.

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

En términos generales esta ley conserva el formato de estilo de las leyes anteriores, con las adaptaciones necesarias a la época de su expedición, incluyendo en las atribuciones del Ministerio Público, su intervención, en los términos de la ley, en la protección de incapaces y en los procedimientos del orden familiar que se ventilen ante los tribunales respectivos, por estimar que los asuntos de esta índole son de interés público.

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

“Franco Villa, dice que esta ley cambia su denominación y que con mejor técnica trata de ampliar y perfeccionar sus dependencias, señalando en el capítulo de las atribuciones y organización que el Procurador General de la República será el titular de la Procuraduría y presidirá el Ministerio Público Federal, y que a él corresponde resolver en definitiva en los casos den o ejercicio de la acción penal, desistimiento de la misma y cuando se formulen conclusiones inacusatorias, con el auxilio de los subprocuradores quienes revisarán los dictámenes que se emitan por los agentes de la Dirección General de Control de Procesos y Consultas en el ejercicio de la acción penal”. (29)

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

Esta ley Orgánica substituyó, a la ley de diciembre de 1971, estableciendo en su artículo primero, un mayor número de funciones que amplía la competencia del Ministerio Público, agilizando su investigación con la inmediata intervención de la policía judicial en los casos de urgencia y que además los amerite el delito denunciado, incluyendo como auxiliar de la investigación a la policía preventiva del Distrito Federal. En la propia ley se advierte la creación de varias dependencias con el propósito de atender eficazmente las necesidades de la institución, tales como la Oficialía Mayor, la Visitaduría General, la Dirección General de Auxiliares del Procurador, etc. Por lo demás señala Franco Villa, esta ley sigue los patrones comunes de las anteriores leyes del Ministerio Público.

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

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

“La ley se adiciona, dice Franco Villa, con el calificativo de “Orgánica”, pues verdaderamente organiza, de conformidad con los artículos 21 y 102 Constitucional, las atribuciones y el funcionamiento de la Procuraduría deslindando con cuidado la materia que debe ser recogida en la ley de aquella otra que ha de ser regulada en su reglamento, logrando claridad y seguridad en las atribuciones y al mismo tiempo modernidad y dinamismo en el despacho de éstos”. (30)

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

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

“Por último Franco Villa, hace notar, la desaparición de la facultad del Ministerio Público, para desistirse de la acción penal, una vez ejercitada, pues era una atribución detentada por el procurador en contra del espíritu del artículo 21 Constitucional”. (31)

v) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1996.

Esta nueva Ley conserva la denominación de la anterior, pero sufre profundos cambios con respecto a su antecesora. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que es parte

del cambio integral que se dio en nuestro sistema jurídico penal a principio del actual sexenio federal.

De manera enunciativa más no limitativa, señalaremos algunas innovaciones en el ordenamiento en comento.

- Dentro de las atribuciones de la Procuraduría General de la República encontramos la de participar en el Sistema nacional de Seguridad Pública de conformidad con lo establecido en la Ley General que establece las bases de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.
- Establece de manera concreta y limitativa las causales en virtud de las cuales el Ministerio Público deberá abstenerse de ejercitar la acción penal.
- Se crea un sistema de desconcentración territorial y funcional el cual tiene como objetivo primordial, la organización de manera lógica de la distribución de competencia con base en el territorio y sus características específicas.
- Se hace necesaria la ratificación del senado o de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión en su caso, para la designación que del Procurador General de la República haga el ejecutivo Federal, conservando este la libre remoción de dicho funcionario.
- Se introduce el servicio civil de carrera que será el elemento básico para el ingreso y la formación de los integrantes de la Institución persona del Ministerio Público, de la Policía Judicial y de los Servicios Periciales con carácter de obligatorio y permanente.
- Se crea además el consejo de Profesionalización del Ministerio Público de la Federación, el cual tiene como función específica, la de servir como instancia

normativa, de supervisión, control y evaluación de la operación del Servicio civil de Carrera, el cual se integra por el Procurador General de la República, dos subprocuradores de la estructura centralizada, el Oficial Mayor, el Contralor Interno, tres Agentes del Ministerio Público de la Federación, designados por el Procurador General de la República, dos Agentes de la Policía Judicial designados también por el titular de la Institución y dos peritos de los servicios periciales.

- Consigna un capítulo de responsabilidad especial de agentes del Ministerio Público de la Federación, Agentes de la Policía Judicial y Peritos.

E) Principios que Caracterizan al Ministerio Público.

Se atribuyen al Ministerio Público, las características siguientes.

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

“En una palabra, indica Borja Osorno, aunque el término repugne al Código de Procedimientos Italianos, el Ministerio Público es sujeto imprescindible, en todo procedimiento judicial penal y su falta de apersonamiento oportuno (se entiende apersonamiento legal, no precisamente material), en cualquier asunto nulificaría cualquier resolución judicial”. (32)

b) Unidad.- Se dice que el Ministerio Público es uno porque representa a una sola parte: la sociedad. De aquí el axioma de que a pluralidad de miembros corresponde la indivisibilidad de funciones. Los representantes del Ministerio Público, que intervengan en una causa pueden ser muchos y diferentes adscripciones y aún jerarquías; por su personalidad y representación es siempre única e invariable porque es la misma y única persona representada.

“Julio Acero, dice que podría suceder, que unos agentes del Ministerio Público sustituyan a otros en el curso de un proceso y aún durante la práctica de una sola diligencia sin formalidad alguna. Esto puede hacerse perfectamente en teoría dice el autor, porque basta el carácter de representante social para poder intervenir en toda clase de procesos y las distribuciones y adscripciones que se hayan hecho con tales representantes asignado a cada uno determinados tribunales o territorios, no tiene más que un carácter meramente económico y práctico para facilitar la división de su trabajo que puede hacer valer en todo asunto del ramo”. (33)

Contrario a lo que se afirma por algunos autores, de lo anteriormente expuesto podemos concluir de manera válida, aunque no absoluta, que los agentes del Ministerio Gozan de legitimidad directa y no delegada por el procurador, si bien es cierto que como su jefe tiene facultades para dar instrucciones y revocar promociones (en limitados casos), dichas promociones resultan plenamente válidas, a pesar de directrices internas en contrario.

c) Prerrogativas.-

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

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

“Aceros señala, que esto no quiere decir que puedan obrar a su capricho o que no se les pueda perseguir por violación a la ley o infracciones de sus deberes”. (34)

3.- La irrecusabilidad, es otra prerrogativa acordada por la ley del Ministerio Público, porque de no ser así su acción que es incesante, e interesa directamente a la sociedad, podría ser frecuentemente entorpecida si el inculpado se concediera el derecho de recusación; sin embargo el Ministerio Público, tiene el deber de excusarse por los motivos establecidos en el Código de Procedimientos Penales, motivos que la ley califica de impedimentos.

“Borja Osorno, señala que la irrecusabilidad se funda además, en que siendo parte el Ministerio Público en el juicio y no estando por eso en rigor obligado a ser estrictamente imparcial, sería absurdo que como tal se le tachara, así como es inadmisibles que el deudor demandado recuse a su acreedor demandante por tener esa calidad”. (35)

d) Buena fe.- “Acero señala, que se dice que la misión del Ministerio Público es de buena fe, en el sentido, de que no es su papel, el de ningún delatador, inquisidor, ni siquiera o contendiente forzoso de los procesados”. (36)

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

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

F) Atribuciones del Ministerio Público.

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

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

De acuerdo con el texto Constitucional, tomando en cuenta el espíritu que animó el constituyente del 17 para instituirlo, el Ministerio Público representa a la sociedad ofendida por el delito y para cumplir su cometido, ahonda sus raíces en la sociedad misma auscultando sus palpitations para llevar el producto de sus impresiones al laboratorio, a las oficinas y por medio de un proceso de decantación legal, da forma al ejercicio de la función específica que el Constituyente del 17 señaló, estas son palabras del maestro Colín Sánchez.

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

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

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

a) En el derecho penal. Aunque durante el desarrollo de este trabajo prácticamente, se ha dicho todo en esta materia, consideramos necesario señalar, que el Ministerio Público, primordialmente debe preservar a la sociedad del delito y en ejercicio de sus atribuciones como representante de la misma, ejercitar las acciones penales. Dentro de este campo realizará las siguientes funciones específicas: 1) investigadora; 2) persecutorias; y 3) en la ejecución de sentencias.

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

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

“Ignacio Burgoa, dice que la intervención concreta que tiene el Ministerio Público en los juicios de amparo, se basa en el fin primordial que debe perseguir, éste es velar por la observancia del orden constitucional y específicamente, vigilar y propugnar el acatamiento de los preceptos Constitucionales y legales que consagran, las garantías individuales y que establecen el régimen de competencia entre la federación de los estados, por tal motivo el Ministerio Público Federal no es como la autoridad responsable y el tercero perjudicado o la contraparte del quejoso en el juicio de amparo, sino una parte equilibrada de las pretensiones de los demás, desde el punto de vista Constitucional y legal”.(37)

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

En lo que se refiere a las funciones del Ministerio Público, como consejero jurídico del ejecutivo, junto con el Procurador General de la República, es importante evocar aunque sea en forma muy general, aquel célebre debate, en el año de 1932, entre el que fuera Presidente de la República y Procurador General de la República Emilio Portes Gil y el suspicaz jurista Luis Cabrera. Aquél sostuvo razonablemente con apoyo en la indispensable responsabilidad y subordinación a la ley por parte de todos los funcionarios, la doble misión Constitucional del Ministerio Público Federal: por un lado, como encargado exclusivo del ejercicio de la acción penal; y por el otro y en lo que respecta al Procurador como consejero jurídico del ejecutivo, a su vez también razonadamente Cabrera señaló la incompatibilidad de ambas funciones y propuso confiarlas a órganos diferentes del Ministerio Público, ajeno al poder ejecutivo, vigilante del cumplimiento de la Constitución y de la Ley y el abogado o Procurador General de la Nación, órgano del ejecutivo, con categoría de Secretario de Estado, consejero jurídico del gobierno, representante judicial de la federación y de las dependencias del ejecutivo y jefe nato de los departamentos jurídicos de éstas.

En la actualidad, dicha controversia ha quedado plenamente dirimida en virtud de las reformas que a nivel constitucional, y de ley reglamentaria se han dado en el sexenio del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León. En efecto el párrafo sexto del apartado "A" del artículo 102 Constitucional señala "La función de consejero jurídico del Gobierno, estará a cargo de la dependencia del ejecutivo federal que, para tal efecto, establezca la Ley. No obstante lo anterior, el Procurador será representante de la Federación en todos los procesos en que ésta sea parte.

GLOSARIO DE CITAS (CAPÍTULO I).

- (1) FRANCO VILLA, JOSÉ, "MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL", Editorial Porrúa, S.A., 1985, México, D.F., pág. 3
- (2) ESCRICHE, JOAQUÍN; "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA", Librería de CH. Bouret, París, 1888. Pág. 1247.
- (3) FENECH, MIGUEL; "DERECHO PROCESAL PENAL VOLUMEN I", 3ª edición, Editorial labor, S.A., 1960, Barcelona, España, pág. 307
- (4) COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO; "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", 15ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1995, México, D.F., pág. 86.
- (5) FIX ZAMUDIO, HÉCTOR; "FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO", Publicado en el anuario jurídico, año V, 1978, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 153.
- (6) CARRARA FRANCESCO, citado por COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO, op cit, pág. 89
- (7) DE PINA, RAFAEL; "DERECHO PROCESAL TEMAS", 2ª edición, Ediciones Botas, 1951, México, D.F., pág. 113.
- (8) JUARNERI, JOSÉ; "LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL", Traducción de Bernaldo de Quiróz, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue, México, 1952, pág. 169
- (9) COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO; op cit, pág. 92.-
- (10) IBIDEM, pág. 93.
- (11) IBIDEM, pág. 94
- (12) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO; "DERECHO PROCESAL MEXICANO, TOMO I", Editorial Porrúa, S.A., 2ª edición, 1985, México, D.F., pág. 514
- (13) CASTRO, JUVENTINO V.; "EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO", 8ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994, México, D.F., pág. 17.
- (14) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ; "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", 7ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1983, México, D.F., pág. 53
- (15) MACEDO, MIGUEL S.; "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO", Editorial Cultura, 1931, México, D.F., pág. 64.

- (16) CENICEROS, JOSÉ ÁNGEL, citado por GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, en “CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL”, 4ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1983, México, D.F., pág. 233.
- (17) CASTRO JUVENTINO V., op cit, pág. 75
- (18) PIÑA Y PALACIOS JAVIER; “DERECHO PROCESAL PENAL”, Editado por los Talleres Gráficos de la Penitenciaría del D.F., 1948, México, D.F., pág. 87.
- (19) CABRERA, LUIS Y EMILIO PORTES GIL; “LA MISIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA”, 2ª edición, Ediciones Botas, 1963, México, pág. 53
- (20) IBIDEM, pág. 54.
- (21) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, op. Cit., pág. 67
- (22) IBIDEM, pág. 69
- (23) PIÑA Y PALACIO, JAVIER, op. Cit., pág. 62
- (24) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, op. Cit., pág. 72
- (25) IBIDEM, pág. 80
- (26) AGUILAR Y MAYA, JOSÉ, citado por BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO; “EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO”, segunda edición, Editorial Trillas, S.A., 1982, México, D.F., pág. 101.
- (27) IBIDEM, pág. 102.
- (28) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, op., cit., pág. 83.
- (29) FRANCO VILLA, JOSÉ; op., cit., pág. 73
- (30) IBIDEM, Pág. 75.
- (31) IBIDEM, pág. 76
- (32) BORJA OSORNO, GUILLERMO; “DERECHO PROCESAL PENAL”, 3ª reimpresión, Editorial Cajica, S.A., 1985, Puebla, Pue., México, pág. 84.
- (33) ACERO, JULIO; “PROCEDIMIENTO PENAL”, 7ª edición, Editorial Cajica, S.A., 1984, Puebla, Pue., México, pág. 34.
- (34) IBIDEM, pág. 35.
- (35) BORJA OSORNO, GUILLERMO, op., cit., pág. 88
- (36) ACERO, JULIO, op., cit., pág. 35.

(37) BURGOA, IGNACIO; "EL JUICIO DE AMPARO", 32ª edición, Editorial Porrúa, S.A.,
1995, México, D.F., pág.

CAPÍTULO II

I.- Del Ejercicio de la Acción Penal en México.

CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL EN LA DOCTRINA.

1.- De las Teorías de la Acción.-

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

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

A) La Teoría Clásica.

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

“La clásica definición de Celso, señala Gómez Lara, de acción como el derecho de perseguir en juicio lo que es debido, completada con la adición posterior dada por los glosadores para dejar la definición en los siguientes términos: la acción es el derecho de perseguir en juicio lo que nos pertenece o lo que es debido, resume en forma cabal la esencia de ésta posición clásica”. (38)

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

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

B) La Teoría de la Acción como tutela concreta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Eduardo J. Couture, distingue entre los conceptos de derecho, pretensión y acción y enseguida define la acción, como el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción”. (39)

El autor continúa diciendo, la acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre, con derecho material o sin él, con pretensión o sin ella, pues todo

individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo, en cuanto tal, existe aún cuando no se ejerza efectivamente.

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

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

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

D) La Teoría de la Acción como Derecho Potestativo.

“Esta tesis de la acción como un derecho potestativo, es de Chiovenda y se deriva de la definición que éste nos da de acción; como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional”. (40)

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

"La acción dice Chiovenda, es pues un poder jurídico, de la categoría de los derechos potestativos, entendidos éstos como los derechos a los cuales no corresponde una obligación, porque el sujeto a quien está dirigido dicho poder jurídico, no es deudor de una prestación, ni debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejercita". (41)

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

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

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

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

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

Gómez Lara, señala que en forma curiosa cabe destacar que Ludovico Mortara, no obstante ser un autor Italiano del siglo XIX, marcha por la senda de Plotz y Degenkelob, y aporta a la doctrina de ellos algunas puntualizaciones interesantes.

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

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

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

“Cipriano Gómez Lara señala que a su entender, esta teoría de la acción como un derecho abstracto de obrar, representa el punto máximo de autonomía de la acción. La acción dentro de esta concepción es un derecho que se tiene para provocar la función jurisdiccional con o sin fundamento, es decir se tiene derecho a una sentencia, independientemente de que sea favorable o desfavorable a los intereses de quien haya iniciado el proceso”. (42)

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

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

En relación con esta opinión de los adversarios de la teoría que se expone, Gómez Lara indica, que no es precisamente la acción, lo que se rechaza sino lo que viene a rechazarse es precisamente la pretensión, por que entendida esta tesis del derecho abstracto de obrar, en su justa proyección hace que la acción se limite hacer tanto la potestad como la actividad provocadora de una función jurisdiccional, en abstracto, es decir de una mera función jurisdiccional, que persigue una sentencia, sin que sea doble, en la acción en si misma, predeterminar si el resultado de ella será o no favorable.

