

881309

12

zey



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL LOMAS VERDES
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813 - 09

LA OBLIGACION DEL MINISTERIO PUBLICO
A EJERCER LA ACCION PENAL, SATISFECHOS
LOS REQUISITOS DEL ART. 16 CONSTITUCIONAL.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JUAN ANTONIO GONZALEZ CRUZ

DIRECTOR DE LA TESIS:
LIC. JUAN ARTURO GALARZA

REVISOR DE LA TESIS:
LIC. ROSILDA BLANCO MARTINEZ

NAUCALPAN DE JUAREZ, EDO. DE MEX.

1995

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Esta tesis se la dedico a mis padres:

Sr. Juan Antonio González Toledano.

Dra. María Enriqueta Cruz Villegas.

Como una respuesta por el interés y amor que me han brindado hoy y siempre.

Quienes con su esfuerzo han logrado el que haya alcanzado una de las más grandes metas de mi vida.

Muy especialmente y con mucho cariño le dedico esta tesis a mi abuelita Sra. María Enriqueta Villegas Vázquez, por todo el apoyo y cuidados especiales que ha tenido conmigo durante toda mi vida.

A mis hermanas y abuela:

Srita. Lorena A. González Cruz.

Srita. Ana Paola González Cruz.

Sra. Alicia Toledano Coronado.

Para mis demás parientes y amigos.

En especial, mi agradecimiento y admiración a los:

Lic. Victoriano Rueda Puga.

Lic. Miguel Angel Acosta.

Lic. Juan Arturo Galarza.

Lic. Rosilda Blanco.

**Por sus enseñanzas, comprensión y amistad, durante la
formación de mi vida profesional.**

**OBLIGACION DEL MINISTERIO PUBLICO A EJERCER LA ACCION
PENAL, SATISFECHOS LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 16
CONSTITUCIONAL.**

INTRODUCCION.

**CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA INSTITUCION DEL
MINISTERIO PUBLICO.**

1.1 Generalidades.	1
1.2 Cómo nace la Institución del Ministerio Público.	2
1.3 Antecedentes Históricos.	4
1.4 El Ministerio Público en México.	8
1.5 Teoría abolicionista.	16

CAPITULO II: LA ACCION PENAL

2.1 Generalidades.	19
2.2 Acción penal y pretensión punitiva.	21
2.3 Carácter de la acción penal.	24
2.4 Principios fundamentales de la acción penal.	29

**CAPITULO III: ORGANO A QUIEN SE ENCOMIENDA EL EJERCICIO DE
LA ACCION PENAL. (MINISTERIO PUBLICO).**

3.1 Generalidades. (Artículo 21 Constitucional).	59
3.2 Naturaleza Jurídica.	62
3.3 Principios esenciales que caracterizan al Ministerio Público.	67

3.4 El Ministerio Público como titular de la acción penal y ejercitando la facultad de Policía Judicial.	70
3.5 El monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal.	76

CAPITULO 4: FASE PREPARATORIA DE LA ACCION PENAL (AVERIGUACION PREVIA).

4.1 Generalidades.	84
4.2 Denuncia.	99
4.3 Querrela.	104
4.4 Determinaciones que pueden darse a las diligencias de averiguación previa.	108
4.5 El NO ejercicio de la acción penal.	113
4.6 La Consignación.	126
CONCLUSIONES.	131

INTRODUCCION.

Esta tesis aborda principalmente el tema del Ministerio Público en cuanto a su intervención en la investigación de los delitos y como parte en el proceso penal.

La razón principal por la que decidí elegir este tema para realizar mi trabajo de tesis es por que los estudios de esta Institución no son muy amplios y especializados, por que si bien es cierto que prestigiados procesalistas penales como Sergio García Ramírez, Carlos Franco Sodi, Manuel Rivera Silva, Juan José González Bustamante, Guillermo Colín Sánchez, Juventino V. Castro, etc..., han abordado el estudio de esta importante Institución, lo han hecho en libros, tratados y manuales de derecho procesal penal, sin embargo no hay un estudio de manera específica sobre la Institución del Ministerio Público, con la excepción del Libro de Juventino V. Castro, intitulado El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones; y el Libro de José Franco Villa: El Ministerio Público Federal; en los cuales se plantea con profundidad el desbordamiento de las atribuciones de la Institución, particularmente en el derecho procesal penal.

Sin embargo la polémica sobre las atribuciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial lleva ya varios años, y se ha reflejado en la Jurisprudencia, ya que debemos recordar que en los años cuarenta, varios de los Ministros integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de

Justicia sostuvieron la procedencia del Juicio de Amparo contra ciertos actos del Ministerio Público que solo están sometidos a control interno, tales como la negativa a ejercitar la acción penal, así como el desistimiento o la formulación de conclusiones no acusatorias, vinculantes para el juzgador, quien en estos últimos supuestos debe decretar el sobreseimiento de la causa.

La importancia de este tema se acrecienta al advertir la ausencia de verdaderos recursos capaces de frenar el desvío de poder monopolista de la Institución frente a quien sufre las consecuencias directas o inmediatas, como ocurre en el caso de la acción penal. El monopolio de la acción penal no solo ha sido un factor que ha acentuado la desconfianza social en torno a la administración de justicia, sino que también nos hace pensar que una postura jurídica de esa naturaleza es, desde cualquier punto de vista, contraria al espíritu de un país que profesa o se manifiesta como democrático.

Únicamente nos resta indicar que pondremos todo nuestro empeño para contribuir en la búsqueda de alguna solución que tienda a erradicar, de manera absoluta, uno de los problemas más trascendentes de nuestra vida jurídica nacional: el "monopolio del ejercicio de la acción penal" por el Ministerio Público.

CAPITULO I

1.1 GENERALIDADES.

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 período de la acusación estatal en que uno o varios órganos son los encargados de promoverla, esta Institución ha sido objeto de muchas críticas y encontradas opiniones, sin embargo el Ministerio Público se ha adoptado y consagrado en la mayor parte de los pueblos cultos, considerándose como una magistratura independiente que tiene la misión de velar por el estricto cumplimiento de la Ley, y ser el representante de los grandes valores morales, sociales y materiales del estado.

Mucho se le ha atacado y posteriormente en nuestro trabajo examinaremos el valor de las Teorías Abolicionistas.

Investigar los orígenes del Ministerio Público es una tarea ardua y más resulta encontrar conexiones en el pasado con la moderna institución, motivo por el cual hemos organizado el primer capítulo de esta tesis en la siguiente forma; en el punto 1.2 intentaremos establecer el génesis racional de la institución, es decir como nace la Institución y cuales fueron sus orígenes.

En el punto posterior hablaremos de la historia universal de la institución, poniendo principal atención en Francia, por parecernos la más

parecida a la institución moderna, en los puntos siguientes hablaremos del Ministerio Público en México exclusivamente y de las teorías abolicionistas del Ministerio Público.

1.2 COMO NACE LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

En la primera etapa de la evolución social, la función represiva se ejerció a través de la venganza privada.

Estos son los clásicos tiempos de la ley del Talión, cuando la justicia se hacía por la propia mano de la víctima del delito o de sus allegados.

El poder social ya organizado, empieza a impartir la justicia a nombre la divinidad, y posteriormente a nombre del interés público, salvaguardando el orden y la tranquilidad sociales. Se establecen tribunales y normas aplicables, si bien frecuentemente arbitrarias, el directamente ofendido por el delito, o sus parientes, acusan ante el tribunal, quien decide e impone penas.

Surge la acción popular con pleno apogeo en el derecho romano, que más adelante fracasa como lo hace notar Manduca: (1)

".... Cuando Roma se hizo la ciudad de infames delatores que, causando la ruina de íntegros ciudadanos, adquirían honores y riquezas; cuando el romano se adormeció en una indolencia egoísta y cesó de

¹ El Procedimiento Penal y su Desarrollo Científico Página . 101. Castro V. Juventino. El Ministerio Público en México funciones y Disfunciones. Ed. Porrúa. México D.F. 5a. Edición, Pág. 2.

consagrarse a las acusaciones públicas, la sociedad tuvo necesidad de un medio para defenderse, y de aquí nace el procedimiento de oficio, que comprende el primer germen de Ministerio Público en la antigua Roma, representando la más alta conciencia del derecho....."

El estado ha comprendido que la persecución de los delitos es una función social de particular importancia, que debe ser ejercida por él y no por el particular. Sin embargo se cae en el error de dar al Juez la función persecutoria de los delitos, con lo que el juez se convierte en parte acusadora y juzgador. Y como dijo Radbruch: "El que tiene un acusador por juez, necesita a dios por abogado" (2).

Con el paso del tiempo cae en descrédito el sistema inquisitivo, y el estado crea un órgano público y permanente que en adelante será el encargado de la acusación ante el poder jurisdiccional. A Francia corresponde la implantación decisiva de dicha institución, que se extendió luego a Alemania y pasó sucesivamente a casi todos los países civilizados del mundo.

En la actualidad según diversas legislaciones, el Ministerio Público tiene un monopolio exclusivo de la acción penal, o bien admite una intervención mayor o menor de los particulares y de otros órganos estatales que tienen injerencia en la acción penal, sin embargo la bondad y utilidad de la institución es algo que ya no se discute.

² - Introducción A La Ciencia Del Derecho, Página No. 160, Castro V. Juvenino, Op. Cit. Pag. 2.

1.3 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO.

Investigar los orígenes del Ministerio Público es una tarea ardua, debido a que muchos autores le señalan al Ministerio Público antecedentes remotos como Atenas, otros más ven el origen histórico en la antigua Grecia: Algunos autores más ven el origen en el Derecho Romano, así como en el Derecho Longobardo o en la legislación Canónica del medioevo. También se habla que se origino en la Italia medieval.

Nosotros participamos de la justas dudas de Carlos Franco Sodi (3), quien hace notar que toda esta genealogía hay que mirarla con reservas, pues aunque en el tiempo es evidente que se presentan unos funcionarios antes que los otros, también es cierto que históricamente no puede asegurarse la relación de ascendencia entre los Romanos y los Italianos medievales, y menos aún entre estos y el Ministerio Público Francés que particularmente es la meta alcanzada, en la evolución de los funcionarios de la Monarquía Capeta, que no guardaba vinculación alguna con aquellos ni por su origen, ni por sus funciones.

-EVOLUCION HISTORICA DEL MINISTERIO PUBLICO EN FRANCIA (SU ORGANIZACION EN LA EPOCA DE LA MONARQUIA Y EN LA EPOCA DE LA REPUBLICA).-

El período de la acusación estatal, tiene su origen en las transformaciones de orden político y social introducidas en Francia al triunfo

³ Franco Sodi Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano, Pagina. Ed. Porrus. México D.F. 3a. Edición, 1946. Pag. 51.

de la Revolución de 1793 y se funda en una nueva concepción Jurídico filosófica.

Las leyes expedidas por la Asamblea Constituyente son, sin duda alguna el antecedente inmediato del Ministerio Público.

En la monarquía el Rey impartía la justicia por Derecho Divino y era exclusivamente al Rey, a quien correspondía el ejercicio de la acción penal. La Corona, regulaba las actividades sociales, aplicaba las leyes y perseguía a los delincuentes.

Los Procuradores del Rey, son producto de la monarquía Francesa del siglo XIV y se crearon para la defensa de los intereses del príncipe. Hubo dos funcionarios reales, el procurador del Rey que se encargaba del procedimiento, y el abogado del Rey que atendía el litigio en los asuntos en que se interesaba el monarca y los de las personas que bajo su protección (gentes-nostre). Estos funcionarios no formaban una magistratura independiente, por que no se elaboraba aún la teoría de la división de poderes.

La Revolución Francesa al transformar las instituciones de la monarquía, encomienda las funciones reservadas al procurador y abogado del Rey, a comisarios encargados de promover la acción penal y de ejecutar las penas y a los acusadores públicos, que debían sostener la acusación en el juicio.

Por ley del 20 de abril de 1810 el Ministerio Público queda definitivamente organizado como institución jerárquica, dependiente del poder ejecutivo.

Al principio el Ministerio Público estaba dividido en 2 secciones: una para negocios civiles y otra para los negocios penales, que correspondían, según las disposiciones de cada asamblea constituyente, al comisario del gobierno o al acusador público. En el nuevo sistema se fusionaron las 2 secciones y se estableció que ninguna jurisdicción estaría completa sin la concurrencia del Ministerio Público. Ya hemos indicado que son las leyes revolucionarias las que le dieron su origen, al transformar las instituciones político-sociales en Francia, y durante la dominación Napoleónica, las leyes de 1808 y 1810. En la primera República, en medio de un torbellino de pasiones, la institución se mantuvo inconvencible y lo mismo sucede en el primer imperio, obteniendo su máxima definición en la segunda República, al reconocerse su independencia con relación al poder ejecutivo. El Ministerio Público Francés, tiene a su cargo ejercer la Acción Penal, perseguir, en nombre del Estado, ante la jurisdicción penal, a los responsables de un delito, intervenir en el período de ejecución de sentencia y representar a los incapacitados, a los hijos naturales y a los ausentes. En los crímenes sobre todo cuando se estima que se afectan los intereses públicos y en los delitos y contravenciones sólo actúa de manera subsidiaria. Se distinguen con claridad las funciones encomendadas al Ministerio Público y a la Policía Judicial.

Por lo que ve a la Institución en España, que también influyo en el Derecho Patrio, existió la promotoría Fiscal desde el Siglo XV, como herencia del derecho Canónico. Los promotores fiscales obraban en representación del monarca siguiendo fielmente sus instrucciones. En las Leyes de Recopilación, expedidas por Felipe II en 1576, reglamentan las funciones de los procuradores fiscales, que acusaban cuando no lo hacía un acusador privado.

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 promotorias en España por decreto del 10 de Noviembre de 1713, pero la idea no fue bien acogida y se rechazó unánimemente por los tribunales españoles. Por decreto del 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 provisional asistidos de un abogado general y de otros ayudantes.

1.4 EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO.

El Ministerio Público en México se ha formado por tres elementos principalmente, del ordenamiento Francés tomó como característica principal el de la unidad e indivisibilidad, pues cuando actúa el agente del Ministerio Público lo hace a nombre y en representación de toda la Institución, la influencia española se encuentra en el procedimiento, cuando el Ministerio Público formula conclusiones, las que siguen los mismos lineamientos formales de un pedimento del fiscal de la inquisición.

En cuanto a la influencia exclusivamente nacional, está en la preparación del ejercicio de la acción penal, ya que en México -a diferencia de lo que sucede en Francia-, el medio preparatorio del ejercicio de la acción penal esta reservado exclusivamente al Ministerio Público que es el jefe de la Policía Judicial.

-Evolución Histórica del Ministerio Público en México.-

España impuso en el México Colonial su legislación, estableció y organizó al Ministerio Público.

La Recopilación de Indias, en ley dada el 5 de Octubre de 1626 y 1632, ordenaba: "Es nuestra merced y voluntad que en cada una de las Reales Audiencias de Lima y México haya 2 fiscales, que el más antiguo sirva la plaza, en todo lo civil y el otro en lo criminal.

No trataremos de encontrar más antecedentes del Ministerio Público en la época de la colonia, por que más nos interesa saber como se organizó a partir de la independencia de México.

Nacido México a la vida independiente, siguieron rigiendo con relación al Ministerio Público las leyes que venían funcionando durante la época de la colonia, ya que en el tratado de Córdoba se declaró que las leyes en vigor continuarían vigentes en todo lo que no se opusieran al Plan de Iguala, y mientras las Cortes Mexicanas formaban la Constitución del Estado.

La Constitución de 1824 estableció el Ministerio Federal en la Suprema Corte (Artículo 124), equiparando su dignidad a la de los ministros y dándoles el carácter de inamovibles. También establece fiscales en los tribunales de circuito (artículo 140), sin determinar nada respecto a los juzgados.

La ley del 14 de Febrero de 1826 reconoce como necesaria la intervención de Ministerio Fiscal en todas las causas criminales donde se interese la federación, y en los conflictos de jurisdicción para entablar o no el recurso de competencia, haciendo por último, necesaria la presencia de este funcionario en las visitas semanarias de las cárceles.

La primera organización sistematizada y pormenorizada del Ministerio Fiscal en el México independiente, se introduce en nuestro país en la Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia (Ley Lares) dictada el 6 de Diciembre de 1853, bajo el régimen de Antonio López de Santa Ana.

En el título VI de dicha ley y bajo el rubro "Del Ministerio Fiscal" se establece la organización de la Institución, que en su artículo 246 dispone las categorías del Ministerio Fiscal -Del libre nombramiento del Presidente de la República, en los términos del artículo anterior-, como promotores fiscales, agentes fiscales, fiscales de los tribunales superiores, y fiscal del tribunal supremo.

Los artículos 271 y 272 establecen que el Procurador ejerce su ministerio cerca de los tribunales, representando al gobierno, también ejercerá autoridad sobre los Promotores Fiscales y les dará directamente todas las instrucciones que estime convenientes, relativas al desempeño de su ministerio.

En los términos del artículo 264 corresponde al ministerio fiscal promover la observancia de las leyes, defender a la nación en sus bienes, derecho y acciones, promover cuanto crea necesario u oportuno para la pronta administración de justicia, acusar con arreglo a las leyes a los delincuentes, e intervenir en todos los demás negocios y casos en que dispongan las leyes.

El 15 de Junio de 1869, expide Benito Juárez la ley de los jurados. En ella se establecen 3 procuradores a los que por primera vez se les llama representantes del Ministerio Público. No constituían una organización, eran independientes entre si y estaban desvinculados de la parte civil.

El primer Código de Procedimientos Penales se promulga el 15 de Septiembre de 1880, se establece una organización completa del Ministerio

Público, asignándole como función la de promover y auxiliar en la administración de justicia en sus diferentes ramas, sin reconocer el ejercicio privado de la acción penal.

El segundo Código de Procedimientos Penales que se expide el 22 de mayo de 1894, mejora la institución, ampliando su intervención en el proceso. Lo establece con las características y finalidades del Ministerio Público Francés, como miembro de la Policía Judicial y como miembro auxiliar de la Administración de Justicia.

El General Porfirio Díaz en el año de 1903 expide la primera ley orgánica del Ministerio Público, y lo establece ya no como auxiliar de la administración de justicia, sino como parte en el juicio interviniendo en los asuntos donde se afecta el interés público y el de los incapacitados y en el ejercicio de la acción penal de la que es titular. Se le establece como una institución a cuya cabeza esta el Procurador de Justicia.

Cuando termina la revolución el Congreso Constituyente se reúne en la ciudad de Querétaro en 1917. En su seno se discute ampliamente el contenido de los artículos 21 y 102 constitucionales; preceptos ambos que se refieren al Ministerio Público.

En el informe a la asamblea, rendido por el C. Primer Jefe, Venustiano Carranza, al tratar este punto, hace notar, como la investigación de los delitos por parte de los jueces, habían creado la llamada confesión con cargos, estableciendo una situación insostenible, ya que estos funcionarios en su afán de notoriedad ejercían verdaderas arbitrariedades, y

en cambio el Ministerio Público no ejercía la función para la cual fue creado, y pugnaba por situar a cada quien en el lugar que le correspondía, quitándole al Juez la facultad de Policía Judicial y de acusador que hacía los cargos para arrancar la confesión a los reos.

Puesto a discusión el artículo 21 -como lo proponía la comisión dictaminadora- surgieron polémicas en las que intervinieron los diputados Múgica, Rivera Cabrera, Machorro Narváez, Macías, Colunga, Ibarra, Mercado, Jara etc..., debido a que el texto primitivo se hallaba redactado en los siguientes términos: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Sólo incumbe a la autoridad administrativa, el castigo de las 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 este", las ideas así expuestas resultaban confusas, pero la comisión, interpreto el sentir de la primera jefatura que no fue otro, que quitar a los jueces su carácter de Policía Judicial e hizo resaltar la importancia de la institución (Policía Judicial) poniéndola bajo el control y vigilancia del Ministerio Público, los comisionados hicieron notar la vaguedad que había en la redacción del artículo 21, es notoria la opinión de José Natividad Macías, que dijo, que tal y como estaba redactado el artículo traicionaba el pensamiento de Venustiano Carranza, pues se dejaba la persecución de los delitos en manos de la autoridad administrativa y sólo la vigilancia del Ministerio Público. Ello obligó al retiro del artículo, por la propia comisión para modificarlo. En una nueva sesión se presentó un proyecto

reformado por la comisión, además de las ideas que expresaba de manera particular el diputado Enrique Colunga. Pronto se comprendieron las excelencias de la redacción propuesta por el Diputado Colunga, acabando la asamblea por aceptarla, siendo ésta la que actualmente conserva el citado artículo constitucional.

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

Nos parece que el acabado del artículo 21 Constitucional es muy completo, y conforme a la más avanzada doctrina, y que sólo absurdas interpretaciones que de él se han hecho han colocado al Ministerio Público en el lugar que, a los primeros que ha llegado a sorprender es a los propios constituyentes, que no soñaron jamás en el inverosímil crecimiento teratológico (4) que se le iba a dar a la institución, creando un órgano hipertrofiado que amenaza llegar a la categoría de un monstruoso poder.

En el año de 1919 se expiden las leyes orgánicas del Ministerio Público Federal, primeras que se ajustan a la disposición de 1917, que estableció un giro destacado en la institución. Sin embargo, si bien dichas leyes establecen al Ministerio Público como único depositario de la acción penal, en la práctica siguió imperando el antiguo sistema con el cual quiso terminar la constitución de 1917. Cabe mencionar también que en la ley

⁴ El Lc. Fernando de la Fuente, Ministro de la Suprema Corte de Justicia, así califica el crecimiento del Ministerio Público, Criminalia No. 9 Año VII.

orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales. de 1919 en su artículo 26 dispone: "Que si a resultas de la denuncia de un particular el Ministerio Público no ejercita la acción penal, el acusador interesado podría acudir ante el Procurador General reclamando esta omisión y si éste se negare a ejercitar la acción punitiva, el particular podría incluso acudir al recurso de amparo contra esa negativa". (5)

Con la ley orgánica del Ministerio Público del Distrito Federal publicada el 7 de Octubre de 1929, que da mayor importancia a la institución, y la hace más eficiente de acuerdo al pensamiento del legislador, se crea el Departamento de Investigaciones, con agentes adscritos a las delegaciones, las cuales sustituyen a los antiguos comisarios. Al frente de la institución establece como jefe al Procurador de Justicia del Distrito Federal.

En lo Federal ello se ratifica en la ley reglamentaria del artículo 102 constitucional, publicado el 31 de agosto de 1934, quedando al frente de dicha institución el Procurador General de la República.

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

⁵ Colección de Códigos, Leyes Federales, Código de Procedimientos Penales, Herrero Hnos, Sucesores, Mex, D.F. 1924

Y en lo Federal: La Ley orgánica del Ministerio Público Federal reglamentaria del artículo 102 constitucional, publicada el 13 de enero de 1942, otra del mismo nombre del 26 de noviembre de 1955 y la ley de la Procuraduría General de la República, publicada el 30 de diciembre de 1974.

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

A fines de 1983, y por adecuadas iniciativas presidenciales, se proponen y se aprueban nuevas leyes orgánicas federales y del distrito, que cambian en el sentido de hacer mención en su articulado, solamente a las atribuciones de las procuradurías, las bases de su organización y las disposiciones generales que rigen y fundan su quehacer, pero no contienen ninguna disposición relativa al funcionamiento de las procuradurías, reservando para un reglamento interior el precisar sus órganos concretos con sus facultades.

Todo ello se plasma, en lo Federal en la Ley orgánica de la Procuraduría General de la República promulgada en 15 de noviembre de 1983 publicada en el Diario Oficial el 12 de Diciembre de 1983 y su reglamento del 26 de Diciembre de 1988, y en la ley orgánica de la

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal del 6 de Noviembre de 1983, publicada el día 12 del mismo mes y año y su reglamento publicado el 12 de enero de 1989. Por supuesto cada Estado de la Federación tiene sus propias leyes de la institución.

1.5 TEORIA ABOLICIONISTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

Como se ha expuesto con anterioridad el Ministerio Público es una institución muy compleja y que ha sido objeto de muy diversas críticas, no siempre se han reconocido las excelencias de la institución del Ministerio Público, que en términos generales esta actualmente admitida.

Musio, ataca con vigor a dicho funcionario llamándolo "Instrumento Fatalísimo de Despótico Gobierno, y lo considera como instituto tiránico al que compara como el Caballo de Troya, que el ejecutivo ha introducido en el Poder Judicial, y el ente más monstruoso y contradictorio, inmoral e inconstitucional que se mueve como autómatas a voluntad del Poder Ejecutivo". Otros autores que lo atacan y piden su abolición son: Henrion de Pansey, Bonasi, Ludovico Montara, Landolfi, Batolucci, etc.

Sin embargo todas estas teorías abolicionistas fracasaron, pues como lo hace notar Siracusa (6), sólo podría sustituirse la institución del Ministerio Público con uno de dos sistemas: El proceso de tipo inquisitorio, en el cual

⁶ IL Publico Ministerio, Castro V. Juventino Ministerio Publico en Mexico, Funciones y Disfunciones Ed. Porrus, Mexico, D.F. 5a. Ed. 1983, 172 Pgs.

el Juez asume la función de acusador, o el ejercicio privado de la acción penal, sistemas ambos despreciables.

De los defensores del Ministerio Público destaca Manduca que expresa: "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 furiosos abolicionistas, demuestra que son impulsados por la pasión, por la ira, por el rencor, por el odio". Y más adelante concluye: "Lo repetimos: El ministerio Fiscal, representante, encarnación viviente del Estado Social de derecho, no puede, no debe ser del todo extraño y no puede estar ausente en cualquier parte donde se administre justicia".

En resumen podemos decir que el Ministerio Público es, y debe ser, el más celoso guardián del cumplimiento de las leyes. Por que debe ser el órgano desapasionado y desinteresado, que representa los intereses más altos de la sociedad, institución que lo mismo debe velar por la defensa de los débiles, incapaces y los ausentes, así como la función de pedir la justa penalidad de un criminal, pero sin los sentimientos de ira y venganza que podría tener un ofendido.

En otro orden de ideas, no abolicionistas sino de naturaleza funcional, en el Congreso Latino Americano de Derecho Constitucional, celebrado en la Ciudad de México en 1975, se aprobó por los Congresistas la recomendación hecha por el Dr. Héctor Fix-Zamudio, que dice: "Si se quiere lograr la realización práctica de la Justicia Constitucional en América Latina,

deben adoptarse una serie de reformas del organismo Judicial entendido en un sentido integral y de conjunto y para ello debe..... darle independencia al Ministerio Público, respecto del ejecutivo, separando las atribuciones de asesoría al Gobierno Federal, de Representación Social y persecución de los delitos, ya que esta última requiere de autonomía".

Se fundamenta y motiva esta proposición en los siguientes términos "La dependencia del ejecutivo, que consideramos la más inconveniente, como ocurre en México, tiene su origen en la confusión de atribuciones del órgano del Ministerio Público como representante social y titular de la Acción Penal, con la Asesoría Jurídica del Gobierno, que concentra en la figura del llamado Procurador General, y por ello consideramos mucho más lógico la separación que realiza la Constitución Venezolana de 1961, entre el Fiscal General como cabeza del Ministerio Público, y el procurador general como Asesor Jurídico del Gobierno Federal".

CAPITULO II

ACCION PENAL.

2.1 GENERALIDADES.

Toda ciencia y desde luego la nuestra, debe fundarse en sólidos principios o categorías. Estos conceptos comunes o categorías en la teoría general del proceso, son de acuerdo a la corriente dominante en la actualidad: la acción, la jurisdicción y el proceso, a los que también se les conoce como la trilogía estructural del proceso.

El supuesto de todo proceso es un conflicto, y el proceso es el principal medio de solución de conflictos penales.

Para que el conflicto sea resuelto mediante el proceso jurisdiccional, se requiere del ejercicio de la Acción Penal ante el órgano jurisdiccional.

En torno a la Acción, uno de los conceptos fundamentales del Derecho Procesal motor, que pone en marcha el proceso a efecto de que la jurisdicción resuelva sobre el tema controvertido, se han elaborado doctrinas diversas.

Debido a que éste es uno de los conceptos más discutidos en la materia procesal, y aunque no existe acuerdo unánime entre los autores para precisarlo, las principales corrientes, doctrinarias lo consideran como un derecho, como un medio, y como un poder jurídico.

En Roma, la Acción era "El derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe". Este punto de vista se fundamentó en que, tanto el proceso civil como el penal estaban identificados formando una sola disciplina integrante del Derecho Material.

Al evolucionar el concepto, no se le considero como un Derecho en sí, diverso del Derecho Material, sino como el Derecho Material mismo en su orden subjetivo, y después, como el ejercicio de ese Derecho para provocar la jurisdicción.

En la actualidad la mayoría de los autores encabezados por Florián y Chiovenda consideran a la Acción como el Poder Jurídico.

Florián establece: "La Acción Penal es el Poder Jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal".

Este concepto es el que mejor se adapta al procedimiento penal en México, nos parece el más sencillo, no por eso carente de técnica, por que el poder jurídico a que se refiere, es el emanado de la ley, el cual se justifica cuando se ha violado una norma de Derecho Penal, y será previamente en razón de la pretensión punitiva estatal cuando, previa satisfacción de determinados requisitos, se provoque la jurisdicción, cuyas consecuencias serán la declaración de la culpabilidad o la absolución del sujeto de la relación procesal.

Para finalizar este punto diremos que la acción penal es pública, esta encomendada generalmente a un órgano del Estado, y tiene por objeto

definir la pretensión punitiva, ya sea absolviendo al inocente o condenando al culpable a sufrir una pena de prisión, o una sanción pecuniaria.

2.2. ACCION PENAL Y PRETENSION PUNITIVA.

Fundamentalmente el Ministerio Público tiene el carácter de órgano estatal permanente para hacer valer la pretensión penal, nacida del delito, y su vida está íntimamente ligada a la Acción Penal. Util nos parece, pues examinar algunas nociones sobre la esencia de dicha acción penal.

Como se desprende de la definición de Florián, la acción penal consiste en toda la actividad que se despliega (Poder Jurídico), con el fin de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal. La acción penal domina y da carácter a todo proceso: Lo inicia y lo continúa hasta su meta (sentencia).

Massari, establece una diferenciación radical entre acción penal y pretensión punitiva. Para él, la pretensión es el Derecho del Estado al castigo del Reo -Previo un juicio de responsabilidad- en que se constate el fundamento de la acusación y se declare la consiguiente obligación del imputado a soportar la pena. En cambio, la acción penal es la invocación al juez a fin de que declare que la acusación esta fundada y aplique en consecuencia la pena.

Florián (7) opina al respecto: "Nos parece que el concepto es aquí inútil que sirve para complicar, tanto más cuanto que la locución se presta al equivoco por no poderse considerar como pretensión el derecho que el Estado hace valer sin tener enfrente a un adversario, además, en todo caso, la pretensión no sería punitiva.