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

No se puede concluir de manera válida que sólo el que posee el derecho de fondo puede accionar, toda vez que sólo el tribunal, hasta el momento de sentenciar, determina quien tiene la razón, quien tiene la verdad formal.

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

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

2.- Otras Teorías de la Acción.

A) La Acción como Derecho Público Subjetivo.

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

“Goldschmidt, señala que la acción con su contenido de pretensión de sentencia o derecho de obrar procesal, es un derecho público subjetivo, que se dirige con el estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable”. (43)

Arguye que la acción, no se dirige contra el demandado sino sólo contra el Estado, puntualiza que se debe separar el concepto de la acción procesal que se dirige contra el Estado, de la acción o pretensión de derecho privado, que se actúa frente al individuo, que el

derecho sea contra el Estado y que su carga recaiga sobre el demandado y se debe a la relación en que se encuentra con el estado de sumisión a su soberanía.

Es cierto que la acción endereza contra el Estado (Órgano Jurisdiccional) con el objeto de obtener una declaración de un derecho preexistente. En consecuencia, el contenido de dicha declaración recaerá sobre el demandado.

B) La Teoría de la Acción como Actuación Procesal.

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

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

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

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

Y a todos los demás ciudadanos (interés colectivo); la acción de las partes, no es un derecho subjetivo público agrega: más exactamente todavía, es uno de los derechos públicos subjetivos que se denominan derechos cívicos.

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

“Por último Carnelutti sostiene el carácter subjetivo público de la acción, que no se dirige hacia el estado, sino hacia el juez, como derecho a la prestación jurisdiccional, su interés es público, aunque su ejercicio sea privado, pues aunque con ella el ciudadano obtiene la satisfacción de su particular interés, su función reintegradora del orden es esencialmente pública”. (44)

C) La Teoría de la Acción de Ugo Rocco.

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

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

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

“Indica Rocco, que el derecho de cada ciudadano como tal de pretender del estado, el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses amparados por el derecho; se llama derecho de acción”. (45)

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

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

“Así pues señala Rocco, el derecho de acción, debe considerarse no como un derecho para con el adversario, sino como un derecho con respecto al estado, explicase de esta manera, por que el derecho de acción se ejercita aún por el que no tiene un verdadero derecho material y por que el juez tiene la obligación de responder siempre a la acción intentada por el particular”. (46)

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

Cuando iniciamos este inciso indicamos que eran necesarias y oportunas estas doctrinas, en virtud de que vendrían a corroborar la valía de las cuatro posiciones expuestas en el primer inciso, además de que no son sino una extensión en esencia pura de las cuatro posiciones ya mencionadas, por ejemplo Goldschmidt al señalar que la acción pertenece al grupo de los llamados derechos cívicos, se ve el gran parecido de su idea con la tesis de Rocco, el cual también distingue en su tesis y propugna por la dependencia entre la acción y la pretensión.

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

En este inciso sólo expondremos las tesis que a nuestro juicio, se adecuen al derecho mexicano y por tal motivo sean útiles para el desarrollo y cumplimiento del cometido del presente trabajo. Así pues expondremos tesis de la talla de un Eugenio Florian un Manzini, hasta llegar a autores sudamericanos, tales como Levene (hijo) y Claría Olmedo, etc., etc.

A) Tesis de Eugenio Florian.

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

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

Que si contemplamos el organismo del proceso, veremos manifestarse la exigencia de una actividad encaminada a incoarlo, a pedir la aplicación de la ley a cada caso concreto: que esta exigencia es la que se hace surgir a la acción penal. “Florian señala que la acción penal, se puede considerar, como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal”. (47)

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

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

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

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

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

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

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

Estimamos que la tesis del profesor Florian, es sencilla, pero no por tal motivo carente de elementos técnicos, toda vez que “el poder jurídico”, a que se refiere Florian, es el emanado de la ley, el cual se justifica precisamente cuando se ha violado una norma de derecho punitivo o penal.

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

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

B) Tesis de Vincenzo Manzini.

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

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

Objetivamente; la acción penal, es el medio con que el órgano ejecutivo, constreñido a abstenerse de la coerción directa, en las relaciones penales, determina la intervención de la garantía jurisdiccional en orden de su pretensión punitiva". (48)

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

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

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

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

Manzini continúa diciendo, que es lógico que el Ministerio Público, recibida la noticia de un delito, deba antes de pedir la intervención del juez, examinar si concurren las condiciones materiales y formales para hacer valer la correspondiente pretensión punitiva, cuando esta notifica no consista en una legítima orden de proceder. Que por lo tanto hay toda una serie de actos preliminares a la promoción de la acción penal.

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

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

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

En relación con esta teoría del ilustre profesor Manzini, consideramos que confunde la acción penal con la pretensión punitiva, toda vez que supedita la segunda a la realizabilidad de la primera mencionada; siendo que la acción penal posee una independencia total de la pretensión punitiva, en el sentido de que como señala el ilustre Binding, más adelante citado por González Bustamante, que la acción origina su vida en el proceso y prescinde de la violación penal, y tanto es verdadero esto, que el juez puede negar que una violación de la ley penal esté comprobada o que se haya verificado por otra de la persona a quien se imputa.

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

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

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

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

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

Que el proceso civil se inicia sobre una pretensión de tener razón por parte del actor, mientras que el proceso penal se inicia sobre una notitia criminis, que en virtud del principio de obligatoriedad de la acción penal, que tiene profundas raíces e intereses generales, postula necesariamente una decisión del juez.

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

“Leone por tanto, define a la acción penal, como el requerimiento por parte del Ministerio Público, de una decisión del juez, sobre una notitia criminis, que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal”. (49)

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

-La acción penal es obligatoria.

-La acción penal determina la obligación del juez de emitir la requerida decisión, sobre la deducida notitia criminis.

-La acción penal no determina obligación alguna a cargo del imputado, el cual nada debe hacer, sino que determina a cargo del imputado una situación de sujeción, por cuanto él nada puede hacer para alejar de sí el hecho jurídico producido por la acción.

Por nuestra parte señalamos, que el intento de Leone no deja de ser plausible, desde el punto de vista de su esfuerzo para encontrar la naturaleza jurídica de la acción penal.

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

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

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

Estos autores se refieren, a la acción penal diciendo que de todo acto con apariencias delictivas, nace acción penal para el castigo del culpable, que de esta surge el problema hasta ahora no resuelto satisfactoriamente en ninguna de las ramas del proceso, de cual sea la verdadera naturaleza de este concepto tan utilizado y fundamentalmente, a que llamamos acción, que probablemente le solución no se alcanzará mientras en todo el ámbito del derecho procesal mejor dicho en todas y cada una de sus distintas ramas, no se contempla a la acción como un puro concepto, libre de toda contaminación ius materialista, aunque unida al derecho material por medio de la pretensión; esto es, agregan los autores, que tras la fase de absorción o supeditación de la acción al derecho material, y la del dualismo conceptual, salpicado de indiferencias y confusiones, creemos dicen los autores, que de marcharse a la de una separación tajante y a considerar que además del derecho material y de la acción existe un tercer elemento: la pretensión, merced a él consideran los autores Bizantina la discusión, acerca de la prioridad del derecho de la acción.

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

Que si la comisión de un hecho delictuoso o con aspecto de tal, hace surgir la acción penal, el ejercicio de la misma por el órgano o titular a quien corresponde hacerla valer, pone en marcha el proceso e impulsa el movimiento hasta el logro de la tutela jurídica estatal, que se manifiesta en la sentencia, y en caso de ser esta condenatoria, en la ejecución de lo juzgado. Que esa acción, que se presenta como factor absolutamente indispensable, para la existencia del proceso penal, ha de ser sucesivamente examinada en una serie de aspectos que sirvan para fijar su naturaleza jurídica, su contenido y las circunstancias para su ejercicio.

“Los autores dicen que la acción penal es, en la doctrina más generalizada, el poder jurídico de promover a la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie a cerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella refuta constitutivos de delito”.(50)

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

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

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

obstante que los maestros apunten que no hay solución en la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de la acción.

E) La Teoría de Jorge A. Clariá Olmedo.

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

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

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

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

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

El autor indica, que si nos preguntamos ahora, que es el poder de acción penal, para descubrir su naturaleza y contenido, no sería correcto contestar recurriendo a algunas de las teorías que para explicar estos extremos se han expuesto con respecto a la acción civil. Que en efecto, lo que ambos poderes, el de acción civil y el de acción penal, pueden tener en común, no puede ser referido al poder en sí, sino más bien al ejercicio de ellos y a atribuciones procesales de los órganos encargados de la correspondiente actividad, que una diferencia fundamental, se encuentra, en primer término, viendo al titular de uno y otro poder. Que el Estado es el titular del poder de acción penal y el individuo es el titular del poder de acción civil por otro lado.

Esto indica el autor, permite explicar, el porqué del ejercicio obligatorio, como ocurre en la jurisdicción del poder, de la acción penal; y esto no sucede con el poder de acción civil.

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

La razón de este distinguo, está en que el estado cumpla con el ejercicio de la acción una función pública, de carácter judicial, que sólo puede ser emitida, en los casos y en las formas expresamente previstas en la ley y que el órgano que la representa ante la justicia también está sometido en forma íntegra a la ley, para el ejercicio del poder de acción, siéndole, vedado todo criterio de naturaleza discrecional.

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

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

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

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

“Dice Clariá Olmedo, que la acción penal es de naturaleza sustancial en cuanto poder, pero procesalmente proyectada en cuanto a su ejercicio, es un poder sustancial independiente y autónomo del derecho integrador, en el cual tiene su fuente, cada norma penal descriptivo-sancionadora, da vida en abstracto, a un poder punitivo, contra su eventual transgresor; poder punitivo que se concretará con la sentencia jurisdiccional en la cual se declara culpable a quien fue sometido a proceso. A su vez cada norma penal integradora da también nacimiento al poder de excitar la actividad jurisdiccional, poder este indispensable para que se

pongan en actividad las normas realizadoras, aclarando el autor, que ambos poderes son independientes, aún cuando abstractamente tengan las mismas fuentes". (51)

Por el poder punitivo, el estado debe castigar al infractor de la ley; por el poder de acción debe exigir a los jueces un pronunciamiento acerca de si existe o no un infractor, ambos poderes son sustanciales y de realización, pero tienen contenido diferente y persiguen distinta finalidad y eso se ve más claramente cuando una vez concretados, se ejercitan para satisfacer la función jurídica que a cada uno se les ha asignado. El poder punitivo se concreta cuando hay culpable declarado como tal; el poder de acción penal, cuando se presentan circunstancias fácticas de posibilidad delictual que es necesario destruir o confirmar.

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

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

Que por eso dice el autor, que el poder de acción penal existe, aún cuando, para el caso concreto, se persiga por el titular de su ejercicio la absolución del imputado o sea, cuando se exija la declaración en concreto de la inexistencia del poder punitivo del estado que todo esto justifica como la acción penal se habrá ejercitado válidamente cumpliendo con su fin específico, aún cuando el juez concluya absolviendo al imputado y también que el órgano de la acción tenga poderes procesales para peticionar decisiones del órgano jurisdiccional en favor del imputado. Que todo esto dice Clairá Olmedo, tiene su fundamento en la existencia de una zona coincidente de los intereses público y privado que el proceso tutela; cuando el órgano del estado

ejercita el poder de acción penal, pone frente a la jurisdicción el interés social, el que en su forma más general, se traduce en la persecución de castigo para el verdadero culpable; pero el inocente es protegido también por el público y autónomo poder sustancial de acción penal.

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

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

Pero la puesta en marcha y posterior impulso de la acción hasta alcanzar su específica finalidad, es tarea judicial y procesalmente normada.

En esencia podemos comentar de esta tesis, que en el fondo no es más que una repetición de ideas de Florian y en algunos aspectos de Manzini, se diferencia de estos autores, en que Clariá Olmedo, lo expresa con más palabras y además, ese poder lo divide en dos el genérico de acción penal, correspondiente al estado y los poderes específicos atribuidos a los distintos órganos encargados del efectivo ejercicio de la acción penal.

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

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

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

A) Opinión de Julio Acero.

“El ilustre profesor mexicano Acero, señala respecto de la acción penal, que la considera como la materia misma en actividad en el proceso, el conjunto de existencias que en él y por él se discuten como derecho de ataque chocando con la consiguiente defensa”. (52)

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

Esta noción distingue lo que los filósofos llaman acto y potencia, al considerar a la acción como la materia misma en actividad, la facultad de actuar llevada a cabo.

B) Opinión de Guillermo Borja Osorno.

“El distinguido profesor de la Universidad de Puebla, define la acción penal, como el poder de excitar la jurisdicción y actuar en el proceso frente a una relación de derecho penal, independientemente de su resultado”. (53)

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

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

Consideramos que aunque dicha sanción puede o no darse, la acción penal nació a la vida jurídica y existió de manera válida.

Por lo que respecta a la naturaleza de la acción consideramos exacta la apreciación del autor, al señalar que el objeto de este poder excitar la jurisdicción.

C) Opinión de Humberto Briseño Sierra.

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

“La instancia, la define Briseño Sierra, como la unidad de una relación dinámica, cuyo ejercicio es el supuesto de una prestación final”. (54)

Las instancias dice Briseño, pueden ser:

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

La acción continúa diciendo el ilustre procesalista, por ser un derecho de instancia se encuentra incluida en un procedimiento, pero no se trata de uno indiferenciado, como el que se utiliza en las otras instancias, sino del otorgamiento procesal, el cual se identifica como la estructura trilateral: esto es dos partes contrapuestas y un tercero imparcial.

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

“En consecuencia, preceptúa Briseño, la acción queda definida, como única instancia proyectiva, ya que su estructura “A Priori”, lleva implícita la trilateralidad o tricotomía subjetiva: dos partes y un Juez; aunque posteriormente puede suceder que sólo esté presente el demandante (acusador), y falta el reo por encontrarse en contumacia (en lo penal el proceso en rebeldía suele prescribirse, con la ausencia del reo suspende la causa)”.(55)

Esta tesis del Maestro Briseño Sierra, es una teoría nueva en la ciencia procesal, aunque no estamos de acuerdo con esta tesis, toda vez, que la tesis de Briseño, se adecúa a procesos de carácter convencional, esto es donde la iniciativa del particular es piedra angular,

para la excitación del órgano jurisdiccional. Cuestión que no sucede en materia penal, toda vez que la “instancia” a que se refiere Briseño, no se identifica, ni con una potestad, o una obligación, o un derecho subjetivo, en pocas palabras no entendemos, la naturaleza jurídica o en sentido jurídico, que le da el autor a la palabra “instancia”.

D) Opinión de Guillermo Sánchez.

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

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

(56)

En concordancia con las ideas que hemos sostenido, coincidimos plenamente con las nociones expuestas en este apartado.

E) Opinión de Juventino V. Castro.

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

“El gran Maestro Castro; indica que si de todo delito, naciera la acción penal, no podríamos explicarnos, cuando se resuelve en un juicio, en donde no había delito que perseguir; que fue lo que ejercitó realmente el Ministerio Público, durante el proceso, en virtud de que la acción penal, por no haber delito no llegó a nacer”. (57)

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

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

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

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

“Más lógico dice Castro, parece dilucidar cual es la verdadera esencia de la función del ejercicio de la acción penal. Y desde este punto de vista continúa Castro; es una función política y administrativa, si bien se desarrolla en el campo de la justicia. El Ministerio Público no es un órgano que se encargue de impartir justicia, sino un órgano administrativo que vela porque se aplique la Ley estrictamente por aquellos que si tienen la misión de impartir justicia”. (58)

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

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

F) Opinión de Carlos Franco Sodi.

El insigne jurista, siguiendo a Ferri, dice que en términos abstractos, el delito está constituido, por los elementos que a continuación se mencionan: sujeto (activo y pasivo), objeto (jurídico y material), acción (psíquica y física) y daños (público y privado).