..... Nosotros estamos de acuerdo con la opinión de Juventino Castro y. (8) "Disentimos de la opinión del ilustre Florián. La distinción entre Acción Penal y Pretensión Punitiva no sólo nos parece útil sino exacta, de un delito no nace la Acción Penal, sino la pretensión punitiva, o sea: El Derecho del Estado de castigar al que ha violado una norma penal, si de todo delito naciera la Acción Penal, no podríamos explicarnos, cuando se resuelve en un juicio que no había delito que perseguir, que fue lo que ejercitó en realidad el Ministerio Público durante el proceso, ya que la Acción Penal -por no haber delito-, no llegó a nacer".

La pretensión punitiva como afirma Massari, es la expresión subjetiva de la norma penal, es el derecho subjetivo a la aplicación de la sanción cuando se ha verificado la violación del precepto. Y como tal pertenece al Derecho Penal substancial en cambio la Acción es una actividad procesal,

7 Elementos de Derecho Procesal Penal Pag. 176. Florian Eugenio, Barcelona, Librería Bosch, 1934.

8 El Ministerio Público en México Funciones y Disfunciones, Pág. 22

que no lleva más fin que el llegar a establecer si el Derecho Punitivo nació para el Estado en un caso concreto que se plantea.

Así establecida la distinción entre ambas, se llega a comprender que la pretensión punitiva pertenece al Estado, y la Acción Penal tiene como titular al Ministerio Público, pero no ingresado a su patrimonio, sino como una facultad y una obligación.

En la doctrina algunos autores han separado a la Acción Penal (pretensión punitiva), de la Acción Procesal Penal (Acción Penal), José Franco (9) hace la diferenciación de la siguiente manera: "La Acción Penal nace con el delito y la Acción Procesal Penal se inicia cuando principia las actividades ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de que declare el derecho en el caso concreto, extinguiéndose cuando cesan esas actividades, es decir, refiriéndose a nuestro procedimiento penal y a un caso en que no se interrumpe la secuela normal de procedimiento. La Acción Procesal Penal principia con la consignación y termina con el acto realizado por el Ministerio Público, que precede a la sentencia firme. Así pues si es exacto que la Acción Penal nace con el delito, es inexacto que la Acción Procesal nazca con él". Estas afirmaciones no son opuestas a las de Juventino V. Castro que afirma que de un delito no nace la Acción Penal, sino la pretensión punitiva. De lo que se puede observar los dos autores separan a la Acción Penal según Franco y Pretensión Punitiva, según

⁹ Franco Villa Jose. El Ministerio Público Federal Ed. Porrúa, Mex, 1965. Pag. 92.

Castro, de la Acción Procesal Penal, según Franco y Acción Penal, según Juventino. (Esta última ejercida por el Ministerio Público).

José Franco Villa prosigue de la siguiente manera "La Acción Procesal Penal lógicamente reclama como presupuesto la existencia de un delito, más de facto puede suceder que por equivocada estimación del Ministerio Público, aparezca la Acción en Cita sin que haya delito y sin embargo el Ministerio Público realizó actividades ante el órgano jurisdiccional, exiéndolo para la aplicación de la ley, o lo que es lo mismo hizo operante la acción procesal penal. Por las razones indicadas debe independizarse la Acción Penal de la Acción Procesal Penal", permitiendo lo que antecede, reiterar que la primera nace con el delito (pretensión Punitiva), que la Acción Procesal Penal no tiene como presupuesto forzoso la presencia de un acontecer delictivo.

2.3. CARACTER DE LA ACCION PENAL.

Vamos a empezar este punto con una pregunta ¿La Acción Penal tiene el carácter de función de justicia o función de Gobierno?, la cuestión es importante, pues de su correcta solución estableceremos si el Ministerio Público debe depender del Poder Judicial, y del Poder Ejecutivo, o bien ser independiente en lo absoluto de ambos poderes.

Han existido las más encontradas opiniones, a este respecto, sin embargo, no se ha llegado a situaciones definitivas, más que las que existen de facto.

Todavía en 1901 Impallomeni, afirma que la Acción Penal es una función de justicia, por que no tiene el libre arbitrio de la Función Política, por tal razón le niega la función social.

Lucchini: afirma que no es acto de pura y simple justicia y pugna por que sea órgano del ejecutivo.

Manzini ⁽¹⁰⁾ dice que si bien por naturaleza la función del Ministerio Público pertenece al orden judicial, no forma parte del Poder Judicial si no que, por declaración de la ley corresponde al ejecutivo, apoyando esta medida: Mangin sostiene que si la Acción Penal correspondiera, lo mismo que el poder decisorio, al juez, resultaría en esta reunión un poder inquietante para las libertades civiles.

Otros autores como Manduca y Niceto Alcalá Zamora, pugnan por una absoluta independencia de ambos poderes, para que así puedan cumplir con libertad sus funciones, ajenos de influencias extrañas.

Para nosotros lo ideal sería la independencia del Ministerio Público de ambos poderes, pero con un verdadero control de sus actividades que sea eficiente y práctico ante cualquier abuso del Ministerio Público.

¹⁰ Tratado de Derecho Procesal Penal. Manzini Vincenzo. Op. Cit. Pag. 24.

Debido a que la independencia absoluta del Ministerio Público de todo poder, le daría una fuerza muy grande al ser el representante de la sociedad para el cumplimiento estricto de las leyes, le daría una categoría privilegiada, que fácilmente llegaría al abuso.

Mario Pagano, decía que rara vez sucede que los hombres teniendo el poder en su mano tengan la virtud de no darse al abuso, que el gran poder corrompe a la virtud cuando no tiene freno. Y Montesquieu enseña que todo poder tiende al abuso, y menester es limitarlo, originándose así su famosa teoría de los tres poderes compensatorios hacia un equilibrio estatal.

Resumiendo podemos decir que la verdadera esencia de la función del ejercicio de la Acción Penal, es política y administrativa, que 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. Es un órgano estatal requirente en el proceso para definir la relación penal.

Al ejecutivo le compete velar por la plena ejecución de la ley y respecto de la Acción Penal, forma parte de las atribuciones esenciales y legítimas del poder ejecutivo, siendo el arma que la sociedad le da para que disponga de ella en el cumplimiento de su misión.

Sin embargo el ejecutivo no se reserva esta facultad para sí. Sino que la entrega y delega para su ejercicio al Ministerio Público, que debe gozar por lo tanto de independencia en el ejercicio de su función técnica, sin

admitir intromisiones del ejecutivo en este aspecto. Concluimos que el ejecutivo no tiene ni debe tener ninguna injerencia en el ejercicio de la Acción Penal.

Del análisis de la Constitución, en sus artículos 21 y 102, como de las leyes reglamentarias del Ministerio Público en México, vemos que no tiene más facultad el jefe del ejecutivo que nombrar y remover libremente a los procuradores. Y no hay una sola disposición, que les permita una intromisión en el ejercicio de las funciones técnicas propias del Ministerio Público.

Por lo tanto el Ministerio Público es autónomo en sus funciones, no estando limitado por ningún poder, sino tan sólo por las leyes. Es la aplicación justa de la ley, causa y fin último de la misión del Ministerio Público.

Hay que reconocer, sin embargo que las funciones del Ministerio Público se precian para ser influidas por las autoridades políticas, para sus fines propios, y que la facultad que tienen -El Ejecutivo de la República y de los Estados-, es de decisiva actuación sobre el Ministerio Público.

Razón por la cual, es de imperiosa necesidad el estatuir la inamovilidad del Ministerio Público, tal y como se ha logrado respecto de los miembros de la judicatura, para que no puedan ser removidos de sus puestos sino por responsabilidad grave en el cumplimiento de sus deberes.

Regresando a los caracteres de la Acción Penal, y tomando en cuenta el fin y objeto de ella, la doctrina le atribuye un carácter Público, además que la ejercita un órgano del Estado.

También se dice que su ejercicio es obligatorio, si se integran todos los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional, no pudiendo quedar a su arbitrio, la consignación hacia el órgano jurisdiccional, por que en caso de no hacerlo estaría quebrantando el orden establecido por la Constitución, y rebasando sus funciones autoritariamente.

La Acción Penal es única, por que no hay una Acción especial para cada delito. Es indivisible debido a que produce, efectos para todos los que forman parte en la concepción, preparación y ejecución de los delitos o para quienes les auxilian.

No puede ser trascendental, sus efectos deben limitarse a la persona que cometió el delito y nunca a sus familiares o terceros.

A lo anterior se agrega el llamado carácter irrevocable, iniciado el proceso, debe concluir con una sentencia. Salvo algunas excepciones que posteriormente analizaremos.

2.4 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION PENAL.

-IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ACCIÓN PENAL-

La Ciencia del Derecho o Ciencia Jurídica, como cualquier otra ciencia, esta regida por leyes que la constituyen, por los principios, nociones y conceptos fundamentales sobre los que esta construida. Son ellos la base y fundamento de un estudio que ha traspasado los limites de mero empirismo, para convertirse en un orden sistemático de principios escrupulosamente elaborados y jerarquizados, que son los que constituyen la ciencia del derecho.

Radbruch y Carneluti⁽¹¹⁾. Han demostrado, entre otros que si existe, real y positivamente una ciencia del derecho, las leyes y principios jurídicos no obedecen al capricho, sino a la observación y a la experiencia. La improvisación no tiene cabida en el Derecho, que es un producto de la vida social y del esfuerzo creador y profundo de la inteligencia en la observación atenta de la relación y nexo que existe entre los fenómenos naturales, y que traen como resultado final la formación de los principios jurídicos, quien conoce los principios jurídicos sabe en todo momento a que causas

¹¹ En sus Obras: Introducción a la Ciencia del Derecho y Metodología del Derecho. Respectivamente.

obedece un fenómeno, y cual es la posición exacta que debe tomar para su estudio y resolución.

Hemos elegido para la realización de esta tesis, esencialmente el estudio de la institución del Ministerio Público y pretendemos señalarle su campo funcional.

Para dar nuestra opinión nos vamos a fundar en los Principios Jurídicos que rigen al Ministerio Público dentro de la Ciencia del Derecho. Los principios que más adelante expondremos son producto del estudio concienzudo de juristas consagrados que los han dejado establecidos, nuestra labor de investigación sólo se ha dirigido a compilarlos y aplicarlos a nuestra vida jurídica institucional.

-PUBLICIDAD DE LA ACCION PENAL-

La Acción Penal es pública puesto que se dirige a hacer valer el Derecho Público del Estado a la aplicación de la pena, al que ha cometido un delito. Aunque el delito cause un daño privado, la sociedad esta interesada fundamentalmente en la aplicación de la pena destinada a protegerla, y se establece así la Acción Penal como pública.

Como ya lo hemos estudiado en los antecedentes históricos del Ministerio Público; observamos como ha evolucionado y se ha desarrollado la Acción Penal, desde la primera etapa de la evolución social, en donde imperaba el principio privatístico que evolucionó a tal punto de reunir en la

misma persona al Juez y al Acusador, notándose el interés tan grande que tiene el Estado en la persecución de los delitos.

En la actualidad se ha creado un órgano especial, permanente y público, encargado de llevar la acusación en el Proceso Penal, distinto del órgano jurisdiccional, que se limita exclusivamente a su papel de juzgador.

Al Ministerio Público sólo se le ha delegado el ejercicio de la Acción Penal, incumbiéndole solamente el activarla; es decir el Ministerio Público no tiene la facultad de disponer de la Acción Penal a su arbitrio, sea antes de haberla intentado, sea después de haberla puesto en movimiento. Sólo la sociedad puede renunciar a la Acción Pública, y ejerce este Derecho acordando una amnistía o bien por las leyes de prescripción.

Del principio de Publicidad de Acción Penal se deduce el de su indivisibilidad. Es indivisible, en cuanto alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito. Así vemos como casi siempre la querrela presentada en contra de uno de los participantes de un delito se extiende a todos los demás, aún que contra ellos no se haya dirigido la querrela, y en la misma forma el perdón del ofendido hecho a uno de los participantes de un delito, beneficia a todos los demás.

Sin embargo, se afirma que el principio de la publicidad de la Acción Penal sufre en su esencia por la institución de la querrela, en los delitos perseguibles a instancia del ofendido. A este respecto Tolomeo se expresa así "No se puede negar que al principio de la publicidad de la Acción Penal es un fuerte golpe a la institución de la querrela, que es el Derecho dado al

sujeto pasivo de impedir la persecución penal, lo cual constituye una autolimitación del Estado para la actuación de su derecho a la pena, condicionado al consentimiento del ofendido".

La escuela positiva ataca a la querrela llamándola una herencia de los tiempos en que la persecución de los delitos se basaba en la venganza privada y razonan de la siguiente manera: o un hecho entraña grave peligro para la sociedad y siempre debe perseguirse o bien el hecho no representa tal peligro, no perjudica a la sociedad sino al interés privado, y por tanto debe ser excluido del Código Penal.

Pasaremos a estudiar si realmente la querrela es una excepción al principio de publicidad de la Acción Penal, y si es una institución que debe substituirse o no.

Las leyes y la doctrina han establecido delitos, en que el Ministerio Público no puede ejercer Acción Penal, si no se ha presentado previamente una querrela, y la prosecución del proceso puede suspenderse si hay perdón por parte del ofendido.

Así establecida la querrela, se advierte que es una mera condición de procedibilidad para ejercer la Acción Penal, ya que mientras la querrela no se haya interpuesto por el ofendido, el Ministerio Público no perseguirá en forma alguna al autor del delito, y una vez interpuesta la promoción de la Acción no resulta forzosa, pues el Ministerio Público tendrá que examinar previamente si se han reunido los requisitos legales para que tal ejercicio se lleve a cabo.

Esto no significa que el Derecho a castigar al culpable pase de manos del estado, a las del ofendido, por el delito; ni tampoco que la facultad de ejercer la Acción, que incumbe al Ministerio Público, pertenezca en esta clase de delitos al particular.

El titular del Derecho a castigar sigue siendo el Estado y el ejercicio de la Acción va a darse en todo momento por el Ministerio Público. El ofendido por el delito tan sólo da su consentimiento para que se promueva la Acción Penal.

No vemos como pues, pueda concluirse que la querrela convertida a la Acción Penal Pública en Acción Privada Penal. Por lo que concluimos que la querrela no es una excepción al principio de publicidad.

-PRINCIPIO DE OFICIALIDAD U OFICIOSIDAD DE LA ACCION PENAL-

Consiste en que el ejercicio de Acción Penal debe darse siempre a un órgano especial del estado llamado Ministerio Público, distinto del jurisdiccional, y no a cualquier ciudadano ni a la parte lesionada.

Y aunque no en todas las legislaciones es aceptado el Ministerio Público, ni en todas ejerce la Acción Penal, con el carácter de exclusividad, sin embargo las excelencias y utilidad de la institución están firmemente establecidas, y aún en aquellos países que la desconocen, insensible, pero decididamente se acercan a su adopción.

En México el principio de oficialidad es aplicado ampliamente en nuestra legislación, ya que los particulares no intervienen en forma alguna en el ejercicio de la Acción Penal, y sólo se ve atemperado por la posibilidad de persecución de los delitos por parte de otros órganos estatales.

-PRINCICIO DE LEGALIDAD DE LA ACCION PENAL-

Se conoce en la doctrina con el nombre de principio de legalidad de la Acción Penal (Legalitätsprinzip) a aquel que afirma la obligación que tiene el Ministerio Público de ejercer Acción Penal cuando se han llenado los extremos del Derecho Material y Procesal, ya que el Proceso no es la consecuencia de un acto discrecional del Ministerio Público.

A este principio se contrapone el de la oportunidad o discrecionalidad (opportunitäsprinzip) según el cual el Ministerio Público ejerce la Acción Penal después de una valoración discrecional de la utilidad o conveniencia de tal ejercicio, y cuando le parezca inoportuno el agitar la Acción puede abstenerse.

Es de entenderse, que este principio de legalidad de la Acción Penal, presupone forzosamente que exista un acusador público permanente. O sea, el principio de la legalidad presupone el principio de oficialidad de la Acción Penal. El principio de legalidad fue aceptado por la legislación Francesa, de donde ha pasado a casi todas las legislaciones del mundo. Y así en Alemania y Austria es aceptado, pero atemperado en algunos casos

por el principio de oportunidad; Noruega y la nueva legislación Rusa, aceptan el principio de oportunidad, en donde la Acción Penal no se ejercita cuando del juicio puedan seguirse perjuicios para la causa de la revolución.

En favor del principio de oportunidad o discrecionalidad se alega, que con el se guardaría el honor y el reposo de los ciudadanos contra los procedimientos temerarios e injustos. Además, se afirma que con el se favorece un influjo político del gobierno sobre la Justicia Penal.

Hay que hacer notar que el principio de oportunidad reconoce que se han llenado los requisitos legales necesarios para proceder al ejercicio de la Acción Penal, pero que por un acto discrecional de conveniencia tal acción no debe ser puesta en movimiento, lo cual significa ignorar el verdadero papel del Ministerio Público.

Hemos apreciado cómo el Ministerio Público tiene un poder-deber de ejercer la Acción Penal, puesto que ejercita un Derecho ajeno, dirigido a tutelar un interés social.

Es decir el Ministerio Público tiene la facultad de ejercer la Acción Penal aunada a la obligación de ejercerla, una vez satisfechos los requisitos legales.

Si la sociedad y el estado tienen interés, por consideraciones especiales, en que una pena no sea aplicada, o en que un delincuente no sea perseguido, tiene ya instituciones adecuadas de que valerse, como son la condena condicional, la amnistía, la prescripción, el perdón del ofendido, etc.

Uno de los fines esenciales del estado es mantener una paz social, misma que puede ser plenamente establecida a través de las instituciones que están debidamente reguladas por las leyes, evitando la valoración personal del Ministerio Público tan peligrosa, que además en esta forma asume el papel de juez, función que en manera alguna debe atribuírsele.

La doctrina unánimemente se pronuncia en favor del principio de legalidad y lo defienden haciendo notar la invasión que el Ministerio Público hace de la función de legislador, con el principio de oportunidad.

La Ley Penal existe para fines de utilidad, y por ello se debe aplicar en todos los casos en que se haya cometido un delito. La determinación de cuando una Acción es dañosa o peligrosa - es decir, es delito- corresponde al legislador, y cuando este haya expresado su convencimiento y establecido que aquella sea delito, la Acción Penal debe ejercitarse siempre. Al admitir el principio de oportunidad, se sustituye el convencimiento del legislador por el del Ministerio Público, que es por lo mismo personal y expuesto a error con lo que el derecho a la defensa social puede frustrarse. Hay que añadir que con semejante criterio la función represiva se debilitaría y podría dar lugar a graves injusticias.

Por otra parte Göldschmidt ⁽¹²⁾ se expresa así: "la historia demuestra lo siguiente: El principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo logrará el dominio

¹² Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal Pg. 78

en un tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del estado y de las garantías del mismo.

Con lo expuesto esperamos que quede establecido y justificado, la operancia del principio de legalidad, faltándonos sólo por establecer que en nuestra legislación esta aceptado tal principio, pues el Ministerio Público deberá ejercitar la Acción Penal, una vez que se hayan reunido los requisitos del artículo 16 constitucional.

En materia federal, es muy indicativo a este respecto lo que dispone el Artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece bajo una estricta legalidad que el Ministerio Público no ejercerá la Acción Penal cuando la conducta o los hechos no sean constitutivos de delito, cuando se compruebe que el inculpado no tuvo participación en ellos, o resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable; cuando la responsabilidad se haya extinguido, o cuando el inculpado hubiere actuado en circunstancias que excluyan la responsabilidad penal. No aparece así ninguna discrecionalidad en las funciones a cargo del Ministerio Público.

El procurador Sergio García Ramírez, en acuerdo 4/84 publicado en el diario oficial el 14 de mayo de 1984, ratifica el tratamiento ordenado por el artículo 137, y añade como hipótesis que fundamenta el no ejercicio de la Acción Penal el que el inculcado ya hubiese sido juzgado por los mismos hechos o la misma conducta. Establece ese acuerdo además el procedimiento para el no ejercicio, incluyendo cita al denunciante,

querellante, u ofendido, para notificarles el proyecto de - acuerdo, concediéndoles plazo de 15 días para presentar observaciones, que deberán ser debidamente evaluadas, y ordena la intervención de la Dirección de Averiguaciones Previas y de la Dirección Técnica Jurídica auxiliar del Procurador, antes de la resolución definitiva de no ejercicio de la Acción Penal que debe ser tomada por uno de los Sub-Procuradores de acuerdo con turnos que se determinen.

Resuelto el no ejercicio de la Acción Penal se envía el expediente al archivo. No debe ser confundido con el acuerdo igualmente fundado y motivado, de "reserva" que permite continuar la averiguación si existe fundamento para ello. (acuerdo 5/84, publicado en la misma fecha que el anterior). En esta cuestión de legalidad en los procedimientos no debe olvidarse el reiterado concepto de que mientras el juzgador esta vinculado en favor del reo, para los casos de duda *-in dubio pro reo-*, el representante social se sujeta al principio inverso: *in dubio pro societate*.

-PRINCIPIO DE IRREVOCABILIDAD, IRRETRACTIBILIDAD O INDISPONIBILIDAD DE LA ACCION PENAL-

Estas denominaciones usadas por diversos autores, consisten en que una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la Acción ante el órgano jurisdiccional, no puede desistirse de dicha Acción, puesto que tiene la

obligación dicho órgano estatal de continuarla hasta que haya una decisión jurisdiccional; que ponga fin al proceso.

Este principio de la Acción Penal es importantísimo en el estudio de las funciones del Ministerio Público, y las consecuencias de él derivadas, son tan interesantes que merecen especial mención en nuestro estudio.

Para estudiar la esencia de este principio nos vamos a referir a dos principios procesales que son su necesario antecedente :

a) Principio de obligatoriedad del proceso penal: que consiste en que la relación Jurídico Penal no puede hacerse efectiva si no a través de un proceso penal, que constituye un derecho y una obligación del estado.

Florián se expresa así respecto a este principio.- "En el Derecho Civil la voluntad de las partes es soberana y el proceso no es siempre necesario, la mayor parte de las veces no es necesario recurrir al proceso para hacer efectiva la relación jurídica. En cambio en el Derecho Penal dado su carácter público, no puede hacerse efectiva la relación jurídica más que por medio del proceso y, por tanto, del procedimiento, por cuya razón la voluntad de las partes, la ejecución voluntaria de la pena, no hallarla aquí manera de actuar. La historia del derecho nos muestra que se han infligido penas sin proceso, y existido pactos sobre la pena entre juez y el imputado. Sin embargo no son más que recuerdos del pasado hoy estumados".

Queda así perfectamente basada la obligatoriedad del proceso para juez, acusador y acusado que se traduce en dos máximas señaladas por el mismo Florián: *Nemo Ludex Sine Lege*, o sea, que la pena debe llegar a

través de juez previamente habilitado por la ley, y *nemo damnatur nisi per legale iudicium, o nulla poene sine iudicio*, nadie puede ser sometido a una pena sino después de un juicio legítimo.

b) Principio de la inmutabilidad objeto del proceso: consiste en que constituida la relación procesal, su desenvolvimiento se sustrae a la voluntad positiva de las partes las cuales no pueden detener el proceso, ni buscar su solución fuera de la decisión jurisdiccional.

Este principio contrasta bruscamente, con el principio dispositivo que regula la relación procesal civil, ya que en el proceso civil las partes pueden transigir, someterse al arbitraje, el actor desistirse, puesto que en el versan intereses privados.

Por el contrario, el carácter público del procedimiento penal, 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 decidir la última palabra respecto a la responsabilidad del procesado, ejercitando su propia función jurisdiccional.

Apreciados estos dos principios procesales con base en que el proceso penal es de interés público, el principio de la irrevocabilidad de la Acción es su lógico corolario, de fácil comprensión y de sólido fundamento:

El Ministerio Público no puede desistirse de la Acción porque no le pertenece, como si se tratara de un derecho patrimonial de carácter privado.

Sólo en los delitos perseguibles por querrela de parte es permitido que el perdón del ofendido ponga fin al proceso, y aún en ese caso debe existir una decisión jurisdiccional que proclame la terminación del juicio. Pero el Ministerio Público no tiene ni puede tener tal facultad, ya que una vez que se ha iniciado el proceso la función soberana del órgano jurisdiccional va a decidir sobre la relación procesal que se le ha planteado.

El que pueda desistirse de la Acción Penal el Ministerio Público, poniendo así fin al proceso, por falta de órgano persecutor de los delitos, no significa sino que esta suplantando al juez en su propia función jurisdiccional, decidiendo sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado.

El principio de las dos instancias también se ve violado con el desistimiento de la Acción por el Ministerio Público. El ofendido por el delito que, quiérase o no, es parte substancial en el proceso, tiene el Derecho, de que en un segundo examen por un órgano jurisdiccional superior, se decida sobre la responsabilidad de un procesado, y sin embargo el Ministerio Público al desistirse de la Acción decide en ese punto en única instancia.

A mayor abultamiento hemos de decir que la gran mayoría de autores han unificado criterios y dejado establecido el principio de irrevocabilidad. Que esencialmente quedaría establecido en los siguientes términos: iniciado el ejercicio de la Acción Penal, el órgano actor no tiene facultad para desistirse; iniciado el proceso no tiene más que un fin: La Sentencia.

Cuando la Acción Penal se ha ejercitado no se agota más que en la sentencia.

No es lícito del acusador hacer nulo el procedimiento, de hacer cesar la jurisdicción, de dejar expuesta la justicia a la eventual coalición entre acusador y acusado y concluyen diciendo "La dignidad y el prestigio de la justicia exige que la continuación del procedimiento no dependa de la voluntad y del apreciamento de la parte acusatoria."

Si hemos insistido tanto en el tema, es por que la legislación mexicana quizá sea la única en el mundo que establece que el Ministerio Público puede desistirse de la Acción Penal con un criterio absoluto de disposición de la Acción.

Más se complica la situación, cuando en Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece que no procede el juicio de amparo en contra de actos del Ministerio Público -Por desistimiento de la Acción Penal-, ya que afirma que el artículo 21 Constitucional prescribe que el ejercicio de la Acción es exclusivo del Ministerio Público, y que si se le obligara a continuar la Acción cuando se desiste se invadirán funciones propias de él, establecidas constitucionalmente.

De lo anteriormente señalado en dos sentidos pues, debe orientarse nuestro estudio:

1.- Crítica a las disposiciones legales que establecen el desistimiento de la Acción por el Ministerio Público.

2.- Crítica al jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que declara improcedente el amparo contra actos del Ministerio Público al desistirse de la Acción

1o. Desde luego, el desistimiento de la Acción se opone a la doctrina, tal como lo hemos venido estudiando, y se opone a los principios procesales que son al mismo tiempo universales, científicos y jurídicos.

Ya que el Ministerio Público al desistirse de la Acción contradice el principio de obligatoriedad del proceso, ya que el carácter público de la relación procesal penal obliga que no se llegue a una decisión final, sino hasta que se hayan transcurrido todas las etapas del proceso - incluyendo las dos instancias y que una autoridad judicial, previamente establecida dicte la resolución; también choca contra el principio de inmutabilidad del objeto del proceso, ya que el Ministerio Público dispone de la relación procesal como si versara sobre intereses de carácter privado, y por último no cumple con el principio de irrevocabilidad de la Acción, ya que el Ministerio Público acusa ante el órgano jurisdiccional, y más tarde retira su acusación invadiendo funciones del juez pues su desistimiento representa una falsa sentencia absolutoria.

Las disposiciones legales que establecan el desistimiento de la Acción Penal deben considerarse como inconstitucionales. El Artículo 21 establezca que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, como una función esencial más no exclusiva, pero también garantiza a los ciudadanos que el órgano público va a llevar adelante la acusación en el

proceso, una vez llenados los requisitos del artículo 16 de la propia constitución. Aquí cabría reflexionar el hecho de que esta disposición constitucional (art.21) esta inserta en el primer capítulo de la constitución, que se aparta para enumerar garantías en favor de las personas y si el citado artículo se interpreta en el sentido de que otorga derechos en favor del Ministerio Público no se entendería la razón de su ubicación en el capítulo indicado.

Si el derecho de perseguir los delitos le fue quitado al particular ofendido para dárselo al Ministerio Público, es sobre la base de que este va a llevar adelante, real y efectivamente la acusación.

Cuando el Ministerio Público se desiste de la Acción abandona la facultad persecutoria que la Constitución le da como garantía para su función, y como garantía a los ciudadanos, además que el desistimiento produce efectos de sentencia absolutoria, invadiendo funciones constitucionalmente encargadas al órgano jurisdiccional. De que al Ministerio Público incumba perseguir los delitos no se deduce que le incumba absolver de ellos, máxime, cuando el artículo 16 constitucional está señalando las únicas condiciones necesarias para que la acusación se lleva a efecto. El artículo 138 del Código de Procedimientos Penales que establecía el desistimiento de la Acción Penal, implanta ahora una figura distinta pero similar: La promoción por parte del Ministerio Público del sobreseimiento en el proceso, y la libertad absoluta del inculpado. En cuatro circunstancias únicas se puede llevar a cabo la promoción:

a) Cuando, durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal.

b) Cuando se compruebe que el inculcado no tuvo participación en el delito que se persigue.

c) Cuando la Pretensión Punitiva esté legalmente extinguida.

d) Cuando excita en favor del inculcado una cláusula excluyente de responsabilidad.

Claramente se advierte que las hipótesis son similares a las que sirven para resolver el no ejercicio de la Acción Penal, pero trasladadas ahora al proceso mismo en donde lógicamente ya se llevo a cabo dicho ejercicio.

El artículo 298 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone que el sobreseimiento procederá cuando el Ministerio Público lo solicite.

El 303 del mismo Código precisa que el inculcado a cuyo favor se haya decretado el sobreseimiento será puesto en absoluta libertad respecto al delito por el que se decreto, y que el 304 dispone que el auto de sobreseimiento surtirá efectos de una sentencia absolutoria y una vez ejecutoriada, tendrá el valor de Cosa Juzgada.

Se trata pues del desistimiento bajo otra denominación, que de cualquier manera es una figura que existe en Códigos de Procedimientos Penales de algunos estados, y por supuesto en la materia militar.

2o.- El amparo que pida el ofendido, en contra del desistimiento de la Acción del Ministerio Público debe ser procedente, en contra de la opinión de la Jurisprudencia de la Corte.

La Jurisprudencia de la Corte se funda en la afirmación, de que la Acción Penal, corresponde exclusivamente al Ministerio Público.

A él le incumbe la persecución de los delitos pero no habla de exclusividad ni de pertenencia de la Acción (tal y como si lo establece el artículo 21 constitucional, respecto del derecho a imponer las penas por la autoridad judicial). Lo anterior se ve corroborado dentro de la misma Constitución que en otras disposiciones establece interferencias a las funciones del Ministerio Público, por otros órganos estatales, en la persecución de ciertos delitos, en determinadas condiciones. Más adelante analizaremos este punto como se merece.