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

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

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

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

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

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

“Franco Sodi señala, que decir que la acción penal pretende la aplicación de la Ley penal, no quiere decir que persiga invariablemente la imposición de una pena, ya que no siempre son éstas las consecuencias de un hecho delictuoso, que el que en ocasiones da lugar a simples medidas de seguridad; pero principalmente con la acción penal se quiere llegar a saber si efectivamente se ha cometido un delito y si ha sido ejecutado por la persona a quien se le imputa, de tal manera que si ésta es inocente el ejercicio de la acción conducirá a la solicitud de libertad del procesado”. (59)

Es notorio y admirable la claridad del Maestro Carlos Franco Sodi, cuando señala que la pretensión de la acción penal, es la aplicación de la Ley penal y dice: no quiero decir con esto que se persiga invariablemente la imposición de una pena, pues no siempre son éstas las consecuencias de un hecho delictuoso, ya que en ocasiones da lugar a simples medidas de seguridad, pero aún más cuando señala, que a través de la acción penal, lo que se busca es saber la verdad histórica a cerca de hecho delictuoso, por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la

acción penal, estamos de acuerdo con lo señalado por el profesor Franco, en virtud de que éste, conceptúa la acción penal como Florian, esto es como un poder, entendido éste como atribuido por la Ley, principio que definitivamente se adecúa al derecho Mexicano.

G) Opinión de Alberto González Blanco.

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

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

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

“Concluye González Blanco, señalando, que si considera a la acción como una institución de carácter procesal, el problema sobre su naturaleza jurídica, se resuelve con sólo considerar que para que se realice la potestad represiva a través del proceso, se requiera forzosamente entre otros requisitos que se ejercite la acción y que esa exigencia lleva a la conclusión, de que ésta debe, ser considerada como un elemento inherente a inseparable de la función represiva y por tanto su carácter de institución personal”. (60)

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

H) Opinión de Juan José González Bustamante.

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

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

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

Para distinguir el derecho subjetivo de castigar que corresponde al Estado, de la acción penal, dice al autor que la dogmática del proceso, ha elaborado una teoría afirmada por Carlos Binding y que refiere a la existencia de la "Exigencia Punitiva". Esta es en otros términos, una relación de derecho penal, distinta de la relación jurídica de derecho procesal.

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

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

“Concluye su exposición, González Bustamante, indicando, que la comisión de un delito, da origen al nacimiento de la exigencia punitiva y de esta surge la acción penal, que es el deber del Estado de perseguir a los responsables por medio de sus órganos, con sujeción a las formalidades procesales. En tanto que la exigencia punitiva corresponde al derecho penal, la acción penal debe entenderse en sentido procesal, aunque la distinción entre la exigencia punitiva y la acción penal, ha dado origen a multitud de disquisiciones en el orden jurídico-filosófico”.

(61)

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

1) Opinión de Javier Piña y Palacios.

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

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

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

(62)

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

Para determinar la inaplicabilidad de esta definición, basta hacer notar que la acción no puede ser ejercicio. El que la sociedad tenga derecho a que se le repare el daño causado por el delito no quiere decir que el ejercicio de ese derecho sea la acción. Ni siquiera puede afirmarse que la acción sea un derecho, porque si lo es dice el profesor Piña y Palacios, es un bien patrimonial y como tal renunciable y la sociedad no puede renunciar a que le sea reparado el daño que le causó el delito sin que peligre su existencia. Por otro lado, es innegable la obligación que tiene la sociedad continúa el autor, porque atañe a su propia existencia, de ejercitar la acción para que sea reparado el daño causado a ella o al particular; pero si se dice que es una obligación, existe un nuevo problema: si tiene las características de obligación, como tales es un vínculo de derecho del cual no puede desligarse la sociedad, sólo ella, por la

naturaleza misma de la obligación puede cumplirla y por tal motivo, nadie puede sustituirla ni siquiera en un ejercicio; y por eso añade Piña y Palacios, no es adaptable esta definición a nuestra legislación.

“El análisis de la definición, señala Piña y Palacios, nos lleva a las siguientes conclusiones.

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

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

c) En conciencia, la acción penal, nuestra acción penal, es un poder potestativo, que tiene el Ministerio Público mediante el cual provoca la actividad jurisdiccional, para la actuación de la ley penal”. (63)

Consideramos acertada la definición y concepto que el maestro Piña y Palacios atribuye a la acción penal. A mayor abundamiento debemos aclarar que éste poder potestativo se encuentra sujeto a las garantías de fundamentación y motivación consagradas en el artículo 16 Constitucional y que todo acto de autoridad debe revestir.

J) Opinión de Manuel Rivera Silva.

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

“Rivera Silva, señala que la función persecutoria, como su nombre lo indica, consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar o reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley”. (64)

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

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

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

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

a) Actividad investigadora, esta actividad, entraña una labor de auténtica averiguación, de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan. Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los Tribunales y pedir la aplicación de ley.

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

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

“Rivera Silva expresa, que el Estado, como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, lógico resulta conceder al Estado autoridad para reprimir todo lo que intente o conculque la buena vida gregaria. Al amparo de esta autoridad, es indiscutible, continúa Rivera, que cuando se comete el hecho delictuoso, surge el derecho-obligación del Estado de perseguirlo; más para que el propio Estado pueda actuar, resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e investigado éste, llegar a la conclusión de que es delictuoso, para de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley; esto es, si la autoridad es la que reconoce para efectos ejecutivos, los derechos y el Estado tiene facultad para exigir se sancione al delincuente, debe reclamar el reconocimiento de su derecho, ejercitando la acción penal una vez que ha reunido los elementos que lo convencen de la comisión de un delito”. (65)

Consideramos atinada la opinión de Rivera Silva en el sentido de que existe un derecho-obligación derivada de hechos constitutivos de delito.

Es pertinente aclarar que este derecho-obligación no es de carácter patrimonial; y por Ministerio de Ley no es delegable ni transmisible.

DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL.

1.- Generalidades.-

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

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

2.- Las Características de la Acción Penal.

A).- Publicidad.-

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

“Sergio García Ramírez, dice que dado que la sociedad es titular del bien jurídico lesionado y del interés de reparación jurídica que se promueve en el derecho penal, la acción penal es pública, añadiendo que tiene este carácter, toda vez que ésta se dirige a la actuación de un derecho público del Estado”. (66)

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

en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en que concede al directamente ofendido por el delito un margen de disposición, y sin que ello modifique el contenido de la acción que sólo queda condicionada a un requisito de procedibilidad ya que en delitos de esta índole se ponga término al ejercicio de la acción y se extinga por el perdón del ofendido, si se ha satisfecho las condiciones que la ley exige.”(67)

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

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

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

B) La indivisibilidad.

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

“González Bustamante, indica que la indivisibilidad de la acción penal, se destaca con caracteres definidos en nuestro derecho, en los delitos perseguibles por querrela de parte, como el adulterio y en algunos delitos patrimoniales ejecutados por ciertos parientes. Si el

ofendido sólo formula su querrela en contra de uno de los adúlteros se procederá contra todos los que hubiesen participado en la consumación del delito o hubiesen prestado auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior o inducido a alguno a cometerlo (artículo 274 del Código Penal para el D.F.), el cual a la letra dice:

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

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

El perdón del ofendido que se produzca con los requisitos indicados en el artículo transcrito, surtirá el efecto de que se extinga la acción penal para todos los responsables, a pesar de que el ofendido sólo otorgue su perdón a uno de los adúlteros. (Artículo 276 del Código Penal para el D.F.), el cual dice:

Artículo 276: Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables. (68)

“Franco Sodi, señala que la razón de la indivisibilidad de la acción estriba, en el interés que tiene la sociedad, que nadie escape, de la represión penal y como ejemplo cita el caso del adulterio, (ya mencionado en éste trabajo). (69)

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

C) Es única.-

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

“Franco Villa, dice que no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual, para toda conducta típica de que se trate, ya que su fin y su estructura son siempre los mismos y no se justificaría que se imprimiera diferentes modalidades, como las que se establecen en relación a los delitos”. (70)

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

D) La Oficialidad.-

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

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

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

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

Se habla al respecto de oficialidad de la acción penal.

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

“El Estado dice Borja, tiene la exclusiva y plena disponibilidad de la acción penal, sin embargo, no es problema establecer en que forma debe proveer del mejor modo posible a las exigencias de su más seguro y eficaz ejercicio. En otras palabras no es este un problema cuya resolución derive de principios jurídicos preconstituidos, sino que es un problema de oportunidad política. Y ésta surge de modo diverso y puede entenderse en distintas formas según las condiciones ambientales e históricas con las cuales se relaciona la Institución”. (71)

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

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

El Estado, al que abstractamente pertenece el derecho de ejercitar la acción penal, puede atribuir la función de ejercitarla o al ofendido o a un ciudadano cualquiera. Dicho diferimiento de funciones estatales a particulares, hace recordar fenómenos de épocas superadas, en las que el derecho de soberanía estatal pertenecía a individuos y corporaciones, como algo

propio. Pero en realidad se diferencia de ellos profundamente porque ahora no se tiene una subordinación del interés general al particular, sino más bien se considera que el reconocimiento del interés del particular es el modo más seguro para realizar el interés general.

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

“Para nosotros, dice Borja Osorno, la cuestión se resuelve en el sentido de que el ejercicio de la acción penal debe confiarse siempre a un órgano estatal propio y diverso del jurisdiccional, al Ministerio Público. En consecuencia no debe confiarse al particular, ni tampoco a otro órgano, que aún cuando pertenezca a la Administración Pública, tenga encomendada principalmente otra función; ni a un órgano jurisdiccional”. (72)

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

E) Es Irrevocable.-

El principio de la irrevocabilidad de la acción penal, consiste en que una vez que se ejercitó la acción este órgano jurisdiccional, no se puede desistir de dicha acción, ya que existe la obligación de continuarla hasta obtener una decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso.

“González Bustamante, indica que la irrevocabilidad de la acción consiste, en que una vez que interviene la jurisdicción, el órgano que lo ejercita no está facultado para desistirse

de ella, como si fuera un derecho propio; esto es que una vez iniciado el proceso, no puede esperarse otra solución que la sentencia". (73)

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

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

El principio de la obligatoriedad del proceso penal dice Borja, consiste en que la relación jurídico penal, no puede hacerse efectiva sino a través de un proceso penal, que constituye un derecho y una obligación del Estado. El particular no puede someterse voluntariamente a la pena, sin que haya habido previamente un proceso en que se constate su responsabilidad.

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

"Borja Osorno, señala que claramente contrasta este principio de la inmutabilidad del objeto del proceso penal, con el principio dispositivo que domina en la relación procesal civil, ya que en el proceso civil, las partes pueden transigir, someterse al arbitraje, el actor desistirse, etc., puesto que en él versan intereses de índole privado. El carácter público del procedimiento penal, por el contrario no permite transacciones o componendas de las partes, antes o después de ejercitada la acción y el hecho de que el procesado, proclame su culpabilidad o el Ministerio

Público convencido de su inocencia renuncie al proceso, no produce efectos sobre el proceso mismo, ya que el juez va a decir la última palabra respecto de la responsabilidad del procesado, ejercitando su propia y exclusiva función jurisdiccional soberana". (74)

"Sergio García Ramírez, por último dice que la irrevocabilidad de la acción penal, no es conocida en México, señala que ésta consiste en que el actor se desista de la acción intentada; en México el Agente del Ministerio Público carece de facultad para desistirse del ejercicio de la acción penal. En estos términos, cuando el proceso comienza sólo puede tener como fin la sentencia. En México en cambio, continúa García Ramírez, es conocida en ambos fueros el desistimiento, que siempre ha de resolver el procurador, con una sola excepción, en materia Federal: cuando dentro de las setenta y dos horas de practicada la consignación y antes de que se dicte el auto de formal prisión, tratándose de delitos contra la salud, se cae en la cuenta, pericialmente de que el inculpado es farmacodependiente y sólo poseía droga en la cantidad necesaria para su propio consumo; aquí el Ministerio Público, se puede desistir de la acción, sin resolución del Procurador (artículo 525 del Código de Procedimientos Penales Federal), que a letra dice:

Artículo 525: Si se hubiera hecho la consignación y dentro de las 72 horas que señala el artículo 19 constitucional, se formula o se rectifica el dictamen en el sentido de que el inculpado tiene hábito o la necesidad de consumir el estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, el Ministerio Público se desistirá de la acción penal sin necesidad de consulta al procurador y pedirá al Tribunal que el detenido sea puesto a disposición de la Autoridad Sanitaria Federal para su tratamiento, por el tiempo necesario para su curación". (75)

Consideramos que es errónea, la concepción de este principio en el derecho mexicano, citado por Sergio García Ramírez; en virtud de que como señala acertadamente González Bustamante: "si dejamos al Ministerio Público, desistirse libremente de la acción penal, éste se convertirá en un árbitro, desvirtuando su naturaleza de excitador de la jurisdicción, y como representante de la sociedad.

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

F) Es Intrascendente.-

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

“González Bustamante indica, que sin embargo, la vigente Legislación Penal Mexicana señala que la reparación del daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción d(o sea que es parte integrante de la acción penal), aún cuando no la demande el ofendido y que si éste la renuncia, el Estado hará la efectiva en los bienes del responsable, aún cuando hubiese fallecido, siguiendo la teoría de la ficción del derecho Romano, de que la persona jurídica del autor de una obligación, se prolonga en su patrimonio después de su muerte”. (76)

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

“Fernando Castellanos Tena, estima que la persona jurídica, no puede ser sujeto activo del delito, por carecer de voluntad, independientemente de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito”. (77)

“El profesor español Rafael Márquez, se adhiere a la tesis propuesta, por el segundo Congreso de derecho penal de Bucarest, en 1929, que es del tenor siguiente.

Dado el continuo aumento y la importancia de las personas morales y reconociendo que constituyen fuerzas sociales de la vida moderna; considerando que el orden legal de toda sociedad puede ser gravemente lesionado, cuando la actividad de las personas morales constituye una violación de la ley penal, se acuerda.

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

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

Así pues, termina diciendo el profesor Márquez, que serán aplicables medidas preventivas, de defensa social, para las personas morales y responsabilidad penal individual (o sea, pena), para directores, gerentes, administradores, etc.; que comentan las infracciones con objeto de satisfacer intereses de la corporación o con la cooperación de la misma”. (78)

“González Bustamante por último, señala que cuando el miembro de la persona moral, hubiere delinquirido con los elementos, que les hubiese proporcionado la sociedad o corporación, de tal manera que el delito resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, puede reclamarse la suspensión o su disolución, en los casos previstos en la ley, siempre que su subsistencia resulte perjudicial para el interés público. Como el juez no puede imponer una sanción que no le haya sido expresamente pedida

por el órgano de acusación es notorio que la disolución de la sociedad forma parte integrante del contenido de la acción penal y establece una excepción al principio de la intrascendencia". (79)

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

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

G) Es de Condena.-

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

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

“Estas ideas, indica García Ramírez, encuentran en el derecho Mexicano su fundamento, a la luz de los siguientes artículos del Código de Procedimientos Penales para el D.F.:

- Artículo 2: Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:
Fracción II. Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que previene la ley (fracción derogada).
- Artículo 3: Corresponde al Ministerio Público:
Fracción VII. Pedir la libertad del detenido, cuando ésta proceda.
- Artículo 6: El Ministerio Público, pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que se refiere el capítulo IV, Título I, Libro primero, del Código Penal, o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido.
- Artículo 8: En el segundo caso del artículo 6º., el agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción, en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado.

El autor señala que estos artículos facultan al Ministerio Público, o mejor aún, le ordenan pedir en determinadas hipótesis la absoluta libertad del procesado. No cabe duda que dicha libertad es absoluta, habida cuenta de las razones en que se apoya, que aparejan la extinción de la responsabilidad penal, de acuerdo con la ley”. (80)

Consideramos acertada, la apreciación de García Ramírez, en el sentido de que la acción penal, no busca únicamente el castigo de un culpable, sino que en muchas ocasiones se

demuestra la inocencia del procesado, y el mismo Ministerio Público está facultado para solicitar la libertad de éste.

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

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

“Tolomei, explica, como en el proceso, la actividad del juez, tiene un doble tema de examen: la posición de la norma jurídica (cuestión de derecho), y la posición de la situación del hecho, (cuestión de hecho). Por la posición de la norma jurídica, la actividad del juez, no es diversa en el proceso civil y en el penal, ni omitir una norma que exista; en el proceso civil el juez no ve a la realidad, sino a la afirmación de la demanda presentada a él y eventualmente a la admisión y confesión de la contraparte. En el proceso penal, por el contrario, el juez busca la realidad de los hechos; puede desechar la confesión del acusado, si la cree falsa e interesada y no se encuentra constreñido ni por el pedimento de las partes, ni por la especial valoración legal de las pruebas”. (81)

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

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

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

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

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

“Dice Juventino V. Castro, que la aplicación de este principio a la acción penal y el Ministerio Público que es quien la ejercita, es clara. La acción penal deberá dirigirse a la búsqueda de la verdad material o real y no establecer formalismos que comprometan al procesado, creando así un concepto erróneo de la realidad de los hechos. El Ministerio Público continúa Castro, no es un acusador forzoso que deba siempre perseguir al procesado, a pesar de su inocencia, por tal motivo, enfáticamente afirma el autor, que si de sus investigaciones cuidadosas concluye que se está procesando a un inocente, deberá coadyuvar con la defensa en el establecimiento de su inculpabilidad, para que sea declarada por el juez”. (82)

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

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

“Así pues, concluye Juventino V. Castro, señalando que el Código de 1931, sigue el sistema mixto con una fuerte tendencia al de la prueba tasada y el de 1934, en cambio, es sistema mixto próximo a la libre apreciación de la prueba”. (83)

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

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

I) Es Inevitable.-

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

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

“Borja Osorno concluye, que es plenamente justificado este principio, dado el carácter público de la acción penal. Una sumisión voluntaria a la pena por parte del particular es inadmisibles”. (84)

J) La prohibición de la Reformatio In Peius.

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

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

“Sin embargo Calamandrei sostiene que la prohibición de la *Reformatio In Peius*, está justificada en el proceso civil, no así en el proceso penal en donde no puede ser admitida”. (85)

Esta prohibición de la *Reformatio In Peius*, encuentra su plena justificación dogmática, indica Calamandrei, en la combinación de otros dos principios: el principio dispositivo, (*Nemo iudex sine actore*; en *procedat iudex ex officio*), con el principio de la *soccombenza*, que es el principio que afirma la necesidad de que se tenga la calidad de agraviado, de vencido o condenado en juicio, como condición necesaria para apelar”. (86)

“En materia civil, tiene pleno valimiento la prohibición de la *Reformatio In Peius*, ya que de lo contrario sería admitir; o que se puede una parte eficazmente darle a conocer al juez de segunda instancia a una controversia sobre la que el primer juez le ha dado la razón y con esto contradecir el principio de la *soccombenza*; señala el ilustre Calamandrei”. (87)

“Este principio, por el contrario, no rige en el proceso penal y esto dice Calamandrei, por que si bien el principio de *soccombenza*, también se exige (y así vemos como si, el procesado apela pidiendo una condena más severa, su apelación es declarada inadmisibile), el principio dispositivo, sin embargo, no se aplica en toda su amplitud en el proceso penal. Ciertamente, si el Ministerio Público no acusa, el juez no puede actuar; pero una vez iniciado el proceso, las facultades del juez son amplias pudiendo conocer de oficio a una de aquella porción de la controversia que no se haya puesto a su conocimiento en la apelación. Es así como la prohibición de la característica de la acción penal que se examina, no tiene valor en el proceso penal, aún cuando el apelante sea el procesado”. (88)

“Ahora bien, aunque la prohibición de la Reformatio In Peius, es una limitación a la actividad del juez, dice Juventino V. Castro; influye este principio en forma directa, en las actividades del Ministerio Público, pues no puede el acusador público, pedir al apelar, la agravación de la pena impuesta en primera instancia; vemos así, señala el autor, como esta prohibición es una limitación a las funciones del Ministerio Público”. (89)

“Por lo que respecta a la aplicación de este principio en nuestra legislación. El Código de Procedimientos Penales de 1880, no establecía disposición alguna al respecto; el Código de 1894, quitaba tal prohibición, ya que permitía, que en-la segunda instancia se impusiera al reo una pena mayor que la fijada en la sentencia apelada y ésta no estuvo arreglada a derecho”. (90)

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

GLOSARIO DE CITAS (CAPÍTULO II)

- (38) GÓMEZ LARA, CIPRIANO; "TEORÍA GENERAL DEL PROCESO", 3ª reimpresión, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, D.F., pág., 129
- (39) COUTURE, EDUARDO J., "FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL", 3ª edición póstuma, Editorial Nacional, 1983, México, D.F., pág. 74 .
- (40) CHIOVENDA, JOSÉ, "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL, TOMO I", Traducción al castellano del profesor José Casais Santalé, Cárdenas Editor, S.A., 1980, México, D.F., pág. 73.
- (41) IBIDEM, pág. 74.
- (42) GÓMEZ LARA, CIPRIANO; op. Cit., pág. 134.
- (43) GOLDSCHMIDT, JAMES; "DERECHO PROCESAL CIVIL", Traducción al castellano de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, S.A., 1936, Barcelona, España, pág. 96
- (44) CARNELUTTI, FRANCESCO, "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, TOMO I", Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, Buenos Aires, Argentina, pág. 315.
- (45) ROCCO, UGO; "DERECHO PROCESAL CIVIL", Traducción de Felipe de J. Tena, Editorial Porrúa Hermanos y Cía., 1944, México, D.F., pág. 143.
- (46) IBIDEM, Pág. 144.
- (47) FLORIAN, EUGENIO; "ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", Traducción al castellano de Leonardo Prieto Castro, Editorial Bosch, 1934, Barcelona, España, pág. 172.
- (48) MANZINI, VICENZO; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO IV", Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1945, Buenos Aires, Argentina, pág. 43
- (49) LEONE, GIOVANNI; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL, TOMO I" Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, Buenos Aires, Argentina, pág. 113.
- (50) ALCALA ZAMORA, NICETO Y LEVENE (HIJO), RICARDO; "DERECHO PROCESAL PENAL TOMO II", Editorial Guillermo Kraft, 1967, Buenos Aires, Argentina, pág. 59 .

- (51) CLARIA OLMEDO, JORGE; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO I", Editorial Ediar, S.A., Buenos Aires, Argentina 1968, pág. 293.
- (52) ACERO, JULIO, op., cit., pág. 57
- (53) BORJA OSORNO, GUILLERMO; op. Cit., pág. 150
- (54) BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO; "EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO", 2ª edición, Editorial Trillas, S.A., 1982, México, D.F., pág. 39
- (55) IBIDEM, Pág. 40.
- (56) COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, op., cit., pág. 230.
- (57) CASTRO, JUVENTINO, op., cit., pág. 24.
- (58) IBIDEM, pág. 26.
- (59) FRANCO SODI, CARLOS; "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", Editado por los Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal, 1937, México, D.F., pág. 20.
- (60) GONZÁLEZ BLANCO, ALBERTO, "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", Editorial Porrúa, S.A., 1975, México, D.F., pág. 46.
- (61) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, op., cit., pág. 37.
- (62) PIÑA Y PALACIOS, JAVIER, op., cit., pág. 91.
- (63) IBIDEM, pág. 92.
- (64) RIVERA SILVA, MANUEL; "EL PROCEDIMIENTO PENAL", 23ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994, México, D.F., pág. 41.
- (65) IBIDEM, pág. 42.
- (66) GARCÍA RAMÍREZ SERGIO; CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", 4ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1983, México, D.F., pág. 187.
- (67) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, op., cit., pág. 40.
- (68) IBIDEM, pág. 40.
- (69) FRANCO SODI, CARLOS, op., cit., pág. 21.
- (70) FRANCO VILLA, JOSÉ, op., cit., pág. 96.
- (71) BORJA OSORNO, GUILLERMO, op., cit., pág. 113.
- (72) IBIDEM.
- (73) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, op., cit., pág. 41.
- (74) BORJA OSORNO, GUILLERMO, op., cit., pág. 118.

- (75) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, op., cit., pág. 188.
- (76) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, op., cit., pág. 149.
- (77) CASTELLANOS TENA, FERNANDO; "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 35ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994, México, D.F., pág. 149
- (78) MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL, "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", Editorial Trillas, S.A., 1986, México, D.F., pág. 148
- (79) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, op., cit., pág. 42
- (80) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, op., cit., pág. 109.
- (81) TOLOMES, citado por JUVENTINO V. CASTRO, op., cit., págs. 81-82
- (82) CASTRO, JUVENTINO V., op., cit., pág. 84.
- (83) IBIDEM, pág. 85.
- (84) BORJA OSORNO, GUILLERMO, op., cit., pág. 21.
- (85) CALAMANDRES, citado por JUVENTINO V. CASTRO, op., cit., pág. 86.
- (86) IBIDEM, pág. 87.
- (87) IBIDEM, pág. 88.
- (88) IBIDEM, pág. 89
- (89) IBIDEM, pág. 91,
- (90) IBIDEM, pág.

CAPÍTULO III

DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN MÉXICO.

1.- Generalidades.-

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

2.- De la preparación de la acción penal.

“El periodo de preparación de la acción penal, dice Manuel Rivera Silva, comienza en el momento en que la autoridad investigadora tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso o que aparentemente reviste tal característica y termina con la consignación”. (91)

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

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

“En la actualidad, señala el certero jurista, Rivera Silva, conforme lo señala el artículo 16 de la Constitución General de la República, sólo son aceptadas como instituciones que permiten el conocimiento del delito, la denuncia y la querrela o acusación, siendo de advertir, que el propio artículo no establece tres instituciones diferentes a saber: denuncia, querrela y acusación, si no exclusivamente dos: la denuncia y la querrela o acusación; querrela o acusación son términos que el Legislador usa en forma sinónima”. (92)

A) La denuncia.

“Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, dicen que la denuncia es la transmisión de un conocimiento, sobre determinado hecho, con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer), a la autoridad competente”. (93)

“César Augusto Osorio y Nieto señala, que la denuncia es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio”. (94)

“Por su parte Carlos M. Ornoz Santana, indica, que la denuncia es la relación de hechos que se consideran delictuosos ante el órgano investigador quien es el que inicia lo que se conocemos averiguación previa”. (95)

“Manuel Rivera Silva, por último dice, que la denuncia, es la relación de hechos que se consideran delictuosos ante el órgano investigador, con el fin de que éste tenga conocimiento de ello”. (96)

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

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

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

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

Rivera Silva, dice que en el fondo, la innovación establecida en el artículo 21 de la ley orgánica de la Procuraduría de Justicia, no quebrante el elemento de que la denuncia sea hecha ante el órgano investigador, pues la policía judicial, que depende del Ministerio Público,

únicamente es un receptor de la denuncia, teniendo la obligación de dar cuenta de inmediato al Ministerio Público, único órgano que por tener facultad de investigar los delitos para preparar el ejercicio de la acción penal, debe estar enterado de la denuncia. El autor continúa diciendo, que el artículo 116 del Código Federal de Procedimientos Penales, tampoco establece una excepción al principio que examinamos, pues si estatuye en casos de urgencia la denuncia puede presentarse ante cualquier funcionario o agente de la policía, con buena técnica jurídica, dice el autor, debe interpretarse que dicha denuncia no es de carácter procesal, sino la que el funcionario o agente de la policía, hace al dar conocimiento al Ministerio Público de ella.

“En resumen, termina diciendo Rivera Silva, la relación de actos delictuosos hecha ante cualquier autoridad, que no sea la investigadora, constituirá una denuncia desde el punto de vista vulgar, más no la denuncia jurídica procesal, la cual sigue siendo un medio para hacer conocer al Ministerio Público, la comisión de un hecho de presentarse ante él”. (97)

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

A pesar de lo afirmado, las reformas legislativas de carácter penal de los últimos años han dado como resultado que las declaraciones o confesiones hechas ante Policía Judicial no tengan valor probatorio alguno

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

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

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

Por otra parte, dice Rivera Silva, es notorio, que con absoluto desconocimiento de la esencia de la denuncia, el Legislador Federal, en el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, sostiene por sí misma no puede admitir apoderado, jurídicamente no se le podría estimar como tal, sino como denunciante, en virtud que la denuncia puede ser presentada por cualquier persona independientemente que sea sujeto pasivo del delito o de que pueda tener interés o no como particular en que se persiga el delito. En la reforma del 13 de enero de 1965, se hace más evidente el error señalado, cuando en el artículo 120 se establecía que sólo se admitirá apoderado para presentar denuncia “en el caso de personas morales que podrán actuar por conducto de apoderado general para pleitos y cobranzas”, pues aún en el caso de las personas morales el que se presenta a hacer del conocimiento del órgano investigador la comisión de un delito se persigue de oficio, es denunciante y no ha menester dada la esencia de

la denuncia, poder alguno para su comparecencia. Esto es válido para la situación que actualmente guarda la ley.

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

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

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

2.- Así pues, si el Legislador quiere que se denuncien los hechos delictivos de los cuales se tiene conocimiento, debe fijar una sanción para cuando no se ejecuta este acto, o sea, para cuando no se hace la denuncia.

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

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

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

PRIMERA.- Que en la antigua redacción del artículo 13 del ordenamiento legal invocado, señalaba que para ser participe en el delito se necesitaba el consentimiento previo o posterior a la comisión del mismo, por lo que cuando no había consentimiento no podía haber participado y por tanto, al faltar la pena, desaparecía la obligatoriedad de denunciar el hecho delictuoso del cual se tenía conocimiento, pero no existía consentimiento con el infractor.

SEGUNDA.- Las reformas del 13 de enero no altera los razonamientos hechos, manifiesta el autor en cita, porque en la fracción 7 del artículo 13 establece: “los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito”. Lo expuesto equivale a que si no hay esa promesa, el auxilio que algunos autores

quieran establecer en la no presentación de la denuncia, no lleva a la obligatoriedad de presentarla, pues no hay promesa en el que sólo se entere de la comisión del delito.

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

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

B) La Querella.-

1.- Concepto.

“Fernando Arilla Bas, dice que la querella es como la denuncia, la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público, por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga”. (98)

“Julio Acero, señala que la querella, es la queja que se presenta no por una tercera persona, sino directamente la ofendida por un delito o sus representantes”. (99)

“Briseño Sierra, define la querella, como una manifestación de voluntad, para que se castigue a un sujeto que ha cometido un daño en perjuicio del querellante”. (100)

“Cesar Augusto Osorio y Nieto, dice que la querella puede definirse como una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público toma conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa y en su caso ejercite la acción penal”. (101)

“Por último, Carlos Franco Sodi, señala, que es la manifestación hecha por el ofendido dando a conocer el delito y su interés de que persiga al delincuente”. (102)

De estas definiciones propuestas, consideramos que la más acertada, es la de Osorio y Nieto, porque amén, de meterse en problemas de carácter doctrinario, señala que es una manifestación de voluntad, sin considerar si se trata de un poder, o de un deber o de una obligación, etc. y por que así es una simple manifestación de voluntad del ofendido o representantes, con el objeto de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, pero lo más importante, es que se trata de un acto, “potestativo”, es decir donde hay margen del directamente ofendido para elegir si desea la persecución del presunto delincuente o no.

Por otra parte cabe mencionar, que es reprobable, la carencia de técnica jurídica, en autores como Arilla Bas y Acero. El primero de ellos, porque confunde la querella con la denuncia, pues se trata de dos institutos distintos, porque la denuncia, se aplicará siempre en delitos perseguibles de oficio y la querella a solicitud de parte interesada. Dice además que debe expresarse la voluntad de que se persiga; en lo personal considero absurdo que alguien relate hechos presuntamente constitutivos de delitos al representante social, sin voluntad de que se persigan.

Por lo que respecta a Julio Acero, omite señalar ante quien se presenta la queja y en que consiste la misma.

2.- Naturaleza Jurídica de la Querella.

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

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

“Marco Antonio Díaz de León, dice, que es inaceptable, esta teoría, pues la existencia o no del delito no depende de la querella, ni esta pertenece al delito, los elementos que conocemos del delito en la doctrina, son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; como podrá ver el lector en ninguno de estos elementos aparece la querella.

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

“Ernest Beling, define las condiciones objetivas de punibilidad, como, ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposibilidad, como, ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tiene carácter de punibilidad. Beling continúa diciendo, que las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad, se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo del delito, en que aquellas no son circunstancias que pertenecen al tipo, por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se les suele denominar frecuentemente, condiciones objetivas extrínsecas”. (103)

“Por su parte, Angel Martínez Pineda, señala, que las condiciones objetivas de punibilidad son todos aquellos presupuestos de la pena, que no quedan captados por la culpabilidad del agente o bien aquellas exigencias que el Legislador establece en forma ocasional, para la aplicación de la pena”. (104)

Otra ejemplificación correctiva dice el autor Martínez Pineda, se encuentra en el delito de homicidio, en el que opera la circunstancia, de que la muerte acontezca dentro de los sesenta días, contados a partir de la fecha en que fue lesionada la persona. Por consiguiente, cuando en la conducta concreta, falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse. En el abuso de confianza, continúa el autor, para que sea punible se necesita una acción de disposición de una cosa ajena, mueble en perjuicio de otro y a pesar de que se haya procedido con dolo, con “Animus Lucrandi”, no puede el Ministerio Público ejercitar acción penal, si el perjudicado no se querrela.