Para demostrar la procedencia del amparo en el caso que estamos examinando, veamos como se verifica el mal llamado desistimiento de la Acción Penal, como invención corrompida: El Ministerio Público llega al convencimiento personal de que un procesado es inocente, o que no hay datos suficientes para condenarlo, o bien recibe órdenes del ejecutivo de desistirse de la Acción (caso éste, por desgracia el más frecuente), y se desiste de dicha Acción. Se da vista al Procurador General de la República, del Distrito o del Estado - según se trate del delito -, para que opine control interno, y si dicho funcionario se muestra conforme con el desistimiento. Este desistimiento según lo expresa la ley, es causa de sobreseimiento,

cesa el procedimiento, y obliga al juez a poner en libertad al procesado, archivándose definitivamente el asunto. El auto de sobreseimiento tendrá efectos de sentencia absolutoria, y una vez ejecutoriado tendrá el valor de Cosa Juzgada. El ofendido por el delito, pide amparo contra el desistimiento de la Acción, y su demanda es rechazada por improcedente.

Resulta así el Ministerio Público un juez irrecurrible, inapelable e irresponsable. Contra su decisión no hay recurso posible, y es irresponsable ya que el juicio de responsabilidad que por el desistimiento de la Acción se puede establecer va a ser llevado a los tribunales, por el acusador que tiene que ser el mismo Ministerio Público, lo cual, como lo hace notar Luis Cabrera es completamente ilusorio.

Y aunque se le condenara en el juicio de responsabilidad al Ministerio Público, su desistimiento es definitivo y no puede esgrimirse contra él recurso alguno.

En México, contra resoluciones judiciales se establecen una serie de recursos, que culminan en el amparo por violación de garantías individuales, por el contrario contra la resolución de desistimiento de la Acción por parte del Ministerio Público, la indefensión es absoluta.

Y como remate de este concurso de desaciertos; ejecutorias de la propia Corte han establecido que cuando el Ministerio Público se niega a ejercer la Acción Penal no lo hace como autoridad, sino como simple parte o parte sustantiva, razón por la cual tampoco es precedente el amparo.

A continuación demostraremos que tal criterio continua vigente a la fecha, como lo indica la siguiente jurisprudencia firme:

"Tesis 198, Ministerio Público cuando ejercita la Acción Penal en un proceso, tiene el carácter de parte y no de autoridad, y por lo mismo contra sus actos es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón, cuando se niega a ejercer la Acción Penal.

Las facultades del Ministerio Público no son discrecionales puesto que debe obrar de modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esa institución, puede consistir en la organización de la misma, y en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 constitucional". (Pág. 408 de la segunda parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los fallos pronunciados en los años 1917 a 1975).

Con esta jurisprudencia se concluye que el artículo 21 constitucional no establece garantías en favor de los individuos o de la sociedad, si no del propio Ministerio Público.

Juventino V. Castro (13) opina al respecto. "Y es así como este criterio iletrado e invasor establece que el ofendido por el delito no puede recurrir a los tribunales comunes, ni a la justicia federal en juicio constitucional, que

¹³ Opus Cit. Pág. 77.

debe tutelar la garantía del artículo 21 de la carta fundamental del país, torpemente violada y vilipendiada".

Creemos que en el caso hay real, efectiva, y flagrante violación de garantías, puesto que el desistimiento de la Acción Penal por el Ministerio Público es un acto de autoridad, que causa perjuicios irreparables al particular lesionado por el delito, o sus causahabientes, sin que haya recursos que puedan hacerse valer ante el propio juez del proceso, o de ninguna autoridad, por el abandono de sus funciones que hace el acusador público, dejando así sin defensa al propio particular.

Quando el Ministerio Público se desiste de la Acción viola garantías establecidas por la Constitución y el amparo es perfectamente procedente. En cuanto a la procedencia del amparo, por lo que toca al sujeto de su ejercicio, debemos establecer que el amparo podrá ser pedido por todo el que demuestre que el desistimiento de la Acción le sigue un perjuicio, como es la reparación del daño que va unida siempre como acción patrimonial, aparejada a la Acción Pública.

Nos falta sólo por examinar los efectos del amparo, que serían obligar al Ministerio Público a que continúe ejercitando la Acción intentada, es decir: a que cumpla con un deber ineludible, lo cual es muy distinto a que la autoridad judicial ejercite la acción invadiendo funciones del Ministerio Público.

En conclusión: El desistimiento de la Acción Penal por parte del Ministerio Público - que esta establecido en nuestra legislación secundaria-,

es contrario a la Doctrina y a la Constitución. Pero en tanto una reforma legislativa no derogue las disposiciones inconstitucionales, poniendo así en este aspecto a nuestra legislación a la altura de los grandes principios procesales, la procedencia del amparo debe ser firmemente sostenida, con fundamento en el artículo 133 de la Carta Magna que afirma que no puede ser violada por leyes secundarias.

-PRINCIPIO DE LA VERDAD REAL; MATERIAL O HISTÓRICA-

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).

En cuanto a la posición de la norma jurídica, la actividad del juez es igual en el proceso civil y en el proceso penal, por que ni uno ni otro pueden imponer una norma que no exista, ni omitir una norma que exista, no sucede lo mismo en orden a la situación de hecho. En el proceso civil el juez no ve a la realidad, sino a la afirmación de las partes, a la posición del hecho como presupuesto de la demanda presentada al juez, -eventualmente- a la admisión y confesión de la contra parte. Es por eso que se dice que el proceso civil tiende a realizar la verdad formal, convencional o legal, debido a que el carácter del proceso es privado, se admiten soluciones extrajudiciales, arbitrajes, desistimientos, allanamientos, etc..., con el fin de que lleguen a un acuerdo los particulares y por eso se establece una

valoración de las pruebas tasadas, que ponga fin a controversias, y el juez no lleva sus investigaciones más allá de los pedimentos de las partes. (verdad formal)

En cambio el carácter público del proceso penal, en el que el Ministerio Público pugna por establecer el derecho punitivo del estado, busca la verdad real o histórica y efectiva, ya que la sociedad esta 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.

En el proceso penal, el juez busca la realidad de los hechos, es por eso que puede desechar la confesión del acusado, si la cree falsa o interesada, y no se encuentra constreñido ni por el pedimento de las partes, ni por la especial valoración legal de las pruebas.

Es por esto que el Juez Penal tiene un campo de acción mayor al del Juez Civil, pudiendo el Juez Penal , practicar de oficio las diligencias que le aproximen más al conocimiento del hecho que pueda corresponder a la realidad, 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 su personal valoración de ellas y forma su opinión sin presiones extrañas de ninguna especie. Por esta misma razón la confesión judicial ante Policía Judicial y el Ministerio Público que señala la ley procesal, es absurda.

Sólo nos resta examinar que aplicación tiene el principio de que estamos hablando en nuestra legislación. Desde luego es a través de la libertad en la valoración de las pruebas por el juez, en donde se pueden apreciar las facilidades que tiene en la apreciación de la realidad de los hechos en que se basa su sentencia.

El Código de Procedimientos Penales de 1931 se basa en el sistema mixto con una fuerte tendencia al de prueba tasada, y el de 1934, en cambio es sistema mixto próximo a la libre apreciación de la prueba. Como puede desprenderse de la lectura de los artículos 135, 138, 139, 143, 147, 164, 182, 189, 225, 244, 246, 247, 248, 249, 250, al 261, 314 y demás relativos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el sistema probatorio vigente en México es de tipo mixto con marcada tendencia al libre.

-PRINCIPIO DE LA INEVITABILIDAD DE LA ACCION PENAL-

Consiste este principio en que no se puede aplicar ninguna pena sino a través del ejercicio de la Acción Penal que provoque una decisión jurisdiccional.

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

Creemos plenamente fundamentado el principio que estudiamos, dado el carácter público de la Acción Penal, una sumisión voluntaria a la pena por parte del particular es inadmisibile.

-PRINCIPIO DE LA PROHIBICION DE LA "REFORMA IN PEIUS"-

Es aquel que afirma 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 agravios, la Sala 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 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, establecida por el primer juez, como preclusión que le es favorable.

Calamendrei encabeza una tendencia actual muy pronunciada en el sentido de acabar con la prohibición *reformatio in peius* en materia penal. Debido a que el proceso penal persigue el establecimiento de la verdad real o material, tal y como lo hemos estudiado, y por lo tanto el juez penal para sentenciar no debe estar sujeto a formalismos o preclusiones.

Sin embargo, creemos que una restricción tendrá que imponerse al órgano revisor: consistente en que no podrá agravar la sentencia de primera

instancia en perjuicio del acusado, cuando tal medida lo ponga en estado de indefensión, es decir que si al agravar la sentencia de primera instancia, se crea una situación procesal nueva, con respecto a la cual el acusado no ha dirigido su defensa, la prohibición de *reformatio in peius* debe establecerse en forma decidida. Un sujeto acusado por un hecho delictuoso, con respecto al cual ha aportado elementos tendientes a demostrar su inculpabilidad, no puede ser sentenciado en segunda instancia por otro distinto (a pesar que de las constancias procesales así se deduzca, pues esto es motivo de una nueva acusación separada), y esto porque en tal caso el reo no ha podido hacer su defensa frente a esa nueva situación procesal.

Juan José González Bustamante ⁽¹⁴⁾ nos explica la aplicación que el principio tiene en nuestra legislación. El Código de Procedimientos Penales de 1880 no establecía disposición alguna a este respecto. El Código de 1894 quitaba la prohibición *reformatio in peius*, ya que permitía (en su artículo 480) que en la segunda instancia le impusieran al reo una pena mayor que la fijada en la sentencia apelada, si ésta no estuvo arreglada a derecho. En los actuales Códigos Federal y del Distrito (en sus art. 364 y 415 respectivamente), establece que la segunda instancia se abrirá a petición de parte legítima, para resolver sobre los agravios expresamente interpuestos por el apelante, pudiendo suplirse la deficiencia de ellos, por el

¹⁴ Juan José González Bustamante Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Ed. Porrúa Mexico, D.F. 6a. Ed. 1985.

tribunal de apelación, cuando el recurrente sea el procesado o por torpeza del defensor que no los hizo valer debidamente. Rige así en la actualidad en nuestra legislación el principio de la *reformatio in peius*.

En los actuales Códigos Federal y del Distrito Federal, se establece que la segunda instancia se abrirá a petición de parte legítima, para resolver sobre los agravios expresamente interpuestos por el apelante, pudiendo suplirse la deficiencia de ellos, por el tribunal de apelación, cuando el recurrente sea el procesado o por torpeza del defensor que no los hizo valer debidamente.

Rige así en la actualidad en nuestra legislación, el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*.

-PRINCIPIOS DE LA ORALIDAD, CONTRADICCIÓN, INMEDIATIVIDAD Y CONCENTRACION PROCESALES-

Estaría incompleto el marco que hemos expuesto respecto a los principios de la Acción Penal, si no nos refiriéramos a una serie de principios procesales, que si bien no atañen directamente a la Acción Penal, son indispensables para formarse una idea completa del campo procesal en que funciona el Ministerio Público en el ejercicio de la Acción.

Como los principios que vamos a estudiar están ligados, y unos son la consecuencia lógica de los otros, lo estudiaremos en conjunto.

El Principio de Oralidad consiste en que el proceso debe desarrollarse preponderantemente por medio de la palabra hablada, debiéndose basar las resoluciones judiciales en el material procesal proferido oralmente. El procedimiento oral se contraponen al escrito, en donde las resoluciones se basan en el material procesal que obra en autos. Se llama también principio "de la conformidad de los autos".

En nuestro proceso la oralidad sólo tiene plena actuación en el período de audiencia, en el que tanto el Ministerio Público como el acusado o su defensor, verbalmente alegan lo conveniente para apoyar sus conclusiones ya expuestas. No es sólo garantía procesal, sino también constitucional, ya que se encuentra establecida en el artículo 20 fracción IV de la Carta Magna.

El juicio oral está dominado por el principio de contradicción, ya que tanto la acusación como la defensa se encuentran en el proceso persiguiendo diferentes finalidades.

El procesado persigue su libertad, o una sentencia con penalidad mínima, el Ministerio Público persigue la estricta aplicación de la ley penal al responsable de un delito.

Se debe garantizar a las partes, el que conozcan las actuaciones mutuas, y el poder tomar las medidas necesarias respecto a esas actuaciones, para que realicen el fin que persiguen.

Este principio garantiza también un defensor técnico, ya que si el Estado ha creído necesario que no sólo el Juez sino el acusador tengan una

preparación técnica en la disciplina jurídica, debe permitir el que el procesado se valga de un técnico, versado en cuestiones de derecho, que pueda enfrentarse al juez y Ministerio Público con posibilidades de éxito.

La legislación Mexicana, como otras muchas, establece la Defensoría de Oficio para lo que no quieran o no puedan costear un abogado que los patrocine.

El Principio de Inmediatez consiste en que el juez debe recibir directamente el material, las pruebas y todos los elementos procesales de donde ha de sacar su convicción para la sentencia. Garantiza éste principio como el de oralidad, el que el juez dicte una sentencia lo más justa, dentro de lo posible, por el conocimiento directo de los materiales procesales.

Por último si el juicio es oral, y se rige por el Principio de la Inmediatidad, se corre el peligro de que si se alarga, el juez podrá olvidar los datos que tan sólo conserva en la mente, y por lo tanto es necesario que el proceso se desenvuelva ininterrumpidamente en una o varias sesiones. Este principio es llamado de la Concentración Procesal, de Continuidad o de Unidad de Acto.

Todavía se fija y establece un último principio científico: el de unidad de los resultados de las actividades de los sujetos procesales, o de la adquisición procesal, que consiste en que cada uno de los sujetos procesales puede utilizar para sí los efectos de los actos ejecutados por el otro.

Todos estos principios jurídicos-procesales, como habíamos indicado, rigen indefectiblemente la función del Ministerio Público, en la parte que le corresponde, quien debe tenerlos en cuenta en el ejercicio de la Acción Penal, puesto que provienen de la observación y de la experiencia, del fenómeno natural de la relación procesal, que ha sistematizado y jerarquizado universalmente en la doctrina, todos los principios, nociones, elementos y conceptos fundamentales, que constituyen la ciencia jurídica en sus tres grandes campos de estudio: La Genética, La Problemática y La Sistemática de las nociones jurídicas.

CAPITULO 3

ORGANO A QUIEN SE ENCOMIENDA EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL (MINISTERIO PUBLICO)

3.1 GENERALIDADES. ART. 21 CONSTITUCIONAL

El artículo 21 constitucional consagra las Garantías de Seguridad Jurídica siguientes:

1) La primera de ellas consiste en que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la Autoridad Judicial. Esta disposición constitucional asegura al individuo el derecho subjetivo en el sentido de que ninguna autoridad estatal, que no sea la Judicial, puede imponerle pena alguna, esto es ninguna sanción de las que verbigracia, conceptúa como tal el artículo 24 del Código Penal.

Esta Seguridad Jurídica engendra para las autoridades legislativas o administrativas la obligación negativa, en favor del Gobernado, consistente en no imponerle ninguna sanción que tenga el carácter de pena en los términos de los diversos ordenamientos penales sustantivos.

Tienen el carácter de autoridad judicial todo órgano del estado que integra o forma parte del Poder Judicial Federal, de acuerdo con la ley suprema y la orgánica respectiva. Por ende, no obstante que una autoridad formalmente administrativa desempeñe una función jurisdiccional (como

sucede por ejemplo con las Juntas de Conciliación y Arbitraje), está impedida para imponer pena alguna, por no tener el carácter de "Judicial" en los términos expresados con antelación.

La aplicación o absolución que se le da a un procesado, debe ser la consecuencia del ejercicio de la jurisdicción, es decir las autoridades judiciales deben imponer las penas una vez que hayan resuelto el conflicto Jurídico previo planteado ante ellas y aplicado, como consecuencia de dicha resolución, la norma que contenga la sanción penal.

Naturalmente, toda la función jurisdiccional desplegada por la autoridad judicial, debe desplegarse conforme a las exigencias del artículo 14 constitucional.