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

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

“Marco Antonio Díaz de León, dice que esta teoría debe descartarse, pues la querrela no prejuzga sobre la punibilidad o culpabilidad del infractor, ya que sólo es presupuesto del ejercicio de la acción penal”. (105)

Nosotros apoyamos las ideas expuestas por los dos maestros, Martínez Pineda y Díaz de León, en el sentido de que la querella, en ningún momento debe prejuzgar, sobre la punibilidad del infractor, como ya lo señaló Díaz de León, se trata de un simple requisito de procedibilidad, entendiendo por esto, como el requisito “Sine quo non”, para que la acción pueda ejercitarse por su titular, el Ministerio Público.

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

“Angel Martínez Pineda, dice, que es evidente que la querella no es elemento integrante del delito, ni es una condición objetiva de punibilidad, aunque también es evidente que sin querella no habrá acción. En consecuencia señala el autor, podemos decir que la querella no es una relación de derecho sustantivo, sino una institución de orden procesal, siendo éste su ámbito adecuado, pero entonces ¿qué es la querella? Y contesta el propio autor, es una condición de procedibilidad, supuesto impostergable, para que el órgano de acusación, esté en condiciones de ejercitar la acción penal”. (106)

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

“Díaz de León, por su parte, entiende la condición de procedibilidad, en el sentido de que el Ministerio Público, sin la querella, no puede ejercitar la acción penal y sin que por ello éste llegue a perder su carácter público, ni que se contradiga al principio monopolizador de su ejercicio atribuido al órgano acusatorio”. (107)

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

3.- Delito perseguible por querrela.

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

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

fiscales, violación o rompimiento de sellos o marcas fiscales, resistencia, comercio clandestino y defraudación.

4.- Personas facultadas normativamente para formular querella.

Puede formular la querella, según el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el D.F., cualquier ofendido por el ilícito aún cuando sea menor de edad, en cuanto a los incapaces, puede presentar la querella, los ascendientes, hermanos o representantes legales.

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

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

5.- Forma de la querella.

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

“Osorio y Nieto, basado en tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dice que para tener por formulada la querella, no es necesario el empleo de frase específica alguna, bastado que de la manifestación del ofendido, se desprenda sin duda alguna, el deseo de que se enderece la acción penal en contra de determinada persona por hechos concretos”. (108)

6.- Querrela respecto de menores.

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

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

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

En este supuesto señala Osorio y Nieto, deberá atenderse a la voluntad del menor, toda vez que el titular del derecho es el propio menor y si bien el Estado no tiene un interés directo en la persecución del delito o lo margina en función de la voluntad del interesado, basta que el Ministerio Público como representante social inicie la actividad investigadora.

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

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

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

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

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

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

7.- Extinción del derecho de querrela.

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

a) Muerte del agraviado: en virtud de que el derecho para querellarse corresponde al agraviado, la muerte de éste lo extingue siempre y cuando no se haya ejercitado, pues si se ejercitó y la muerte del ofendido, ocurre durante la averiguación previa o en la instrucción del proceso, porque ya satisfecho el requisito de procedibilidad, se ha borrado el obstáculo para que el Ministerio Público cumpla su función de perseguir el delito.

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

b) El perdón del ofendido: “el perdón, dice Colín Sánchez, es el acto a través del cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial, manifiestan ante la autoridad correspondiente que no desean se persiga a quien lo cometió”. (109)

Para estos fines, bastará que así lo manifiesten, sin que sea necesaria la explicación de el por qué de su determinación. En la práctica, cuando esto ocurre, generalmente los ofendidos manifiestan que se desisten de la querrela, “por convenir así a sus intereses”.

Están facultados para otorgar el perdón:

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

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

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

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

Por lo que concierne a los efectos del desistimiento, esto produce como efecto principal la cesación de la intervención de toda autoridad, en consecuencia, presentado durante la averiguación previa o en el curso de la instrucción procesal y una vez satisfechos los requisitos legales, al dictarse la resolución respectiva, produce efectos plenos, de tal forma, que no existirá posibilidad de interponer nuevamente la queja por los mismos hechos y en contra de la misma persona.

C) Prescripción.

La prescripción extingue el derecho de querrela:

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

D) Muerte del ofensor.

La muerte del ofensor también extingue el derecho de querrela por falta del objeto y finalidad; y puede darse durante la averiguación previa, en la instrucción o aún en la ejecución de sentencia.

DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN MÉXICO.-

A) Momento procesal al que corresponde el ejercicio de la acción penal.

En la doctrina, dice García Ramírez, habida cuenta de características del enjuiciamiento mixto, se suele plantear el problema del momento procesal al que corresponde el ejercicio de la acción: si al instante en que se inicia el sumario o instrucción, o al tiempo en que se pone en marcha el plenario, concretándose la acusación por hechos determinados y frente a personas bien identificadas.

En nuestro derecho, dice García Ramírez, que Franco Sodi, Rivera Silva y Colín Sánchez, entienden que son sinónimos los actos de ejercitar la acción penal y de consignar, de donde resultaría que la consignación con la que se promueve el periodo instructorio, es el primer acto de ejercicio de la acción penal. En igual sentido se pronuncia González Bustamante,

quien sin embargo, distingue entre el ejercicio de la acción penal en abstracto, que se da durante el periodo instructorio y el ejercicio de la acción penal concreto, que se lleva a cabo en las conclusiones acusatorias cuando el Ministerio Público cuenta ya con pruebas suficientes para ello.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha optado también por esta dirección, al entender que la consignación es lo que caracteriza el ejercicio de la acción penal y que basta que el Ministerio Público promueva la incoacción de un proceso para que se tenga por ejercitada la acción penal.

“García Ramírez, indica que no hay duda, de que la acción se pone en marcha, cuando se consigna, esto es dice el autor, consignar y ejercitar la acción equivale en pocas palabras a lo mismo”. (110)

Por nuestra parte, apoyamos las ideas expuestas por todos los autores citados en este inciso, y más aún que se corrobora con la jurisprudencia de la corte, al señalar que la consignación es lo que caracteriza el ejercicio de la acción, así pues equivale a lo mismo.

“JURISPRUDENCIA”.

“La Consignación caracteriza el ejercicio de la acción penal (quinta época, tomo XXVII, página 2002, Martínez Inocente)”. (111)

B) De la Consignación.

a) Concepto.

“José Franco Villa, dice que la consignación de la averiguación previa es la determinación del Ministerio Público, a través de la cual ejercita la acción penal ante los tribunales, teniendo como presupuesto la comprobación del cuerpo del delito y la probable

responsabilidad del inculpado, para que se aplique la ley a caso concreto y resuelvan si hay fundamento o no para seguir un proceso en su contra". (112)

"Colín Sánchez, señala que la consignación es el acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo a disposición del juez las diligencias o indiciado en su caso, iniciando con ello el proceso penal judicial". (113)

"Carlos Franco Sodi, por su parte, indica, que el ejercicio de la acción penal, es una actividad del Ministerio Público, encaminada a cumplir su función y a poner en aptitud al órgano jurisdiccional, para realizar la suya. El primer acto de esta actividad, propiamente hablando, es la consignación". (114)

"Por último Osorio y Nieto, dice, que la consignación es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria que se efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado, en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa en su caso". (115)

Todas las definiciones aquí planteadas contienen elementos de verdad, y son coincidencias en lo esencial.

En un torpe intento de resumir las ideas recopiladas podemos concluir que aunque pudiera pensarse que ejercicio de la acción penal y consignación no son lo mismo, el primero implica al segundo, al grado de que no se puede concluir de manera válida otra cosa.

La relación procesal trilateral se perfecciona una vez que el órgano jurisdiccional emitió el auto de formal prisión o de sujeción al proceso.

El Ministerio Público, ha terminado su averiguación previa y como resultado de la misma concluye, que en el caso en cuestión, se encuentran satisfechos los requisitos señalados en el artículo 16 Constitucional, esto es, que ya ha mediado denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley castiga con pena privativa de libertad y que estén acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Cabe señalar que el Código de Procedimientos Penales para el D.F., y el Federal, contienen disposiciones al respecto, el primero reunidas en un capítulo llamado “consignación ante los tribunales, el segundo, que precisan la actividad que deben desplegar el órgano de la acción penal. Esta actividad expresada en la jerga judicial, se reduce por lo pronto a “hacer la consignación correspondiente”, o dicho en otros términos a ejercitar la acción penal.

b) Problemas que la consignación plantea.

La consignación de la averiguación previa a los tribunales, pone en movimiento toda actividad procesal, pues se trata de un acto procedimental de suma importancia en el procedimiento penal, que requiere un detenido estudio sobre los problemas que ésta plantea, tales como: ¿Cómo debe hacerse la consignación? ¿tiene alguna formalidad especial? ¿qué exigencias debe llenar? ¿qué cuestiones surgen en la consignación con detenido y sin detenido?.

La resolución de consignación, dice Franco Villa, se formulará por escrito, expresando el lugar y fecha en que se pronuncie; los nombres y apellidos del indiciado en resumen de los hechos delictuosos denunciados y relación de pruebas desahogadas, las consideraciones legales que funden y motiven la comprobación del cuerpo del delito y probable responsabilidad del inculcado, los artículos de la ley que apoyan la resolución de que se trata y las proposiciones concretas en las cuales se menciona, que se consigna ante el juez competente la averiguación previa, que se ejercita acción penal en contra del probable responsable por el delito que se menciona en la misma y se solicitará al juez del conocimiento libre orden de aprehensión o comparecencia, pidiéndole que inicie el procedimiento judicial correspondiente, le da al Ministerio Público la intervención que a su representación compete; resolviendo, en su caso, sobre la situación jurídica de detenidos, objetos o instrumentos del delito, la designación de

la autoridad que la dicte, los testigos con quien actúe y los demás puntos resolutivos que resulten, procedentes conforme a la ley.

c) Forma y contenido de la consignación.

“Franco Sodi, dice que formalidad en el sentido de solemnidad especial, no requiere la consignación en virtud de que ni la Constitución General de la República, ni las leyes orgánicas correspondientes, ni los Códigos de Procedimientos Penales señalan requisitos judiciales, solemnidades o formas expresas a que deba sujetarse el Ministerio Público invariablemente y cuya inobservancia tuviera como resultado, por ejemplo, la nulidad de la consignación”. (116)

“El autor citado, dice que el apéndice del Semanario Judicial, transcribe la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, íntegramente contenida en el tomo III; página 1402 del Semanario:

Ninguna ley, establece una solemnidad especial para formular la acción penal, basta con que el Ministerio Público, promueva la incoacción, de un proceso, para que se tenga por ejercitada la acción penal relativa, tanto más cuanto que el exceso de trabajo de los tribunales penales, no aconsejarían ni permitiría juzgar con un criterio muy riguroso la forma de esa promoción, bastado, para los fines de un procedimiento regular con que exista el procedimiento respectivo. (Amparo, Carrasco García Marina)”. (117)

No requiere por lo tanto, la consignación formalidad especial y previamente determinada, termina diciendo el ilustre Franco Sodi.

Pero si no requiere formalidad alguna la consignación, entonces ¿cuál será su contenido?, Franco Sodi, con la claridad que lo caracteriza, indica, que si el Ministerio Público, envía al juez competente las diligencias que practicó durante la averiguación previa, diciendo tan sólo: “ahí tiene estas actuaciones, resuelve conforme a derecho”; propiamente hablando no ha ejercitado la acción penal; su consignación realizada en tal forma aparentemente autorizada, pues

como se indicó, no se requiere legalmente formado, de donde resulta indispensable saber en que consiste esta.

La acción penal, dice Franco Sodi, surge de un delito, son sus presupuestos precisamente delito y delincuente, por lo mismo su ejercicio debe en todo momento, desde el principio hasta el fin, desde al consignación, hasta las conclusiones, referirse a quienes la originaron. De esto resultas que el Ministerio Público, al consignar tiene la obligación de manifestar a quien consigna y por que consigna, es decir debe de expresar, los nombres del delincuente y del delito que motivan el ejercicio de la acción penal.

El autor citado, señala, que aquí aparece un serio y gravísimo problema que se presenta a cada paso durante el procedimiento penal; ¿al determinar el Ministerio Público, en su consignación el delito por el que se ejercita la acción penal en contra de determinada persona, se obliga a no modificar la clasificación del hecho delictuoso?; y dice el autor, expresaré con un ejemplo el problema, para entender mejor su solución.

El Ministerio Público, debe “consignar”, es decir, ejercitar la acción penal precisando el delito y la persona a quien se le imputa.

Franco Sodi, dice supongamos que se imputa el delito de robo a fulano de tal y en dichos términos se consigna. Más sucede que al vencerse el término Constitucional de 72 horas, con las nuevas pruebas aportadas se ha podido determinar que el hecho mismo por el que ejercitó la acción penal no constituye un robo, sino un abuso de confianza, la pregunta obligada es: ¿puede el Ministerio Público variar la clasificación?.

Se ejercitó la acción penal por robo, delito diverso del abuso de confianza; por lo tanto pueden concluirse que no se puede variar la clasificación, ya que no se ha ejercitado la acción penal por este último delito.

Más tal conclusión es falsa, señala Franco Sodi; el Ministerio Público, si puede variar la clasificación entre tanto no modifique que los hechos que motivaron el nacimiento a la acción penal, un hecho delictuoso real, existe en el mundo exterior, puesto que se ejecutó; no surge aquel la acción del nombre que se da al hecho sino del hecho. El Ministerio Público imputa hechos delictuosos no nombres de delitos. Por falta de elementos, por error técnico, por negligencia o por lo que quiera, el Ministerio Público pudo haberse equivocado al designar el hecho punible, por lo tanto posteriormente puede rectificarse y decir que el hecho, es siempre el mismo hecho, por lo cual ejercita la acción penal, va a llamarlo en lo sucesivo abuso de confianza, en vez de robo, sin que esto implique el abandono de la acción penal ejercitada por este último delito y una nueva consignación por el primero.

En concreto puede afirmarse, que la consignación, se hace por hechos delictuosos, dice el profesor Franco y que estos más las personas a quienes se imputa representan los contenidos indispensables de la propia consignación.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo, con el pensamiento del maestro Franco Sodi, en el sentido de que el Ministerio Público lo que consigna son hechos delictuosos y no nombres de delitos y que la clasificación es lo de menos, siempre y cuando no se modifiquen los hechos.

“JURISPRUDENCIA”

Para que la clasificación del delito por el cual se dictó el auto de formal prisión puede variarse en la sentencia, es requisito indispensable, que se trate de los mismos hechos delictuosos (Quinta Epoca; Tomo XXVII, Pág. 831, Salazar Gregorio Tomo XXVII Pág. 921, Lestegast Pérez Ernesto Tomo XXVII, Pág. 2698, Navarro Efrén Carlos, Tomo XXVII Pág. 2698, Rivera Trejo Pablo, Tomo XXVIII, Pág. 275, Hurtado Aurelia y Coag.)”. (118)

En cuanto al contenido y por último, es necesario señalar las bases legales para realizar la consignación; las cuales son:

Las del Orden Constitucional, los Artículos 16 y 21 Constitucionales; el Artículo 16 respecto a los requisitos para el ejercicio de la acción penal y el Artículo 21, por lo que se refiere a las atribuciones del Ministerio Público para ejercitar la acción penal; además, Osorio y Nieto, dice que conforme a cada caso concreto, se invocarán los Artículos del Código Penal para el D.F., en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal y los artículos del Código de Procedimientos Penales para el D.F., o Federal en su caso que sean aplicables en lo particular. También es fundamento de la consignación en materia de orden común, el artículo 1º. Fracción V, de la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del D.F., el cual señala, que corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal.

d) La consignación con detenido y sin detenido;

Aunque en la parte respectiva al contenido de la consignación, se hizo mención a este aspecto, consideramos prudente, abundar más sobre el tema, en virtud de constituir un aspecto importante en el procedimiento mexicano, toda vez que los ciudadanos, no saben, cuando se les ha aplicado una detención conforme a derecho.

Así que empezaremos, por señalar, que cuando la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena corporal, va acompañada del pedimento de orden aprehensión. Si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de orden de comparecencia.

Tratándose de la consignación con detenido, se pondrá al indiciado a disposición del juez en la cárcel preventiva, remitiéndole la comunicación respectiva con las diligencias.

Colín Sánchez, señala que es importante hacer notar que el Código de Procedimientos Penales para el D.F., en el artículo 4º., indica que: “cuando del acta de policía judicial, no aparezca la detención de persona alguna, el Ministerio Público, practicará o pedirá a

la autoridad judicial, que se practiquen todas aquellas diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para la detención.

“Carlos Franco Sodi, al respecto dice: que desgraciadamente en esta disposición se faculta al Ministerio Público, para solicitar de los jueces que practiquen diligencias de averiguación en auxilio del órgano de la acción penal, lo que menoscaba su responsabilidad, convirtiéndolos en amanuenses de una autoridad administrativa, contraria a la naturaleza de la averiguación previa, que es función exclusiva del Ministerio Público y por último da un carácter híbrido al proceso, contrariando el texto del artículo 21 Constitucional, que previene como función única del juez la aplicación de la ley y no la persecución del delito, que ha dejado privativamente en manos del Ministerio Público”. (119)

“Rafael Pérez Palma, critica el precepto señalado, diciendo al respecto, que si la misión del Ministerio Público, es averiguar sobre la posible comisión de un delito; pues que lo investigue, ya que esa es su misión y una vez que lo haya logrado que consigne y pida la imposición de la pena correspondiente, pero no antes porque ello equivaldría a que la autoridad judicial colaborara con el Ministerio Público, en la averiguación de los delitos o en otras palabras a que se volviera a los sistemas anteriores a la expedición de la Constitución de 1917”. (120)

“Jorge Obregón Heredia, interpreta al precepto señalado diciendo, que debe limitarse en el sentido de que el Ministerio Público, sólo pedirá al órgano jurisdiccional que practique aquellas diligencias en que no tiene autoridad para realizarlas por ser necesaria la orden del juez, como acontece en los casos concretos de cateo y visita domiciliaria”. (121)

“Colín Sánchez, señala, que si el artículo de referencia se interpreta, sin meditar su verdadera razón de ser, tal crítica la consideraríamos justa, pero que a su entender, no debe confundirse su verdadero espíritu con el abuso que el mismo se hace en la práctica. Es indudable, dice el autor, que en muchas ocasiones, la averiguación previa, no puede integrarse, porque quizá sea necesario practicar diligencias que sólo es posible realizar por medio de la autoridad judicial, por ejemplo, el cateo, la expedición de exhortos, alguna petición de extradición etc.; y en esas

condiciones, con lo establecido en el artículo 4º., la situación se resuelve, porque el Ministerio Público, ni aún en averiguación del delito, puede llevarse a cabo. Pero tal precepto sirve para que el órgano de la investigación, en muchas ocasiones, se escude en él, para disfrazar ineptitud, pereza, compromisos políticos, consignas, toda clase de inmoralidades etc., y envíe la averiguación incompleta al juez, para que sea este funcionario quien lo sustituya en una función que debería cumplir aquél".(122)

Por nuestra parte, apoyamos la idea expuesta por el maestro Colín Sánchez, en el sentido, de que el artículo 4º., del Código de Procedimientos Penales para el D.F., constituye un apoyo, para el Ministerio Público, con facultades que sólo son del juez, tales como órdenes de cateo, visitas domiciliarias, etc., pero también consideramos, el vicio en que podría constituirse este precepto, fomentando la pereza e ineptitud e inmoralidad de algunos agentes del Ministerio Público.

e) La consignación y los órganos jurisdiccionales.

Determinados ya concepto, contenido y formalidades de la consignación, es preciso saber ante quien debe el Ministerio Público ejercitar la acción penal.

El problema, dice Franco Sodi, puede plantearse en los siguientes términos: ¿a qué tribunal o juez debe consignar el Ministerio Público? Todo Tribunal o juez es un órgano jurisdiccional y como tal, tiene ciertas limitaciones subjetivas y objetivas, limitaciones que determinan su capacidad para conocer de determinados casos y su incapacidad para conocer de otros, plantéase pues el primer problema al órgano de la acción penal. ¿Ante quién va a ejercitarla?; estas limitaciones subjetivas y objetivas del órgano jurisdiccional, le impiden cumplir su función aplicadora de la ley penal en determinadas circunstancias, por lo tanto dice Franco Sodi, el Ministerio Público que persigue precisamente la aplicación o concreción de la ley penal, empezará por cuidar que el juez o tribunal al que consigne determinado asunto esté jurídicamente capacitado para resolverlo.

Precisa entonces recordar, los límites objetivos y subjetivos, de la capacidad del órgano jurisdiccional y preguntarse, si el Ministerio Público deberá tomar en cuenta ambas limitaciones o una sola de ellas para saber ante quien, en un caso dado va a ejercitar la acción penal.

Así es que empezaré, señala el autor citado, por distinguir si se trata de un hecho que debe ser conocido por un órgano jurisdiccional ordinario común o un ordinario especial.

En el primer caso, es necesario recordar, que el órgano jurisdiccional ordinario común está capacitado para conocer de aquellos delitos que o quedan comprendidas dentro de una jurisdicción especial y en el segundo, es decir en lo referente a órganos jurisdiccionales especiales, es necesario también recordar, que son los que conocen de determinados asuntos en razón de la calidad del acusado, naturaleza especial del delito o condiciones particulares del lugar en que éste se ejecutó.

Estas circunstancias que determinan la existencia de diversas jurisdicciones ordinarias, dan lugar a diferentes Ministerios Públicos que ante ella ejercitan la acción penal. Así para la jurisdicción ordinaria común del D.F., tenemos el Ministerio Público del fuero común, y para las jurisdicciones ordinarias especiales, federal y militar, existen los Ministerios Públicos correspondientes.

Por tanto cada Ministerio Público, principiará por ejercitar la acción penal ante los órganos jurisdiccionales a los que corresponda.

Más así limitadas las jurisdicciones, sigue en pié el problema planteado en un principio, señala Franco Sodi.

Existen en el D.F., jueces mixtos de paz y jueces de primera instancia: de estos órganos jurisdiccionales, ordinarios comunes, ¿ante quien va a ejercitar su acción el Ministerio Público? todos ellos tienen, como se indicó antes una limitación objetiva y subjetiva de su

capacidad. Con relación a esta doble limitación que tienen, es necesario volver a preguntar, dice Franco Sodi si realmente: ¿debe el Ministerio Público inquirir a propósito de ambas o tan sólo de una de ellas?

La capacidad subjetiva del juez, siguiendo a Florian, presenta dos aspectos: uno abstracto y otro concreto. El primero se refiere a que el juez como tal esté legalmente capacitado para ejercitar su función y el segundo, concreto, consiste en que el propio juez no tenga un impedimento especial que lo imposibilite para conocer de un caso particular.

Es conveniente, ahora inquirir si el Ministerio Público, debe tomar en consideración tal capacidad subjetiva concreta y abstracta en el momento en que va a ejercitar la acción penal.

El primer aspecto será pues saber: si el Ministerio Público debe incurrir sobre la capacidad subjetiva en abstracto del órgano jurisdiccional, como esta capacidad se refiere a que el juez al ser designado haya satisfecho las exigencias que para ser tal juez señala la ley, si el Ministerio Público al ejercitar la acción penal indaga sobre ella, estaría juzgando sobre la legitimidad o ilegitimidad del órgano jurisdiccional de que se trate, lo que es completamente ajeno a su función. Por lo tanto, al consignar no debe inquirir sobre la capacidad subjetiva en abstracto del juez, concluye Franco Sodi; pero la pregunta es ahora: ¿lo hará con la concreta?

El juez puede tener un motivo especial que lo imposibilite para cumplir su función de determinado caso; este motivo que lo hará incapaz en concreto, no puede ser más que uno de los comprendidos entre las causas de excusa o recusación expresamente señalados por los códigos procesales.

Estas causas que determinan la capacidad en concreto del órgano jurisdiccional imponen a éste la obligación de excusarse y dan al interesado el derecho de recusar; pero no imponen al Ministerio Público la obligación de analizar o preguntarse, al consignar, si el juez tiene alguna de ellas. El Ministerio Público pues nada debe hacer, cuando va a ejercitar su acción con relación a la capacidad subjetiva del juez o tribunal ante quien va a ejercitarla, concluye Franco Sodi.

Resta el aspecto objetivo de la propia capacidad del órgano jurisdiccional. La capacidad objetiva, se refiere, como ya se dijo, a los límites externos de aquélla, límites que se encuentran normados en el D.F.: primero por la gravedad del delito y cantidad y cantidad de la pena, es decir por lo material; segundo por el lugar en que se ejecuta el hecho delictuoso; y tercero por motivos de conexidad. En resumen: la capacidad objetiva constituye la competencia. ¿Debe el Ministerio Público ejercitar su acción ante juez competente?

El Código Federal de Procedimientos Penales, en el capítulo I, de su título primero, en relación con los artículos 473 y 479, contienen una serie de normas sobre la competencia; y el Código de Procedimientos Penales para el D.F., en su capítulo II del título primero, específicamente los artículos 10º y 11º.

Los Códigos de Procedimientos Penales mencionados, no contienen ninguna disposición expresa, en el sentido, de que el Ministerio Público deba consignar al tribunal competente y por lo que toca a las leyes orgánicas de ambas Procuradurías, cabe señalar en lo federal, la referencia que hace, en cuanto a la persecución de los delitos, ante los órganos jurisdiccionales, conforme a su competencia, tal como lo estatuye, el artículo 7º fracción segunda; y en el ámbito local, le corresponde ejercitar la acción penal, ante los tribunales competentes, por delitos de orden común (artículo 3º V, fracción primera), poniendo a disposición de la autoridad competente, sin demora, a las personas detenidas en casos de flagrante delito o de urgencia, de conformidad con el artículo 16 Constitucional. Sin embargo, señala Franco Sodi, de multitud de disposiciones contenidas en las leyes y códigos mencionados, puede inferirse sin titubeos, que el órgano de la acción penal, debe iniciar el ejercicio de ésta precisamente ante el juez o tribunal competente para aplicar la ley en caso concreto e igual conclusión puede desprenderse del artículo 16 Constitucional.

Pero además de poder citar multitud de disposiciones legales permitan derivar, la necesidad de consignar, un asunto penal precisamente al órgano jurisdiccional capaz, objetivamente, para conocerlo, la más elemental lógica jurídica impone idéntica afirmación. Si la

ley crea la competencia con fines de expeditar la administración de justicia, dice Franco Sodi, debe el Ministerio Público, autoridad que se mueve dentro de la ley, respetar éste y obedecer la competencia ejercitando su acción penal ante el tribunal correspondiente.

¿Más hasta qué punto la consignación del Ministerio Público obliga al juez?, se pregunta el autor citado y al respecto señala, que como regla general, el juez que se cree incompetente no debe conocer del asunto que considera fuera de su jurisdicción y por lo mismo al recibirlo de manos del Ministerio Público, precisa que desde luego se declare incompetente; pero si no sólo se les consignan diligencias, sino además a un detenido, entonces la garantía que disfruta éste, de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución General de la República, imponen al juez la obligación de resolver dentro del término de 72 horas, la formal prisión o libertad de aquella persona; reservándose para después la cuestión de la competencia.

Finalmente pudiera presentarse, la situación de que juez y Ministerio Público, considerarán un asunto de la competencia del primero y aclarar posteriormente que no es así, entonces, subsiste el recurso para el juez de declararse incompetente y para el Ministerio Público, mediante incidente.

GLOSARIO DE CITAS (Capítulo III)

- (91) RIVERA SILVA, MANUEL, op., cit., pág. 95 .
- (92) IBIDEM, pág. 96.
- (93) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO Y VICTORIA ADATO DE IBARRA; "PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO", 7ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1993, México, D.F., pág. 23.
- (94) OSORIO Y NIETO, CÉSAR AGUSUTO; "LA AVERIGUACIÓN PREVIA", 7ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994, México, D.F., pág. 409.
- (95) ORNOZ SANTANA, CARLOS M., "MANUAL DE DERECHOPROCESAL PENAL", 2ª edición Cárdenas Editor, 1983, México, D.F., pág. 233
- (96) RIVERA SILVA, MANUEL, op. Cit., pág. 96.
- (97) IBIDEM, pág. 97.
- (98) ARILLA BAS, FERNANDO; "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO", 9ª edición, Editorial Kratos, S.A., DE C.V., 1984, México, D.F., pág. 53.
- (99) ACERO, JULIO, op., cit., pág. 88.
- (100) BRISFÑO SIERRA, HUMBERTO, op., cit., pág. 39.
- (101) OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO, op., cit., pág. 22.
- (102) FRANCO SODI, CARLOS, op., cit., pág. 23.
- (103) BEIJNG ERNEST, CITADO POR ANGEL MARTÍNEZ PINEDA"ESTRUCTURA Y VALORACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL", Editorial Azteca, S.A., México, D.F., 1968, pág. 79.
- (104) IBIDEM, pág. 70.
- (105) DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO; "TEORÍA DE LA ACCIÓN PENAL", Editorial Textos Universitarios, S.A., de Manuel Porrúa, S.A., 1974, México, D.F., pág. 202.
- (106) MARTÍNEZ PINEDA, ANGEL; "ESTRUCTURA Y VALORACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL", Editorial Azteca, S.A., 1968, México, D.F., pág. 71.
- (107) DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, op., cit., pág. 203.
- (108) OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO, op., cit., pág. 23.

- (109) COLÍN SÁNCHEZ, GUILERMO, *op., cit.*, pág. 251.
- (110) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *op., cit.*, pag. 205.
- (111) APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917 a 1965, DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2ª parte, Primera Sala, Imprenta Murguía, S.A., México, D.F., 1965, pág. 2002.
- (112) FRANCO VILLA, JOSÉ, *op., cit.*, pág. 239.
- (113) COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, *op., cit.*, pág. 262.
- (114) FRANCO SODI, CARLOS; *op., cit.*, pág. 174.
- (115) OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO, *op., cit.*, pág. 415.
- (116) FRANCO SODI, CARLOS, *op., cit.*, pág. 174.
- (117) IBIDEM, pág. 173.
- (118) APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917 A 1965, del SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *op., cit.*, pág. 214.
- (119) FRANCO SODI, CARLOS, "CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D.F. Y TERRITORIOS FEDERALES: COMENTADO", 2ª edición, Ediciones Botas, 1960, México, D.F., pág. 15.
- (120) PÉREZ PALMA, "GUÍA DE DERECHO PROCESAL PENAL", 2ª edición, Cárdenas Editor, 1975, México, D.F., pág. 33.
- (121) OBREGÓN Y HEREDIA, JORGE; "CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D.F., COMENTADO", Editorial Obregón y Heredia, S.A, 1981, México, D.F., pág. 30 .
- (122) COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, *op., cit.*, pág. 264.

CAPÍTULO IV

EL AMPARO CONTRA EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

El ilustre constitucionalista Don José María Lozano, en elocuentes palabras del juicio de amparo dijo: "Nada hay más respetable y grandioso, que el juicio de amparo, nada más importante que esta institución en que la justicia federal, sin el aparato de la fuerza, modestamente por medio de un simple auto, armada del poder moral que la constitución le confiere, en nombre de la soberanía nacional, hace prevalecer el derecho individual, el derecho del hombre más obscuro, contra el poder del mismo de la Ley, siempre que éste o un acto de aquél, vulneren los derechos del hombre" (123)

El juicio de amparo, legado de dos insignes juristas, Don Manuel Cresencio Rejón y Don Mariano Otero, es, hoy por hoy, el noble medio de control que garantiza la defensa de la Constitución.

Si el Ministerio Público es el órgano a quien se le confirió la misión constitucional de perseguir los delitos, como atribución exclusiva, y por tanto monopólica, vale recordar: ¿A quién ofende el delito?. En la evolución del derecho penal se formulan concepciones que fueron cambiando con el tiempo desde la venganza divina, la venganza privada, la composición y la moderna concepción en la que se afirma que el delito lesiona a la sociedad; por lo tanto, la sociedad está interesada en todo aquello que afecte sus bienes o vulnere las condiciones fundamentales de convivencia social. De ahí que la consecuencia de la lesión de los valores más altos de la sociedad, sea precisamente la pena, con características aflictivas y retributivas, más que preparatorias.

En estas condiciones, el delito será un hecho humano que afecta las condiciones de convivencia de una sociedad, luego, con Bettiol (124), podemos afirmar que el estado será siempre y primordialmente el sujeto pasivo de todo delito.

Reconocida así la forma en que la sociedad es lesionada en sus intereses, surge la necesidad de defenderlos; el Estado crea entonces un órgano específico, con poder para representarlo y protegerlos. Y en nuestro país, sabiamente el constituyente de 1917 otorgó tal misión al Ministerio Público, al conferirle la atribución exclusiva de perseguir delitos.

Ahora bien, si el artículo 21 Constitucional confiere al Ministerio Público la facultad de perseguir los delitos, entendiendo por eso la facultad de investigar, en una etapa preliminar, los hechos probablemente constitutivos de delito, y en uso de esa facultad, bajo la consideración de que se ha cometido una transgresión, la somete a la potestad de los órganos jurisdiccionales, en un acto culminatorio de su fase investigadora, denominado por la ley procesal, el ejercicio de la acción penal, es sin duda esta facultad la *ratio essendi* de su existencia. Y si esto es así, significa entonces que la abstención de su ejercicio está comprendida en esa facultad original, cuando fundada y razonadamente considera que no existe motivo para ejercitarla.