2) La otra Garantía de Seguridad Jurídica que consagra el artículo 21 es la consistente en que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquel, de acuerdo con esta disposición el gobernado no puede ser acusado sino por una entidad autoritaria especial, que es el Ministerio Público.

En consecuencia queda eliminado el proceder inquisitivo del juez para acusar y condenar. Así mismo, según tal Garantía, el ofendido por un delito debe ocurrir siempre a la Institución del Ministerio Público, respectivo, para que se le haga justicia y para que se le imponga al autor del hecho delictivo la pena correspondiente, a través del órgano jurisdiccional.

Ignacio Burgoa ⁽¹⁵⁾ expresa "En relación con la titularidad persecutoria de los delitos que se imputan con exclusividad por la Constitución al Ministerio Público, se presenta una cuestión de cuya solución pueden derivarse tremendas consecuencias prácticas.

En efecto siendo dicha entidad la titular exclusiva y excluyente de la mencionada facultad, teniendo, por tanto, una potestad "Soberana" en cuanto a la pertinencia o improcedencia de su ejercicio, puede ser que el Ministerio Público se abstenga ilegal o ilegítimamente de acusar a una persona como, autor de un delito no obstante que esté y la presunta responsabilidad de aquella sean evidentes. El ofendido en este caso, según lo asentado por la Suprema Corte, no tiene ningún derecho para impugnar judicialmente el acuerdo del Ministerio Público en el sentido de no ejecutar la Acción Persecutoria por lo que la vida, honra, intereses, etc..., de los sujetos pasivos de una infracción penal quedan al arbitrio de la citada institución".

Pero esta cuestión es motivo de un estudio y análisis más completo que haremos posteriormente.

Podemos concluir que la "Facultad" que tiene el Ministerio Público para perseguir los delitos, así como para seguir la acusación durante el proceso, entrañan en realidad una obligación social muy importante a su cargo, misma que impone el Artículo 21 constitucional. La obligación social a que hemos aludido, no sólo la tiene el Ministerio Público frente a la comunidad, sino que la asume en cada caso concreto, frente a los sujetos

¹⁵ Burgoa Orihuela Ignacio. *Las Garantías Individuales* Ed. Porrúa D.F. 24a. Ed. 1992 Pág. 656.

que sean víctimas u ofendidos de un delito. Esta obligación social individualizada nos lleva a la conclusión de que el artículo 21 constitucional, en lo que al Ministerio Público, atañe, si contiene y consagra una verdadera garantía individual en favor de todas las personas que sean sujetos pasivos de un hecho tipificado legalmente como delito.

Lo anterior de acuerdo a la hermenéutica más clara del artículo 21 constitucional. Así como de la interpretación histórica legislativa del constituyente.

3.2 NATURALEZA JURIDICA.

En este punto vamos a tratar de determinar la Naturaleza Jurídica de la Institución del Ministerio Público, sin embargo este tema ha sido motivo de discusiones interminables, dentro del campo doctrinario, se le ha considerado:

a) Como un representante de la sociedad en el ejercicio de las Acciones Penales;

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

c) Como un órgano judicial;

d) Como un colaborador de la Función jurisdiccional.

a) Como un representante de la sociedad en el ejercicio de las Acciones Penales.- Esta postura se toma del hecho de que el Estado, al

instituir al Ministerio Público, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esa manera persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad.

Chiovenda afirma: El Ministerio Público personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción.

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: "la ley tiene en el Ministerio Público su órgano específico y autentico"¹⁶)

Es indudable que el Ministerio Público representa al interés general, y al instituirse el estado, la sociedad delega al Ministerio Público todo lo necesario para proveer el mantenimiento de la legalidad.

Sin embargo Nicanor Gurria Urgel en la publicación el Ministerio Público Federal en el nuevo régimen, considera un error el que se llame al Ministerio Público representante, dice el autor: "Lo es del gobierno, del poder ejecutivo y nada más. Este lo nombra y de este recibe instrucciones. Puede removerlo cuando a bien lo tenga y nadie legalmente podrá impedirselo".

¹⁶ Comentarios al Código de Procedimientos Penales, para el D.F. y Territorios Federales. Pág. 31 Ed. Herrero, México, 1961.

"Si fuera representante de la sociedad, debería lógicamente, ser nombrado por esta o por el voto popular, y no es así, ni siquiera teóricamente".

Si atendiéramos al contenido de este argumento, llegaríamos a la conclusión de que los magistrados también son representantes del poder ejecutivo, por que es quien los designa, sin embargo, no es así.

b) Es un órgano administrativo.- Fundamentalmente esta afirmación proviene de la doctrina Italiana- encabezada por José Guameri, que afirma "Como el Ministerio Público no decide controversias judiciales, no es posible considerársele 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 la misma. Para que la ley no quede violada, persigue el delito y al subjetivarse las funciones estatales en: Estado-Legislación, Estado-Administración, Estado-Jurisdicción; El Ministerio Público realiza las funciones de Estado-Administración poniéndose como sujeto ante el Estado-Jurisdicción, pidiendo la actuación del derecho, pero sin actuar él".

Por otra parte, los actos que realiza el Ministerio Público son de naturaleza administrativa, lo que justifica que se le apliquen los principios del Derecho Administrativo, tan es así, que pueden ser revocables. También su naturaleza administrativa reside en la discrecionalidad de sus actos.

Además de que presente a través de su actuación las características generales de quienes actúan como "parte", ejercita la Acción Penal, propone demandas, presenta impugnaciones, tiene facultades de pedir providencias de todas clases, etc.

c) Es un órgano judicial.- Esta doctrina se inclina a otorgar al Ministerio Público el carácter de órgano jurisdiccional o de órgano perteneciente a la Judicatura. Si la potestad judicial tiene por objeto el mantenimiento y actuación del orden jurídico, como esta última abarca al Poder Judicial y éste a su vez, a las otras actividades no jurisdiccionales comprendidas en el objeto indicado, de esta manera, autores como Giuseppe Sabatini, Giulano Vasalli y Santi Romano afirman que el Ministerio Público es un órgano judicial, pero no administrativo.

Raúl Alberto Frosali manifiesta que de la palabra Juicio según su etimología debe entenderse, todo aquello que se refiere al juicio. Agrega Frosali que es necesario reconocer que la actividad del Ministerio Público es administrativa, por que no es legislativa, ni jurisdiccional, ni tampoco política pero amerita la calificación de judicial por que se desenvuelve en un juicio⁽¹⁷⁾. No consideramos que Frosali este en lo justo, por que 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.

¹⁷ Sistema Penale Italiano, Parte Seconda Diritto Procesuale Penale, Tomo IV, Pag. 167, Unione Tipografic Editrice Torinese. 1958. Colín Sanchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ed. Porrúa., México D.F. 12a.ed., 1990, Pag. 82.

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

d) Es un colaborador de la función jurisdiccional.- Es posible admitir que colabora con la función jurisdiccional, a través de sus funciones específicas, por que 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, razón por la cual el Ministerio Público(órgano de la acusación), lo mismo al perseguir el delito que al hacer cesar toda 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.

De lo expuesto hasta el momento se concluye: si el Ministerio Público representa el interés social que le encomiendan las leyes, estrictamente hablando, debiera ser el pueblo el que lo eligiera, para así crear congruencia entre la representación que tiene y los representados que se la otorgan.

En un ámbito de autentica democracia así debiera ser y esto despejaría considerablemente el campo de las especulaciones en torno a su naturaleza jurídica.

En nuestro medio el Ministerio Público es una institución jurídica creada por la constitución, y cuya naturaleza es polifacética, por eso en el

cumplimiento de sus funciones actúa como autoridad administrativa, colabora en la función jurisdiccional, es "parte" en la relación procesal, representa a los menores a los ausentes, al estado, a la sociedad, etc.

3.3 PRINCIPIOS ESENCIALES QUE LO CARACTERIZAN.

a) **Unidad e indivisibilidad del Ministerio Público.**- Del derecho

Francés ha pasado a todas las legislaciones el principio que ha llegado a aceptar la doctrina: *Le ministère public. Est. un et indivisible.*

Se dice que el Ministerio Público constituye una unidad en el sentido de que todas las personas físicas que componen la institución se consideran como miembros de un sólo cuerpo, bajo una sola dirección.

Emilio Portes Gil en una circular, cuando era procurador en 1932 expresaba, el concepto de que faltándole al Ministerio Público la unidad su función es anárquica y dispersa y la amplitud de facultades que la Constitución ha dado a la institución, lejos de ser benéfica resulta perjudicial, y pugnaba por que los agentes del Ministerio Público, fueran funcionarios, además de capaces técnicamente, responsables en su trabajo, y dispuestos a coordinar su esfuerzo con el de sus compañeros para lograr la unidad de la institución.

Sin embargo hay que hacer notar que la unidad absoluta de la institución no se ha logrado en nuestra legislación, pues en el campo federal existe un Ministerio Público Federal, bajo la dependencia del Procurador

General de la República, y en materia común la institución tiene como jefe al Procurador de Justicia del Distrito Federal o del Estado del que se trate, e igualmente existe un Procurador de Justicia Militar. Esta situación pudiera modificarse estableciéndose una jerarquización técnica derivada del artículo 21 constitucional y una cabeza común de todo el organismo (Procuraduría General de la República), lográndose así la unidad que tan beneficiosa es para el mejor cumplimiento de los fines de esta institución, que en ocasiones llega a presentar pedimentos contradictorios.

El Ministerio Público es indivisible en el sentido de que "ante cualquier tribunal y por cualquier oficial que la ejercite el Ministerio Público representa siempre a una sola persona en instancia: la sociedad o el Estado.

Cada uno de ellos en el ejercicio de sus funciones representa a la persona moral del Ministerio Público como si todos sus miembros obraran colectivamente. A la pluralidad de miembros corresponde la indivisibilidad de la institución: Unidad en la Diversidad.

Y así vemos como dentro de nuestro procedimiento, uno es el agente del Ministerio Público que inicia la investigación y otro es el que consigna y sigue el proceso. A pesar de lo anterior en término de generalidad siempre se dice que es el Ministerio Público, el que ha hecho la persecución de los delitos, tal y como lo establece la constitución, por que la institución es indivisible.

b) Otro principio que caracteriza al Ministerio Público es su jerarquización.- Debido a que esta organizado jerárquicamente bajo la dirección del Procurador General, en quién residen las funciones, las personales que lo integran no son más que una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan órdenes de este.

c) Independencia.- La independencia del Ministerio Público es en cuanto a la jurisdicción, por que si bien es cierto, sus integrantes reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los órganos jurisdiccionales. Esto se explica sin mayores complicaciones, si para ello hacemos notar la división de poderes existentes en nuestro país y las características que le singularizan, de tal manera que concretamente, la función corresponde al ejecutivo, depende del mismo, no pudiendo tener injerencia ninguno de los otros en su actuación.

En efecto la falta de autonomía del Ministerio Público en el ejercicio de su función social y dependencia directa inmediata del poder ejecutivo, han originado se le vea con recelo, debido a que el interés protegido en el ramo que le ha sido encomendado puede subordinarse a determinados intereses o presiones, en tales condiciones, estaría ausente la imparcialidad de sus actos confundándose como apuntó Francisco Carrara: "El celo por la condena con el celo por la justicia".

Si la actividad del Ministerio Público esta encaminada a la realización de una función social tan importante, debe ser realizada, como señala Alcalá

Zamora, por funcionarios independientes, "Que no sean órganos de nadie, para que no satisfagan las instrucciones del mandante, en perjuicio, según a éste convenga, del individuo o de la sociedad, constituyendo de ese modo una institución que sin obstáculos, que la maniaten o le hagan desvirtuar sus funciones, garantice a la sociedad su normal desenvolvimiento a través de la persecución de los delitos".

d) Irrecusabilidad.- El fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad del Ministerio Público, radica en los artículos 12 y 14 de las leyes de la Procuraduría General de la República y Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ambos ordenamientos señalan que el Ministerio Público. "Cuando exista alguna de las causas de impedimento que la ley señale para, las excusas de los magistrados y jueces federales, deberán excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan", situación en la que se le confiere al Presidente de la República la facultad de calificar la excusa del Procurador General de la República y éste la de los funcionarios del Ministerio Público Federal.

3.4 EL MINISTERIO PUBLICO COMO TITULAR DE LA ACCION PENAL Y EJERCITANDO FACULTAD DE POLICIA JUDICIAL.

La Constitución de 1917 estableció, en Materia Penal, una doble función del Ministerio Público como titular de la Acción Penal y como Jefe

de la Policía Judicial, característica, esta última de extracción netamente nacional.

Para empezar señalaremos cuales son las actividades características de la función de Policía Judicial.

El agente investigador del Ministerio Público al tomar conocimiento de los hechos, se encuentra a primera vista, ante la imposibilidad de determinar si revisten las notas distintivas del ilícito, y también ante el problema de saber quién es el autor o si aquel a quien se hace la imputación lo ha cometido.

Para precisar lo anterior procede la averiguación durante la cual reunirá lo elementos legales que justifiquen el ejercicio de la Acción Penal.

Durante esta etapa se pone de manifiesto la función de la Policía Judicial a cargo del Ministerio Público, quien actuando como autoridad en la investigación de los hechos, es ayudado por el ofendido, por los peritos y terceros.

La facultad de Policía Judicial es el medio preparatorio al ejercicio de la Acción Penal, y es definida por Javier Piña Palacios como: "El acto por medio del cual el Ministerio Público reúne los elementos necesarios para el ejercicio de la Acción Penal".

Durante la vigencia de la constitución de 1857 la facultad de Policía Judicial era ejercida también por el Ministerio Público, pero no de una manera exclusiva puesto que la tenían también todos los que estaban en

contacto con la administración de la justicia penal: El comisario de policía, el juez penal, el magistrado de la sala, etc.

Hemos visto ya las ideas que sustentaba Don Venustiano Carranza respecto a su oposición a que tuviera el juez la facultad de investigar los delitos, por los abusos y arbitrariedades a que dio lugar, y por que desplazaba de sus funciones por completo al Ministerio Público. Y también estudiamos la forma decidida en que los Constituyentes adoptaron la idea traduciéndola en el artículo 21 constitucional.

Sin embargo en la práctica no se llevo a cabo la idea conforme a los deseos de ellos, ya que el Ministerio Público tomó el papel de mero intermediario entre el comisario que era el que realmente hacia las investigaciones, y el juez a quien remitía las actas levantadas por el comisario, creyéndose que por medio de este subterfugio se cumplía con el mandato constitucional.

Sólo se cumple con la Constitución hasta que se promulga la ley orgánica del Ministerio Público de 1929. Que crea el Departamento de Investigaciones, suprime las comisarías y establece en su lugar - Por ley de 28 de diciembre de 1931 - las delegaciones del Ministerio Público que ya ejercían en forma exclusiva la facultad de policía judicial, la cual es preparatoria al ejercicio posterior de la Acción Penal por el agente del Ministerio Público en turno ante los tribunales. La ley orgánica del Ministerio Público Federal de 1934, crea el Departamento de Averiguaciones Previas.

La Acción Penal no vive en tanto no exista una jurisdicción ante la que se ejerza, de tal manera que esta supeditada a una jurisdicción. Debe así afirmarse que no hay Acción mientras no haya un juez que conozca de ella. Por el contrario, la facultad de Policía Judicial es ejercida por el Ministerio Público ante sí mismo, bastando para que tenga vida su simple ejercicio. La facultad de Policía Judicial tiene pues por objeto llenar los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional comprobados que sean los extremos, ya se podrá ejercitar la Acción Penal ante la jurisdicción correspondiente.

El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, le da a las diligencias practicadas por el Ministerio Público y la Policía Judicial, un valor probatorio pleno -Judicial-, siempre que se ajusten a las reglas relativas de ese código respecto a las pruebas.