LA IMPUGNACIÓN DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

A mi juicio, la impugnación de las resoluciones del no ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, incorporada a la norma constitucional con la reforma de 1994, constituye un verdadero parteaguas en el sistema jurídico mexicano.

En efecto, como es bien sabido, antes de la reforma del 94, prevaleció el criterio reiterado de nuestro máximo Tribunal, a través de jurisprudencia definida y ejecutorias diversas; tal criterio quedó establecido como sigue:

“Conforme al artículo 21 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal, compete exclusivamente al Ministerio Público, como de representante de la sociedad, y no a los particulares. De esto se deduce que esta acción no está ni puede estar comprendida en el patrimonio de estos, ni constituye un derecho privado de los mismos. En tal virtud, la procedencia del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Público, aun en el supuesto de que sea susceptible de juzgarse indebida, lesionaría, en último caso, el derecho social de perseguir los delitos lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría materia para una controversia constitucional; pues de establecerse lo contrario, es decir, de concederse el amparo, este tendría por objeto obligar a la autoridad responsable a ejercer la acción penal, lo cual equivaldría a dejar al arbitrio

de los Tribunales de la Federación, la persecución de los delitos, cosa que no está dentro de sus facultades". (125)

A este particular es de señalarse que en esta etapa, anterior a la reforma, en foros académicos políticos y judiciales, se habían levantado voces clamando por que se sometiera al control constitucional el acto del Ministerio Público de abstención del ejercicio de la acción penal. Variados fueron los argumentos: acabar con la impunidad, no propiciar más la corrupción, acabar con la excepción, fortalecer el estado de derecho, etc.

Se llegó a decir que el constituyente de 1917, sin proponérselo, había creado un monstruo al que le confirió la facultad de perseguir los delitos y que sin embargo no sometió del todo al control constitucional, específicamente en sus actos de abstención del ejercicio de la acción penal.

Afortunadamente, este clamor fue recogido en los foros de consulta popular de la campaña presidencial de 1994, y así, en noviembre del mismo año el ejecutivo presentó al Congreso de la Unión, a través de la Cámara de Senadores, iniciativa de reforma de diversas normas constitucionales, entre ellas al artículo 21 Constitucional, a fin de agregar a éste un cuarto párrafo del tenor siguiente:

“La ley establecerá los casos en que podrán impugnarse las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal”. (126)

Sobre esta pretendida reforma en la exposición de los motivos, en lo conducente se argumentó:

“Se propone sujetar al control de la legalidad las resoluciones de no ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, dejando al legislador ordinario el definir la vía y la autoridad competente para resolver estas cuestiones. Nuestra Constitución encomienda la persecución de los delitos al Ministerio Público y le confiere facultad de ejercitar la acción penal siempre que existan elementos suficientes para confirmar la presunta responsabilidad de una persona y la existencia del delito. Cuando no lo hace, aún existiendo estos elementos, se propicia la

impunidad y, con ello, se agravia todavía más a las víctimas o a sus familiares. No debe tolerarse que por el comportamiento negligente, y menos aun por actos de corrupción, quede ningún delito sin ser perseguido.

“Por esta razón, la iniciativa plantea adicionar un párrafo al artículo 21 Constitucional a fin de disponer que la ley fije los procedimientos para impugnar las resoluciones del Ministerio Público que determinen el no ejercicio de la acción penal. De esta manera, la propuesta plantea que el Congreso de la Unión o, en su caso, las legislaturas locales analicen quienes habrán de ser los sujetos legitimados, los términos y condiciones que habrán de regir el procedimiento y la autoridad competente que presente la cuestión para su resolución, que podrá ser jurisdiccional o administrativa, según se estime conveniente. Con lo anterior se pretende zanjar un añejo debate constitucional, que en los hechos impidió que las omisiones del Ministerio Público fueran sujetas a un control de legalidad por un órgano distinto”. (127)

Las Comisiones Unidas de Justicia, de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos y de la Cámara de Senadores, en su respectivo dictamen afirmaron:

“Los cambios que propone el titular del Ejecutivo Federal, tocarán de raíz algunas de las causas que generan desconfianza de los ciudadanos en las autoridades. En muchas ocasiones las denuncias de los ciudadanos no son atendidas, en otras el Ministerio Público no actúa y la víctima del delito queda al margen del proceso. La iniciativa, en caso de aprobarse, permitirá que la legislación se establezcan mecanismos efectivos para impugnar las resoluciones del Ministerio Público, cuando éste decida no ejercitar la acción penal.

“La iniciativa prevé que sea la legislación secundaria la que fije los procedimientos para impugnar la resolución del no ejercicio de la acción penal. Serán en consecuencia en el Congreso de la Unión o las legislaturas locales las que determinen los términos y condiciones que habrán de regir el procedimiento, el que podrá ser determinado por vía administrativa o jurisdiccional, con lo que por fin se logrará terminar con el añejo debate en torno al monopolio de la acción penal, que presupone que las resoluciones del ministerio público no sean sujetas a un control de legalidad ejercida por un órgano distinto”. (128)

La mencionada Cámara de origen, atendiendo a una loable propuesta, al considerar que el auto de desistimiento de la acción penal también debería ser sometido al mismo control, lo incluyó en su propuesta final y finalmente aprobó el siguiente texto:

“Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas en los términos que establezca la ley”. (129)

Recibida la propuesta en la Cámara de Diputados, como su revisora, sus Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia dictaminaron en los siguientes términos:

“Estiman estas comisiones unidas que la medida propuesta logrará la paulatina confianza de la ciudadanía en las instituciones de procuración de justicia, al saber que su indagatoria no será archivada o enviada a reserva por un simple acuerdo unilateral de autoridad, como ocurre hasta ahora; la víctima del delito o los ofendidos y los interesados de conformidad con los términos que establezca la ley, podrán impugnar los acuerdos del ministerio público en lo referente al no ejercicio de la acción penal o al desistimiento”. (130)

La reforma del artículo 21 Constitucional quedó aprobada en los siguientes términos:

“Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”. (131)

Esta reforma, entró en vigor el día primero de enero de 1995.

Ante esta nueva norma, nos preguntamos ¿es garantía del gobernado el nuevo párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional?. Sin lugar a dudas que lo es, ya que es una garantía en favor del gobernado y constituye desde luego un derecho público subjetivo.

Como quiera que sea, el hecho de haber incorporado esta garantía, precisamente en el artículo 21 refleja la voluntad del legislador de someter al control constitucional este acto de autoridad del ministerio público.

LA VÍA JURISDICCIONAL.

El problema ahora es definir cuál es la vía jurisdiccional prevista en la precitada norma. No hay que olvidar que hasta la fecha, el legislador ordinario no ha establecido en alguna ley esa vía jurisdiccional, y sobre ésta, se han vertido opiniones en varios sentidos hasta constituir una verdadera polémica.

Algunos afirman que la solución está en el artículo 14 transitorio del decreto de reformas, que ordena la aplicación de la ley vigente hasta en tanto se expidan las leyes reglamentarias; y concluyen que la vía procedente es el juicio de amparo.

Otros ven el problema más simple y afirman que la procedencia del juicio es lógica y natural, considerando que el acto de abstención del ejercicio de la acción penal constituye una violación directa al precepto constitucional.

Sin embargo, otros más opinan que la vía jurisdiccional es inexistente ya que el legislador ordinario no la ha establecido; por lo tanto el juicio de amparo es improcedente.

De ahí surge precisamente la duda sobre si el juicio de amparo es la vía jurisdiccional prevista por la reforma de mérito.

Ante este cuestionamiento, resulta importante conocer que han dicho al respecto nuestros Tribunales Federales de amparo:

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal, del primer Circuito, al resolver en revisión por impugnación del desechamiento de demanda de amparo contra el no ejercicio de la acción penal, sustentó el siguiente criterio:

“... el hecho de que hasta el momento no se haya instaurado la vía jurisdiccional por la que deba impugnarse dichas resoluciones de no ejercicio, no impide que el agraviado por ello no pueda ocurrir directamente al amparo fundándose para ello, como el presente caso, en la violación directa del artículo 21 Constitucional en cita. Y por ende es evidente que no existe el motivo manifiesto e indudable aducido por el Juez para desechar de plano la demanda de garantías por notoriamente improcedente”. (132)

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal, del Primer Circuito, al resolver también por revisión por desechamiento de demanda de amparo contra el no ejercicio de la acción penal, sustentó este criterio:

“Al reformarse el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enmienda publicada en el Diario Oficial de la Federación del sábado 31 de diciembre de 1994, se agregó el siguiente innovador párrafo: ‘LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO Y DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL PODRÁN SER IMPUGNADAS POR VÍA JURISDICCIONAL EN LOS TÉRMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY’. O sea, que incluidas como garantías en favor del gobernado esas determinaciones del Ministerio Público que antes eran definitivas, ahora se establece la vía jurisdiccional para demostrar la legalidad de esos actos de autoridad y, esa vía sólo puede ser el juicio de amparo, estatuido para defender las garantías individuales...” (133)

Pero ahora veamos criterios discordantes que sostienen otros Tribunales Federales:

El Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Distrito, con sede en Ciudad Victoria, Tamaulipas, al resolver la revisión contra el desechamiento de demanda de amparo, sostuvo el siguiente criterio:

“Si bien es verdad que con motivo de las reformas que sufrió el artículo 21 Constitucional a partir del 30 de diciembre de 1994, el monopolio del ejercicio de la acción penal ya no es irrestricto sino que está sujeto al control de legalidad; también lo es para que los particulares afectados contra el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público tengan acceso al juicio de garantías, es menester que cumplan primeramente con el diverso principio de definitividad que los obliga a agotar los recursos ordinarios asignados en la ley correspondiente; de suerte que si el Congreso del Estado de Tamaulipas no ha legislado al respecto, la conducta del fiscal incide en esfera de su responsabilidad y su control, por ahora, se rige por la vía política y no por la jurisdiccional.” (134)

Y en diversa revisión, afirmó lo siguiente.

“Es cierto que tratándose de lagunas de ley los órganos jurisdiccionales no pueden dejar de resolver el asunto sometido a su potestad lo que deben hacer interpretando armónicamente el ordenamiento jurídico correspondiente en relación con los principios generales de derecho, la lógica y la razón hasta llegar a cubrir la laguna existente; empero, si no existe ley no puede exigirse que la justicia federal llene ese vacío, pues de hacerlo, estaría legislando, lo que en nuestro sistema de derecho está prohibido porque constitucionalmente no se pueden reunir dos poderes en uno.”

Con criterio también discordante, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, con sede en la Ciudad de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, en una muestra de independencia que mucho lo enaltece, en cinco tesis que sientan jurisprudencia, en términos del artículo 193 de la ley de Amparo, estableció el siguiente criterio:

“... Si la quejosa reclama en su demanda de garantías, una determinación ministerial de no ejercicio de la acción penal, es incuestionable que de admitir la demanda en comento y en su momento conceder el amparo, éste tendría los efectos de obligar al ministerio Público a quien ha encargado la Constitución de ejercer la acción penal, a ejercerla y su obligación desplazaría al órgano de acusación de su ejercicio persecutorio, para entregarlo a la autoridad judicial, cosa que, a la luz del artículo 21 constitucional, es inadmisibile, en la medida que la autoridad judicial sólo tiene una función juzgadora”. (135)

He aquí, pues, el camino o vía jurisdiccional para impugnar el no ejercicio de la acción penal, que hasta hace unos meses parecía muy claro e incuestionable, ahora no lo es tanto.

Parece ser que sólo dos derroteros podrán llevarnos a esa vía procesal certera y de aceptación general, que de momento constituya la vía idónea para impugnar el acto de no ejercicio de la acción penal: El pronunciamiento del Poder legislativo, a través de una reforma, o

de plano la expedición de una ley que señale, de manera expresa, cuál es la vía jurisdiccional prevista por la norma constitucional.

Cabe mencionar que nuestros tribunales de amparo no tan sólo sostienen criterios discordantes sobre la procedencia del amparo como vía jurisdiccional para impugnar el no ejercicio de la acción penal; los del primer circuito también son discordantes entre si al respecto a la competencia de los jueces de distrito especializados por materia, para conocer las demandas de amparo contra el no ejercicio de la acción penal.

En efecto, los Tribunales Colegiados de Primero y Tercero, en Materia Penal del primer circuito, sostienen que son competentes los jueces de distrito en Materia Penal para conocer del amparo contra el no ejercicio de la acción penal, bajo el argumento siguiente:

El Primer Tribunal dice.

“Es cierto que el legislador no incluyó expresamente tal supuesto en el umbral de mérito, empero, no puede estimarse que haya sido por deliberada decisión y que lo hubiera dejado, por exclusión para el conocimiento de los juzgados de amparo en materia administrativa, en virtud a las razones siguientes:

“La posibilidad de acudir al juicio de garantías contra el autor de no ejercicio de la acción penal surgió con motivo de la adición del cuarto párrafo al artículo 21 Constitucional, el último día de 1994, que dice: ‘Las resoluciones del ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley’, de suerte que este supuesto no existía cuando el legislador originalmente creó la especialización por materias en el juicio de amparo y, por ende, no pudo ocuparse de él incluirlo expresamente en la materia penal. Y se destaca que en el origen de ese sistema de competencias no se abordó tal tema porque aún cuando cinco meses después a la citada adición al artículo 21 Constitucional, se emitió una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que siguió sin incluir ese supuesto, ello puede encontrar explicación en el hecho de que en la práctica aún no se presentaba el conflicto que ahora nos ocupa y por ende, no lo tuvo presente al emitir la nueva legislación orgánica.

“Por otro lado, hay casos que, por su propia naturaleza, escapan a la materia penal, pero que el legislador quiso incluir en ésta, verbigracia, las resoluciones dictadas en los incidentes de reparación de daño exigible a personas distintas de los inculcados, cuando la acción se funde en la comisión de un delito, señalada en la fracción II del artículo 51 pluricitado, encontrando explicación en la íntima vinculación que guarda con la causa penal de donde emanó esa incidencia.

“Por otro lado, en la fracción I del artículo 51, se excluye de la materia penal a las correcciones disciplinarias o medios de apremio impuestos fuera de procedimientos penal, pues si bien, es indiscutible afectan la libertad personal, se parte de la base de que su naturaleza no es de esa índole, sino de la misma naturaleza del procedimiento en el que se impone, porque no se trata de un medio de que goza el juzgador para hacer cumplir sus determinaciones o evitar el entorpecimiento de la administración de justicia que le ha sido encomendada.

“Como puede verse, el espíritu del legislador que anima las letras en que quedó redactado el artículo 51 de que se ha venido tratando, no está informado por la naturaleza judicial o administrativa de la autoridad que lo emite ni la restricción de la libertad personal que implique el acto reclamado, sino la naturaleza penal de éste.

“Ante esta tesitura, al determinar que el ejercicio de la acción penal queda comprendida dentro del pluricitado artículo 51, por ende, el amparo que contra tal acto se intente es competencia de un juzgado de distrito en materia penal, lejos de contrariar la voluntad del legislador plasmada en ese numeral viene a reafirmarla, pues está encuadrando un acto que escapó a su expresa reglamentación”. (136)

Por su parte, el Tercer Tribunal Superior sostiene:

“... Si bien es cierto que con el acto que constituye el acto reclamado no se afecta aún dicho bien jurídico, también lo es que de llegarse a resolver en sentido contrario, la libertad del indiciado sí se vería afectada en su momento, pues el Agente del Ministerio Público al cumplir la resolución emitida por el Juez de Distrito, tendrá que consignar ante un juez Penal, quien de considerarlo legal, dictaría la orden de aprehensión correspondiente y entonces esa privación de la libertad tendría que ser necesariamente conocida, en caso de impugnación, por un Juez de Distrito en Materia Penal y no Administrativa: de ahí que, como ya quedó establecido, la

averiguación previa penal, que es donde se dictó el acto que se reclama en amparo, forma parte de los procedimientos penales, y por ende, dicho acto tiene de manera indudable el carácter penal.” (137)

Por su parte el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, de Primer Circuito, sostiene que es competente el Juez de Distrito en Materia Administrativa, para conocer de demandas de amparo contra el no ejercicio de la acción penal, bajo el siguiente argumento:

“El acto reclamado no es una resolución judicial del orden penal, por haber sido emitida por una autoridad administrativa fuera de procedimiento judicial; además, no afecta la libertad personal, ni tampoco se está en ninguno de los casos a que se refieren las diversas fracciones del artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, transcrito, de aquí que, como bien lo consideró el juez referido, encuadra dentro de la hipótesis prevista en la fracción IV del artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que establece la competencia de un Juez de Distrito en Materia Administrativa.” (138)

No está por demás mencionar que actualmente, los juzgados de distrito en Materia Penal como Juzgados de Distrito en Materia Administrativa, admiten demandas de amparo contra el no ejercicio de la acción penal y aceptan plenamente la competencia.