Juventino V. Castro crítica lo anterior de la siguiente manera ⁽¹⁸⁾: "Absurdo mayor no podía haberse establecido. Si suponemos que tiene valor probatorio pleno, o de fe judicial, una diligencia practicada por el Ministerio Público, estamos constriñendo al juez a la valoración que de ella ha hecho el Ministerio Público o la Policía Judicial, lo que ya no permite una lógica individualización de la pena por parte del juez. En esa forma, el Ministerio Público se otorga la facultad decisoria propia del juez que ciertamente no le corresponde. Se vuelve así a los tiempos del sistema inquisitivo, en que un sólo órgano es juez y parte en el proceso".

¹⁸ Op. Cit. Idem. El Ministerio Público en México Funciones y Disfunciones. Pag. 33.

La Constitución en artículo 21 establece claramente que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, y sin embargo, tendría que imponer la autoridad judicial una pena atendiéndose a la valoración de la prueba que hace un agente del Ministerio Público. En nuestra legislación existen pruebas tasadas legales que obligan al juez en la valoración de las pruebas puestas en su conocimiento, pruebas tasadas que tienden a desaparecer como lo demuestra el Código Federal de 1934 que reduce al mínimo las pruebas legalmente valoradas, estableciendo así un sistema más próximo a la libre apreciación de la prueba. Pero la limitación impuesta al juez por la valoración del Ministerio Público debe ser enérgicamente rechazada.

A mayor abundamiento, se ve en la práctica que las primeras diligencias son casi siempre practicadas por un escribiente, que no tiene ni remotamente la preparación técnica que requiere un agente del Ministerio Público, y sin embargo, según este precepto tendría tal fuerza probatoria dichas diligencias practicadas, que obligaría a cualquier autoridad judicial - cualquiera que fuese su jerarquía, aún a los magistrados de la Suprema Corte de Justicia, sino fuera la constitución tan explícita a este respecto.

Pero existe un tema más directamente relacionado con las actividades del Ministerio Público en donde se enlaza con el auxilio que le debe prestar la Policía Judicial que en nuestro concepto es mucho más grave, y quizá no se ha resuelto satisfactoriamente en el derecho positivo.

En la investigación de los delitos - como forma de preparar todos los elementos que le permitan al Ministerio Público determinar si esta en el caso de ejercer la Acción Penal o no, resulta preciso que este funcionario cite a la persona o personas involucradas en hechos que se aprecian como delictuosos, ya sea en calidad de testigos o bien simples indiciados.

Dentro de esta faceta investigatoria es posible que aparezca claramente de manifiesto que existe una probable responsabilidad para un declarante, en un estadio que sólo analógicamente puede ser clasificado como de "Flagrancia"- ya que los hechos ilícitos no están ocurriendo en ese momento-, pero que sería de clara responsabilidad el no consignarlos a una autoridad judicial, si previamente se intenta por el Ministerio Público tramitar la orden aprensión a la cual se refiere el artículo 16 constitucional, ya que se podría estar propiciando una evasión de inminente aprensión.

En la práctica , el Ministerio Público retiene al declarante citado, y con las constancias investigatorias lo remite a la autoridad judicial como detenido correcta o incorrectamente esta práctica, constituye una realidad en nuestros procedimientos. Sin embargo aparece una complicación más frente a estas prácticas a la vista de lo dispuesto por el tercer párrafo de la Fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, que textualmente dispone: "También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que realizara la aprensión no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las 24 horas siguientes". El último párrafo de esta misma fracción permite una extensión del término por razón de distancia.

3.5 EL MONOPOLIO DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

(Concurso de otros órganos en el ejercicio y control de la acción.)

Al estudiar el principio de oficialidad de la Acción Penal, ya nos habíamos referido ampliamente al punto que ahora vamos a examinar. En efecto tal principio establece que el ejercicio de la Acción debe darse siempre al Ministerio Público. Así se establece un verdadero monopolio de la Acción Penal, por parte de dicho órgano estatal.

Sin embargo, también habíamos dejado establecido que en ninguna legislación se aceptaba plenamente el monopolio de la Acción por el Ministerio Público, ni su contrapartida el monopolio de dicha Acción por el ciudadano. Tal excepción al principio de oficialidad de la acción, peca por defecto (inacción o deficiencia) en daño de la colectividad, o por exceso (persecución) en daño del particular. Es así como se justifica que se establezca un control, e inclusive un concurso (si bien en forma limitada) de la Acción ejercitada en forma de monopolio por el Ministerio Público. En esa forma se garantiza a la sociedad contra las arbitrariedades, y aún simples equivocaciones, por parte del Ministerio Público, evitándose el excesivo poder que le daría el ejercicio exclusivo y absoluto de la Acción Penal.

Ampliamente hemos criticado el ejercicio directo de la Acción Penal por parte de los ciudadanos, y creemos haber dejado perfectamente

establecido el peligro que, para la buena administración de justicia, representa tal facultad en manos de los particulares. Ahora nos referimos tan sólo al ejercicio y control de la Acción Penal por parte de otros órganos estatales, de índole jurisdiccional, constitucional y administrativa, establecidos en las principales legislaciones.

Veamos como opera el ejercicio y control de la Acción por el concurso de órganos jurisdiccionales. En Francia, por el principio: "Tout juge est procureur general", existe la persecución de oficio por el tribunal de apelación, cuando el Ministerio Público no actúe. Tal derecho se refiere a la fase inicial de la Acción: El ejercicio posterior se hace por el Ministerio Público, que la sigue durante todo el proceso.

En Alemania interviene también el órgano jurisdiccional para controlar el ejercicio de la Acción Penal. Cuando el Ministerio Público no promueve la Acción, la parte lesionada recurre al tribunal del imperio o al tribunal provisional superior, para que obligue al Ministerio Público a promoverla, si es que el tribunal lo cree justificado.

En Italia, el pretore en los delitos para cuyo conocimiento tiene competencia propia, procede por citación directa o por decreto, y aún por citación "direttissima", impulsando así la acción en el sumario.

El concurso de órganos constitucionales en la persecución de los delitos, está establecido en general en todos los países, por lo que respecta a los delitos cometidos por altos funcionarios del Estado (Rey, Presidente,

Ministros etc...), siendo por regla general la cámara de diputados la que acusa ante el senado constituido en alta corte de justicia.

Por último también existe el concurso de órganos administrativos en el ejercicio de la Acción. En Francia y Alemania, determinadas administraciones públicas ejercitan en lugar del Ministerio Público, o junto con el la Acción Penal. Esto por infracciones de las leyes de aduanas, aguas, impuestos, tasas, etc.

No hay que olvidar que a los sindicatos especialmente en Francia, también se les da el derecho de ejercitar la Acción Penal, fuera del control del Ministerio Público, y que el poder que ha dichos sindicatos se les ha conferido ha ido aumentando en forma cada vez más amplia.

Queda así establecido, como el monopolio del ejercicio de la Acción Penal, por el Ministerio Público, sufre interferencias por parte de los particulares y de otros órganos estatales, y que si bien es de criticarse la intervención directa de los particulares en el ejercicio de la Acción (no así, el control de las actividades del Ministerio Público, a través de órganos jurisdiccionales), por el contrario, es benéfico que a través de órganos estatales se ponga freno a las funciones del Ministerio Público, evitando así se salga de su órbita normal, en detrimento del estricto cumplimiento de sus funciones.

-LIMITES AL PODER DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL-

Es frecuente en México el decir que el ejercicio de la Acción Penal pertenece en forma exclusiva al Ministerio Público y que ello esta establecido constitucionalmente. Y tal afirmación no la hacen tan sólo autores y litigantes, sino que la misma Jurisprudencia de la Corte así lo ha fijado. Este concepto es falso y lo trataremos de demostrar con un análisis del artículo 21 constitucional.

Primero se establece: la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Los Constituyentes en forma terminante y absoluta, sin interferencia de ninguna especie, establecen la función jurisdiccional con los caracteres de propiedad y exclusividad.

En cambio el mismo artículo 21 afirma que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, aquí ya no se esta hablando de propiedad ni exclusividad, tan solo se establece que incumbe dicha facultad persecutoria al Ministerio Público, se le señala un determinado campo funcional a la institución; función que no va a poder ser llenada por el particular, ni por el juez, ya que la obsesión de los constituyentes de 1917, fue evitar que los jueces, al mismo tiempo que ejercen sus funciones propias, persigan los delitos creando la peligrosísima "Confesión con cargos", convirtiéndose así en juez y parte.

Y es tan cierto que las funciones del Ministerio Público en cuanto a la persecución de los delitos, no están establecidas como exclusivas, que dentro de la misma constitución encontramos interferencias en el ejercicio de la Acción Penal por el Ministerio Público, ya que otros órganos estatales pueden también perseguir los delitos.

La primera interferencia a la función Persecutoria del Ministerio Público la encontramos en el artículo 111 constitucional, que establece que de los delitos oficiales conocerá el Senado erigido en gran jurado, previa acusación de la Cámara de Diputados. Si el Senado declara culpable al acusado, se le privará de su puesto y lo inhabilitará para obtener otro, durante el tiempo que determine la ley, apreciamos, como la persecución de los delitos oficiales no la hace el Ministerio Público, sino la cámara de diputados ante el senado erigido en Gran Jurado.

La segunda interferencia la hallamos en el artículo 107 constitucional, que en sus fracciones XVI y XVII establece la consignación que la Suprema Corte, independientemente del Ministerio Público, puede hacer directamente al juez de distrito o a la "autoridad correspondiente" respectivamente, sin precisar procedimientos, de las autoridades responsables de un acto reclamado en amparo, cuando estas no cumplan con las decisiones de la Suprema Corte.

El artículo 108 de la ley de amparo, al referirse a la repetición del acto reclamado o en los casos de inejecución de sentencia, ordena la separación de la autoridad responsable y la consignación de ella al Ministerio Público

para que esté ejercite la Acción Penal correspondiente, y el artículo 109 de la misma ley, señala los casos en que los responsables gocen de fuero constitucional en los cuales la Suprema Corte declarará que es el caso de aplicar la fracción XVI del artículo 107 constitucional, y con esta declaración y las constancias de autos que estime necesarias, pedirá el desafuero a quien corresponda de la expresada autoridad..

Por último vamos a hacer mención a una tercera interferencia, que no es vigente, sino solamente histórica; debido a que el tercer párrafo del artículo 97 constitucional fue modificado con motivo de la llamada Reforma Política. A la fecha ya no se menciona esta facultad de la Suprema Corte para investigar " Un delito castigado por la Ley Federal".

El artículo 97 establecía en su tercer párrafo, que la Suprema Corte de Justicia, podrá nombrar a algún o algunos de sus miembros, o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designará uno o varios comisionados especiales, únicamente para que averigüen la conducta de algún juez o magistrado federal o la violación del voto público, esto cuando la Corte así lo juzgue conveniente, o cuando lo pida alguno de los órganos estatales que ahí mismo se mencionan. Este fue un caso en que la persecución de un delito se hace por un funcionario que no es el Ministerio Público sino el expresamente facultado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Claramente podemos establecer, ahora, que la persecución de los delitos por el Ministerio Público, no le pertenece en forma exclusiva, ni tal

conclusión puede sacarse del artículo 21 constitucional, que lo repetimos, tiene un acabado casi perfecto en su redacción.

Así pues las únicas interferencias que en nuestra legislación están establecidas, en cuanto al ejercicio de la Acción Penal, son las mencionadas con anterioridad. Pero la unidad jurisdiccional de control, tan necesaria y útil, por desgracia no ha llegado a establecerse por la Suprema Corte en lo que respecta a las funciones del Ministerio Público (sólo en cuanto viola garantías individuales).

A la fecha parece que la Corte se ha rehusado a ejercer ese control de unidad jurisdiccional que le corresponde, en lo que atañe a los actos del Ministerio Público, pues siempre que se le ha planteado un juicio de garantías llevado por los particulares, que han visto violados sus derechos, por inacción o excesos de este órgano en sus funciones, la Corte ha declarado invariablemente, que la Constitución en su artículo 21 establece en forma exclusiva el ejercicio de la Acción Penal por parte del Ministerio Público, y que el conceder el amparo y protección de la justicia federal a los particulares en este punto, sería tanto como poner en manos de los mismos ofendidos el ejercicio de la Acción Penal, contrariando el espíritu de dicho artículo constitucional. Tal interpretación es errónea, y creo necesario que en un país como México en pleno desarrollo para alcanzar lo que se llama primer mundo, es necesario y urgente se restablezca lo que disponía el artículo 26 de la ley orgánica del Ministerio Público del Fuero Común de 1919, o sea el establecimiento de un control jurisdiccional de índole

constitucional en el campo referente al Ministerio Público, para así evitar arbitrariedades manifiestas sobre particulares por excesos y defectos del Ministerio Público en su función.

También ese control traería beneficios para los mismos miembros del Ministerio Público, casi siempre sometidos a autoridades políticas que los presionan en el ejercicio de su alta misión técnica y ética.

La nueva jurisprudencia por fortuna, se orienta francamente aceptando este criterio superando así errores pasados que invistieron al Ministerio Público en juez irresponsable e inapelable (19).

¹⁹ Este comentario es hecho por Juvenilia V. Castro en su libro *Problemáticas y Sistemática del Ministerio Público*, y se formula en 1941, cuando por votos de tres ministros se estableció un criterio distinto, nunca se obtuvo un cuarto voto, y con posteridad la jurisprudencia contraria al control de la Constitucionalidad de los actos y procedimientos del Ministerio Público no se ha suspendido ni mucho menos modificado, y la esperanza del comentario original resultaron a la postre ilusorias.

CAPITULO IV
FASE PREPARATORIA DE LA ACCION PENAL
(AVERIGUACION PREVIA)

4. 1 Generalidades.

El procedimiento penal, contemplado en su estructura externa, esta constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal. Comprende una sucesión de actos vinculados entre si que tienden hacia el esclarecimiento de los hechos. En su desarrollo, vemos una acentuada actividad procesal en que unos actos, son antecedentes de otros. Las personas que intervienen crean, con su actuación derechos y obligaciones de carácter formal.

Las normas del procedimiento penal deben estar acordes con los principios sustentados por el Derecho Constitucional de un pueblo. Si la Constitución Política es una de las fuentes del procedimiento, debe existir una completa armonía con las disposiciones contenidas en las Leyes Procesales.

El estado, para mantener la armonía social establece en primer lugar de manera abstracta, definidora o enunciativa que actos son delitos y cuales

son las sanciones correspondientes y, en segundo lugar a la existencia de un delito le anexa la sanción correspondiente, es decir, al "ser" de un delito se liga el "deber ser" de la sanción.

El primer trabajo del Estado, o sea, el enunciativo constituye el Derecho Penal Material. El segundo, informa el procedimiento penal.

La actividad que constituye el procedimiento penal, no se lleva a cabo de manera caprichosa o amorfa, por que ello representaría el peligro de actuar con despotismo y por tanto destruir lo que se trata de garantizar: la citada armonía de la sociedad. Para evitar el despotismo y la confusión, se reglamenta la actividad del estado como un conjunto de normas que integran el derecho de procedimientos penales.

El Código Federal de Procedimientos Penales divide al procedimiento penal en cuatro periodos:

1.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la Acción Penal.

2.- El de instrucción que comprende las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubiesen sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados.

3.- El de juicio, durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa, ante los tribunales, y estos valoran las pruebas y pronuncian sentencias definitivas, y

4.- El de ejecución que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

Después de este breve repaso de lo que es el procedimiento penal en México, abordaremos con mayor profundidad el tema que da nombre a este capítulo: "La Averiguación Previa".