Hasta aquí el panorama del amparo contra el no ejercicio de la acción penal. Al respecto, vale la pena hacer las siguientes reflexiones: ¿Es realmente el amparo la vía jurisdiccional que se pretendió con la reforma?. La iniciativa señaló dos posibilidades: vía jurisdiccional o vía administrativa. En ésta polémica, es preciso tener en cuenta dos puntos muy importantes:

Primero.- En la exposición de motivos de la iniciativa de reforma, el Ejecutivo, de manera clara, planteó que el Congreso de la Unión o, en su caso, las legislaturas locales establecerán el procedimiento para impugnar el no ejercicio de la acción penal.

Segundo.- Cuatro meses después de la reforma al artículo 21 Constitucional, se expidió una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial Federal y en esa ley no se estableció competencia expresa para conocer de las demandas de amparo contra el no ejercicio de la acción penal.

Por otra parte, de los dictámenes que se emitieron en la Cámara de origen y en la Cámara revisores, se desprende que prevaleció el criterio de que la mejor vía es la jurisdiccional y así quedó establecido.

Sin embargo, tanto en la iniciativa como en los dictámenes quedó señalado de manera muy clara que será el legislador ordinario el que establecerá en la ley secundaria esa vía jurisdiccional, señalando todas las particularidades del procedimiento respectivo.

Algunos juristas, preocupados en la necesidad de establecer con claridad esa vía jurisdiccional, entre ellos Don Leoncio Lara Saenz (139), han formulado seis propuestas.

Se ha dicho, con argumento atendible, que la vía jurisdiccional debe ser todo un procedimiento penal en el cual los jueces especializados, ordinarios o Magistrados Unitarios o Salas Colegiadas de los Tribunales Superiores de Justicia, sean quienes juzguen y califiquen el acto de no ejercicio de la acción penal del Ministerio Público.

En este mismo orden de ideas consideramos conveniente exponer algunas disquisiciones al respecto. El hecho de someter al conocimiento de un Juez Penal la decisión del Ministerio Público del no ejercicio o desistimiento de la acción penal, convertiría aunque de manera involuntaria, a ese órgano jurisdiccional en Juez y parte de los mismos hechos. A mayor abundamiento y a manera de ejemplo, supongamos que sea el propio Juez que conozca de este medio de impugnación el que tenga que conocer del juicio natural, sería absurdo que en una primera instancia declarara que sean configurados los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad del inculpado en lo que al medio de impugnación se refiere; y en una segunda instancia, negara la respectiva orden de aprehensión y/o auto de término constitucional en su caso en lo que al juicio natural se refiere.

Sin embargo, contra esta propuesta se argumenta que se desnaturaliza la atribución persecutoria de los delitos del Ministerio Público, ya que dicen, dejaría de ser facultad exclusiva; se daría una situación de prejuzgamiento, cuando aún se ha ejercido la acción penal. Como vía de solución a este conflicto, se ha sugerido que sus resoluciones sean meras recomendaciones para el Ministerio Público. Otros opinan que la mejor vía es el amparo, considerando que si el acto del Ministerio Público de Abstención del ejercicio de la acción Penal, es violatorio del artículo 21 Constitucional, la vía lógica y jurídica no puede ser otra que el juicio

de amparo, máxime que se trata de una garantía individual. Contra esa opinión, ya se ha señalado el criterio que sustentan el Tribunal Colegiado del Décimo Noveno y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Para otros, la mejor vía para impugnar los actos del Ministerio Público cuando se abstiene de ejercitar la acción penal, es la vía jurisdiccional administrativa, ante los tribunales de lo Contencioso Administrativo.

En el fuero Federal y en algunos Estados sería complicado establecer esta vía. Empero, en el fuero común del Distrito Federal existe ya el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y bastaría una reforma a las leyes secundarias para que este tribunal, con una sala especializada, conociera de tales impugnaciones, lo que permitiría que la controversia se dirimiera en la esfera del Poder Ejecutivo, con lo cual la facultad exclusiva que al artículo 21 Constitucional le confiere al Ministerio Público, quedaría incólume.

GLOSARIO DE CITAS (CAPÍTULO IV).

- (123) "Tratado de los derechos del hombre". Editorial Porrúa, S.A.; México, 1982, p. 449.
- (124) no cita.
- (125) PRIMERA SALA; TOMO LXXX, 5ª. ÉPOCA, p. 565.
- (126) Consúltese Diario de los Debates, Año I, núm. 11, Cámara de Senadores, 6 de Diciembre de 1994.
- (127) IDEM
- (128) Consúltese Diario de los Debates, Año I. núm. 14, Cámara de Senadores, 16 de Diciembre de 1994.
- (129) IDEM.
- (130) Consúltese Diario de los Debates, año I. núm. 25, Cámara de Diputados, 20 de diciembre de 1994, p. 2132.
- (131) Diario Oficial de la Federación, Primera Sección, sábado 31 de diciembre de 1944.
- (132) Revisión Penal No. 249/95. Carlos Rodolfo Sauma Saumma y otros.- PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL, DEL PRIMER CIRCUITO, Treinta de Junio de mil novecientos noventa y cinco.- Unanimidad de votos.- Ponente: Carlos Enrique Davial.- Secretario: Celia García Luna.
- (133) Revisión Penal: 655/95.- Emilia Alvarez Gasca viuda de Núñez.- TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.- Diez y seis de Febrero de mil novecientos noventa y seis. Unanimidad de votos.- Ponente; Carlos de Gortaría Jiménez. Secretaria: María Velázquez Arias.
- (134) Recurso de Revisión (Imprudencia), 263/96-1. Unión de Crédito de la Industria de la Construcción de Tamaulipas, S.A. de C.V.- 22 de agosto de 1996. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO, Mayoría de votos, Ponente: Aurelio Sánchez cárdenas. Disidente: Héctor A. Arias Murueta. Secretario; Santiago Gallardo Lerma.
- (135) Recurso de Revisión (Imprudencia). 263/96-1. Unión de Crédito de la Industria de la Construcción de la Industria de la Construcción de Tamaulipas, S.A., de C.V. 22 de agosto de 1996. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Mayoría de votos. Ponente; Aurelio Sánchez Cárdenas. Disidente: Héctor Alberto Arias Murueta. Secretario: Santiago Gallardo Lerma.

- (136) TRIBUNAL COLEGIADO DE VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo en Revisión 47/95. Beatriz Palos Castro Vda. de Velázquez. seis de abril de mil novecientos noventa y cinco. Unanimidad de votos. Ponente Angel Suárez.- Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.
- (137) PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.- Competencia número 5/95. Suscitada entre el Juez Cuarto de Distrito en Materia Penal y el Juez Séptimo de Distrito en Materia administrativa, ambos del Distrito Federal, 20 de Mayo de 1996. Unanimidad de votos Ponente Germán Tena Campero. Srio: Juan José Olvera López.
- (138) TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO EN MATERIA PENAL.- Competencia número 1/95 Artemio Solís Guzmán, 31 de agosto de 1995. Por Unanimidad de votos.- Ponente Carlos de Gortari Jiménez.- Secretario: Leticia Ramírez Miranda.
- (139) SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.- C.C.A. 2/96 Jorge Santiago Chong Gutiérrez 9 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponenete: María Antonieta Azuela de Ramírez. Secretaria: Carmen Vergara López.
- (140) "Hacia un nuevo Ministerio Público" Artículo compilado en la publicación LOS GRANDES PROBLEMAS JURÍDICOS. Estudios jurídicos en memoria de José Francisco Ruiz Massieu. Editorial Porrúa. México, 1995, pág. 169.

CONCLUSIONES:

Es mucho el material que se queda en el tintero, pero se ha tratado de abarcar desde diversas perspectivas la situación planteada.

También es cierto que el tema es novedoso en el ámbito jurídico nacional. A eso se debe la falta de textos. A pesar de lo anterior; el foro se ha visto en la necesidad de activar esta instancia regulada solamente a nivel constitucional.

No es fácil llegar a ideas concluyentes al respecto.

El propósito de esta tesis es el de proponer la adición de un pequeño capítulo al Código Federal Procedimientos Penales, que a la vez sirva como modelo a los Códigos de Procedimientos Penales de las entidades federativas.

La tarea para el legislador ordinario no es sencilla a este respecto, pero considero impostergable la necesidad de reglamentar, a nivel de ley secundaria, la substanciación de la garantía consignada en el artículo 21 Constitucional. Seguramente no tendremos una regulación perfecta, pero como obra humana, ninguna lo es.

Será en cambio, susceptible de ser perfeccionada y corregida conforme las exigencias que la propia dinámica y práctica jurídica así lo exijan.

Por las razones ya expuestas, nos permitimos elaborar algunos parámetros que considero deben regir la figura normativa en cuestión.

A. El órgano jurisdiccional que resuelva no sea el mismo que pudiera conocer del asunto en una instancia ulterior.

- B. La autoridad resolutora no debe entrar al fondo del asunto, solo debe observar si se han acreditado los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad del inculpado.

- C. La propia institución del Ministerio Público como órgano de buena fe, en la propia notificación de la decisión del no ejercicio o desistimiento de la acción penal, debe hacerle saber al ofendido o víctima de un delito la oportunidad procesal que tiene para impugnar dicha resolución.

- D. El medio de impugnación debe estar regulado de una manera clara, simple y sustanciarse de manera sumaria y uniinstancial.

- E. La Constitución no prohíbe que el órgano jurisdiccional sólo lo sea materialmente, por lo que dicha instancia pudiera ser resuelta por una sala especializada de un Tribunal administrativo (Verbigracia: Tribunal Fiscal de la Federación o Tribunal de lo Contencioso Administrativo en las entidades federativas).

BIBLIOGRAFÍA.

1. **ACERO, JULIO**; "PROCEDIMIENTO PENAL", 7ª edición, Editorial Cajica, S.A., 1984, Puebla, Pue., México
2. **ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO**; "DERECHO PROCESAL MEXICANO TOMO I", 2ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1985, México, D.F.,
3. **ALCALA ZAMORA, NICETO Y LEVENE (HIJO), RICARDO**; "DERECHO PROCESAL PENAL TOMO II", Editorial Guillermo Kraft, 1967, Buenos Aires, Argentina
4. **ARILLA BAS, FERNANDO**; "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO", 9ª edición, Editorial Kratos, S.A. DE C.V., 1984, México, D.F.
5. **BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO**; "EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO", 2ª edición, Editorial Trillas, S.A., 1982, México
6. **BORJA OSORNO, GUILLERMO**; "DERECHO PROCESAL PENAL", 3ª reimpresión, Editorial Cajica, S.A., 1985, Puebla, Pue., México,
7. **BURGOA, IGNACIO**; "EL JUICIO DE AMPARO", 32ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1995, México, D.F.
8. **CABRERA, LUIS Y EMILIO PORTES, GIL**; "LA MISIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA", 2ª edición, Ediciones Botas, 1963, México, D.F.
9. **CLARIA OLMEDO, JORGE**; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO I", Editorial Ediar, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1968
10. **CARNELUTTI, FRANCESCO**; "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, TOMO I", Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, Buenos Aires, Argentina
11. **CASTELLANOS, FERNANDO**; "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", 35ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994, México, D.F.
12. **CASTRO, JUVENTINO V.**; "EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO", 8ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994, México, D.F.

13. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO; "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", 15ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1995, México, D.F.
14. COUTURE, EDUARDO J.; "FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL", 3ª edición póstuma, Editorial Nacional, 1983, México, D.F.
15. CHIOVENDA, JOSÉ; "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL, TOMO I", Traducción al castellano del profesor José Casais Santalé, Cárdenas Editor, S.A., 1980, México, D.F.
16. DIAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO; "TEORÍA DE LA ACCIÓN PENAL", Editorial Textos Universitarios, S.A., de Manuel Porrúa, S.A., 1974, México, D.F.
17. ESCRICHE, JOAQUÍN; "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA", Librería de CH. Bouret, París, 1888
18. FENECH, MIGUEL; "DERECHO PROCESAL PENAL VOLUMEN I", 3ª edición, Editorial Labor, S.A., 1960, Barcelona, España
19. FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, "FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO", Publicado en el anuario jurídico, año V, 1978, Universidad Nacional Autónoma de México.
20. FLORIAN, EUGENIO; "ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", Traducción al castellano de Leonardo Prieto Castro, Editorial Bosch, 1934, Barcelona, España,
21. FRANCO SODI, CARLOS; "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", Editado por los Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal, 1937, México, D.F.
22. FRANCO SODI, CARLOS; "CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D.F., Y TERRITORIOS FEDERALES: COMENTADO", 2ª edición, Ediciones Botas, 1960, México, D.F.
23. FRANCO VILLA, JOSÉ; "EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL", Editorial Porrúa, S.A., 1985, México, D.F.
24. GARCÍA RAMÍREZ SERGIO; CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", 4ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1983, México, D.F.

25. **GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO Y VICTORIA ADATO DE IBARRA**; "PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO", 7ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1993, México, D.F.
26. **GOLDSCHMIDT, JAMES**; "DERECHO PROCESAL CIVIL", Traducción al Castellano de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, S.A., 1936, Barcelona, España.
27. **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**; "TEORÍA GENERAL DEL PROCESO", 3ª reimpresión, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F.
28. **GONZÁLEZ BLANCO, ALBERTO**; "EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", Editorial Porrúa, S.A., 1975, México, D.F.
29. **GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ**; "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", 7ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1983, México, D.F.
30. **GUARNERI, JOSÉ**; "LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL", Traducción de Bernaldo de Quiróz, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1952,
31. **LEONE, GIOVANNI**; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL, TOMO I" Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, Buenos Aires, Argentina,
32. **MACEDO, MIGUEL S.**; "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO", Editorial Cultura, 1931, México, D.F.
33. **MANZINI, VICENZO**; "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO IV", Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1945, Buenos Aires, Argentina.
34. **MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL**; "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", Editorial Trillas, S.A., 1986, México, D.F.
35. **MARTÍNEZ PINEDA, ANGEL**; "ESTRUCTURA Y VALORACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL", Editorial Azteca, S.A., 1968, México, D.F.
36. **OBREGÓN Y HEREDIA JORGE**; "CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D.F., COMENTADO", Editorial Obregón y Heredia, S.A., 1981, México, D.F.
37. **ORNOZ SANTANA, CARLOS M.**; "MANUAL DE DERECHOPROCESAL PENAL", 2ª edición Cárdenas Editor, 1983, México, D.F.

38. **OSORIO Y NIETO, CÉSAR AUGUSTO;** “LA AVERIGUACIÓN PREVIA”, 7ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994, México, D.F.
39. **PÉREZ PALMA, RAFAEL;** “GUÍA DE DERECHO PROCESAL PENAL”, 2ª edición, Cárdenas Editor, 1975, México, D.F.
40. **DE PINA, RAFAEL;** “DERECHO PROCESAL TEMAS”, 2ª edición, Ediciones Botas, 1951, México, D.F.
41. **PIÑA Y PALACIO, JAVIER;** “DERECHO PROCESAL PENAL”, Editado por los Talleres Gráficos de la Penitenciaría del D.F., 1948, México, D.F.
42. **RIVERA SILVA, MANUEL;** “EL PROCEDIMIENTO PENAL”, 23ª edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994, México, D.F.
43. **ROCCO, UGO,** “DERECHO PROCESAL CIVIL”, Traducción de Felipe de J. Tena, Editorial Porrúa Hermanos y Cia., 1944, México, D.F.

LEGISLACIÓN. -

1. **NUEVA LEGISLACIÓN DE AMPARO REFORMADO, DOCTRINA, TEXTOS Y JURISPRUDENCIA,** por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, 65ª edición, actualizada, Editorial Porrúa, D.A., México, D.F. 1995.
2. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CON UNA EXPLICACIÓN SENCILLA DE CADA ARTÍCULO PARA SU MEJOR COMPRENSIÓN;** Editado por Trillas, S.A., México, D.F.
3. **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL,** 49ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1995.
4. **CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES,** 51ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1996.
5. **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL,** 56ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1996.
6. **LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL,** contenida en el Código de Procedimientos Penales, 51ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1996.

7. LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, contenida, en el Código de Procedimientos Penales, 51ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1996.