-AVERIGUACION PREVIA-

Concepto.- La preparación del ejercicio de la Acción Penal se realiza en la Averiguación Previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, práctica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la Acción Penal correspondiente ante los tribunales competentes, debiendo integrar para esos fines el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

La actividad investigadora del Ministerio Público tiene por objeto investigar los delitos, reunir las pruebas y descubrir a los participantes, así como el grado de intervención que tuvieron en el delito. La averiguación previa antecede al ejercicio de la Acción Penal y su producto es el fundamento en que el Ministerio Público se apoya para solicitar la apertura del proceso. El procedimiento penal es de orden público y el titular de la Acción debe siempre obrar de buena fe. Además la actuación del Ministerio Público en la promovilidad de la Acción, debe estar regida por criterios

legales. No podrá reclamar la apertura del proceso, si para el ejercicio de la Acción, los presupuestos no se encuentran satisfechos.

La actividad investigadora, esta constituida por el conjunto de facultades legales ejercidas por el Estado a través de sus órganos, que tienen por objeto el rápido y expedito ejercicio del derecho; es el medio que prepara y lleva a su término el ejercicio de la Acción Penal.

La función persecutoria del Ministerio Público se inicia con el período de Averiguación Previa, prosigue y se desarrolla en el segundo período del procedimiento que es el de preparación del proceso y termina al iniciarse el juicio como una fase del tercer período del proceso.

-TIEMPO DENTRO DEL CUAL DEBE LLEVARSE A CABO LA AVERIGUACION-

Ningún precepto legal señala el tiempo que debe durar la Averiguación Previa a la consignación a los tribunales, de tal manera que estará al arbitrio del Ministerio Público determinarlo. Cuando no hay detenido el problema no es tan grave, como suele serlo, si el detenido ha sido aprehendido en flagrante delito o en el caso urgente por orden de la autoridad administrativa y está a disposición del órgano investigador, por estos motivos se plantea la necesidad de determinar el tiempo en que debe integrarse dicha averiguación y, en su caso, hasta cuando deberá prolongarse la detención. En efecto las Averiguaciones Previas no están

reguladas ni previstas en la Constitución de 1917, considerada esa omisión, como uno de los más graves defectos de ese código político, pues los Constituyentes no alcanzaron a comprender en toda su amplitud, la trascendencia y los alcances que implicaba la separación entre la función jurisdiccional y la persecución del delito, establecida en el artículo 21 Constitucional.

Era evidente que si al Ministerio Público iba a corresponder la persecución del delito, dentro y fuera del procedimiento jurisdiccional, se le concedieran constitucionalmente facultades para instruir la fase previa al ejercicio de la Acción Penal, se le diera tiempo para practicar diligencias en comprobación del cuerpo del delito, presunta responsabilidad, término para la consignación de los delitos y oportunidad para resolver si ejercita o no la Acción, sin embargo el Constituyente no pensó en eso y dejó de reglamentar las Averiguaciones Previas. El resultado de esa omisión ahora se sufre y se padece: El Ministerio Público se toma tranquilamente el tiempo que necesita para redondear o complementar su investigación, prolonga la detención de los inculpados el tiempo que sea necesario, sin remedio legal y a pesar de las protestas de los familiares, litigantes y público en general, y particularmente de los que tienen la desgracia de caer en sus cárceles. La Averiguación Previa en sí, tal y como esta concebida actualmente, tiene todas las características de un procedimiento inquisitorio, pues es escrito, secreto, unilateral, no contradictorio, sin derecho real a la defensa, ni de intervención efectiva de los defensores. Las diligencias que practica el

funcionario encargado de ellas puede realizarlas con incomunicación parcial del detenido hacia el exterior, por lo que estos métodos de investigación siguen siendo muy antiguos y arbitrarios.

Por su parte los Códigos de Procedimientos Penales no prevén la duración de la Averiguación Previa, lo cual ha propiciado, en asuntos sin detenido, su prolongación por varios años. En asuntos con detenido, aún cuando no exista flagrancia ni se trate del caso urgente, la duración es arbitraria pues varía de uno a ocho días.

En consecuencia, ⁽²⁰⁾ "como la Averiguación Previa tal parece no pasó en ningún momento por la mente de los Constituyentes, su establecimiento y limitación es obligada en lo que hace a su duración y cuando hay detenido, de donde resulta la conveniencia de reformar el artículo 21 constitucional, con objeto de poner límite al desvío de poder, señalando los plazos precisos, dentro de los cuales el Ministerio Público quedará obligado a concluir sus averiguaciones y poner al detenido a disposición del órgano jurisdiccional".

También resulta necesaria la reforma del artículo 16 constitucional, en su segunda parte, que importa una necesidad social que exige, por un lado, la tutela de la libertad personal frente a las afectaciones autoritarias que provengan de una orden judicial y por el otro un término perentorio dentro del cual deberán desarrollarse las funciones del Ministerio Público en la

²⁰ Franco Villa José.- El Ministerio Público Federal Pág. 153.

investigación de los delitos, cuando sus reales o aparentes autores ya hubiesen sido detenidos".

De acuerdo al Artículo 16 Constitucional queda establecido como principio constitucional el que solamente la autoridad judicial podrá librar orden de aprehensión, cuando proceda denuncia, querrela o acusación... etc.

Este principio tiene dos excepciones consignadas en el mismo artículo, mismas que a continuación analizaremos:

1.- La primera de ellas atañe al caso de delito flagrante. En esta hipótesis, el precepto invocado faculta a cualquier persona (particular o funcionario) para aprehender al delincuente o a sus cómplices, con la obligación de ponerlos sin demora, a disposición de la autoridad inmediata, misma que por virtud de sus funciones debe ser el Ministerio Público, el cual por tratarse de delito flagrante debe hacer la consignación inmediata ante la autoridad judicial, sin que por ningún pretexto deba retener en su poder a los sujetos aprehendidos.

2.- La segunda de las excepciones estriba en que solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persigan de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estricta responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

La formula constitucional que se acaba de transcribir, abre un ilimitado campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal de los gobernados. Por tanto, es suficiente que cualquier autoridad administrativa estime por sí y ante sí, que se trata de un "caso urgente" para que proceda a detener a la persona, que sea la autora de un delito que se persiga de oficio. Y esta consideración se refleja aguda y gravemente en la realidad, ya que se registran con demasiada frecuencia, casos en que, sin orden judicial, se priva a una persona de su libertad no sólo por funcionarios del Ministerio Público, sino por autoridades administrativas a las que constitucional y legalmente no incumbe la persecución de los delitos.

Esta situación real se antoja evidentemente injusta pero no inconstitucional, pues el artículo 16 constitucional prohíbe el criterio subjetivo y hasta arbitrario de la autoridad administrativa para determinar la urgencia de un caso y ordenar, por consecuencia, la detención de una persona pudiendo afirmarse que es engañoso el principio general de que sólo por decisión judicial proceda la aprehensión.

No es aventurado sostener que el caso excepción a que nos referimos entraña una seria amenaza para la libertad personal de los gobernados, imponiéndose como necesidad inaplazable la reforma de artículo 16 constitucional. Por que sólo eliminando de este precepto el subjetivismo que preconiza se puede conjurar esa amenaza.

Las modificaciones que se sugieren deben señalar limitativamente los casos en que una autoridad administrativa, incluyendo al Ministerio Público, pueden detener a una persona sin orden judicial, substituyéndose con ese señalamiento la expresión equívoca de "caso urgente" además, al fijar los casos en que dicha detención procede deben tomarse en cuenta los delitos que dañen a la economía del país, a las instituciones nacionales o a los intereses de la colectividad, ya que su preservación es de tal manera imperiosa, que no debe aplazarse hasta que se expida una orden judicial de aprehensión contra los violadores de orden público nacional.

Dentro de la hipótesis "caso urgente" el artículo 16 constitucional impone a la autoridad administrativa aprehensora, la obligación de poner "inmediatamente" al detenido "a disposición de la autoridad judicial". Este adverbio excluye todo término, pues significa que tan pronto como se practique la detención se consigne al aprehendido ante el juez. Contrariando la lógica, ha tomado carta de naturalización en nuestro ambiente jurídico, la idea de que la inmediatez a que alude dicho precepto se traduce en el plazo de 24 horas previsto en la Fracción XVIII del artículo 107 constitucional o sea, que la autoridad administrativa que detiene a una persona debe ponerla a disposición de la autoridad judicial transcurrido dicho plazo, lo que equivale a afirmar que su consignación no es inmediata a la aprehensión, sino una vez fenecido ese término.

Algunos autores como Guillermo Colín Sánchez ⁽²¹⁾, Lic. Rigoberto López Valdivia⁽²²⁾, han sostenido que el término de 24 horas establecido en la Fracción XVIII del artículo del artículo 107 de la Constitución, no es un término impuesto a las autoridades que tienen que practicar una averiguación penal, sino para aquellas otras cuya función consiste únicamente en aprehender al reo y ponerlo a disposición de las autoridades competentes.

Pero independientemente de las razones que se aducen para afirmar esa conclusión, lo cierto es que entre la Fracción XVIII del artículo 107 constitucional y el artículo 16, o existe una notoria contradicción o ambas disposiciones tienen un criterio normativo distinto. Si se admite que la autoridad administrativa que detiene a una persona "en casos urgentes", sin orden judicial debe ponerla "inmediatamente" a disposición del juez, es obvio que esta obligación la tiene que cumplir desde que realiza la detención (art. 16) y no dentro del término máximo de 24 horas, o sea dicha obligación conforme al artículo 16, no esta sujeta a ningún plazo, mientras que de acuerdo con la fracción XVIII mencionada, surge después de fenecido el citado lapso de 24 horas.

Del estudio de la Fracc. XVIII del art. 107 podemos concluir que la consignación a que alude se refiere al particular que en caso de delito

²¹ Op. Cit. Ídem Pág. 234.

²² Estudio Histórico Legal hecho en un folleto breve denominado "ampliación del Término de 24 horas a que se refiere la Fracc. XVIII del art. 107 Const.

flagrante haya detenido a su autor cómplices conforme al artículo 16, pues ¿qué sentido puede tener la expresión "el que no pusiere al detenido a disposición de un juez dentro de las 24 hrs. siguientes?"

Además esta fracción no debió haberse insertado en este precepto, pues sus disposiciones no guardan relación con los principios que regulan el juicio de amparo.

De las ideas anteriormente expuestas José Franco nos sugiere el texto de los preceptos constitucionales que deben ser modificados por imperiosa necesidad.

Artículo 21. *La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.*

La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél.

La averiguación previa a la consignación a los Tribunales comprende las diligencias legalmente necesarias para comprobar la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan, para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la acción penal. Las averiguaciones respectivas deberán ser agotadas definitivamente antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión; y antes de un año si la pena máxima no exceda de cinco años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo. Ninguna detención ejecutada durante la fase de averiguación del delito, podrá exceder del término de veinticuatro horas, sin que sea

consignado a un Juez o puesto en libertad si procediere. La violación de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, encargados, alcaides o carceleros que la realicen.

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por 36 horas. Pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 36 horas.

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

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

En los casos de flagrante delito, cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices poniéndolos sin demora a disposición del Ministerio Público, y a falta de éste, a la de la autoridad inmediata.

Solamente tratándose de delitos contra la seguridad exterior e interior de la nación, contra la seguridad pública, contra las vías generales de comunicación, contra la salud pública, contra la vida de las personas, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad decretar la detención de una persona, poniéndola inmediatamente a disposición del Ministerio Público, quien en todo caso deberá consignarla al Juez competente dentro del improrrogable término de 24 horas o en su defecto ponerla en inmediata libertad.

La autoridad administrativa o el representante del Ministerio Público que prologuen la detención una vez transcurridos los plazos señalados, incurren en las penas previstas para el delito de abuso de autoridad, así como cuando detengan sin orden judicial a alguna persona fuera de los casos mencionados en el párrafo anterior.

Artículo 19. *A este precepto deben incorporarse los dos primeros párrafos de la actual fracción XVIII del artículo 107 constitucional, mismos que deberán concebirse en la siguiente forma:*

Los Alcaldes y Carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un delito dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su Juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes lo podrán dejar en libertad.

El incumplimiento a las disposiciones contenidas en el párrafo que antecede hace incurrir a sus infractores en las penas señaladas para el delito de abuso de autoridad, debiéndose consignar inmediatamente a la autoridad competente.⁽²³⁾

Artículo 107. *En atención a que las disposiciones contenidas en su fracción XVIII se deben incorporar respectivamente a los artículos 16 y 19, pues resultan extraños en su precepto que establece los principios básicos del juicio de amparo, la mencionada fracción tiene que suprimirse.*

-PERIODO DE PREPARACION DE LA ACCION PENAL-

Al tratar las generalidades de la función persecutoria, dijimos que la iniciación de esta no quedaba al arbitrio del órgano investigador, sino que era menester para iniciar la investigación el cumplimiento de ciertos requisitos legales.

Estos requisitos son la presentación de la "denuncia" o de la "querrela". El señalar como únicos los requisitos que hemos apuntado, 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, el legislador prohibió la indagación

sobre una población o provincia, o sobre una persona determinada, hecha con el objeto de averiguar quién o quienes habían cometido delitos, indagaciones que constituyen la pesquisa general y la pesquisa particular, ampliamente aceptadas en los siglos de hechicería y superstición; también prohibió la averiguación nacida de un documento anónimo, en el que se denunciaba un delito, o de un documento en que exigía reserva absoluta sobre la persona que hacía la denuncia. Estos sistemas de averiguación fueron condenados por el legislador, por constituir medios donde se podían refugiar inicuas venganzas y múltiples vejaciones, además de que vulneraban el derecho de defensa del inculpado al vedarsele el conocimiento sobre la persona que lo acusaba. Así pues en la actualidad conforme al artículo 16 constitucional sólo son aceptadas como instituciones que permiten el conocimiento del delito, la denuncia y la querrela o acusación (24), siendo de advertir que el propio artículo no establece tres instituciones diferentes, a saber denuncia, querrela y acusación, sino exclusivamente dos. Denuncia, y querrela que usa el legislador en forma sinónima de acusación.

Enseguida abordaremos con detenimiento y por separado el estudio de la denuncia y de la querrela.

²⁴ LA EXCITATIVA Y LA AUTORIZACION, no quebrantan tal afirmación como se vera más adelante y la única excepción que algunos autores citan al principio de que la autoridad investigadora, sólo por denuncia o querrela puede tener conocimiento de un delito es la comprendida en el artículo 193 de Código Federal de Procedimientos Penales o sea la flagrancia y el caso de notoria urgencia.

4.1 Denuncia.

Dentro del ámbito del Derecho de Procedimientos Penales, es importante distinguir la denuncia como medio informativo y como requisito de procedibilidad.

Como medio informativo es utilizada para hacer del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca del delito, ya sea que el propio portador de la noticia haya sido afectado o bien que el ofendido sea un tercero

De tal consideración se concluye: la denuncia puede presentarla cualquier persona en cumplimiento de un deber impuesto por la ley.

Denunciar los delitos es del interés general, al quebrantarse el ordenamiento jurídico surge un sentimiento de repulsión, hacia el infractor. A todo mundo importa que las sanciones se actualicen como medida mínima encaminada a provocar ejemplaridad y de esta manera, prevenir el delito. Este argumento, tal vez justifique que la mayor parte de los delitos se persigan de oficio ⁽²⁴⁾.

²⁵ Atendiendo a lo establecido por el Código Penal para el Distrito Federal, se persiguen a petición de parte ofendida, los delitos siguientes: peligro de contagio, estupro, rapto, adulterio, lesiones que no pongan en peligro la vida del ofendido y tarden en sanar menos de quince días (Art. 289), lesiones por imprudencia y por motivo del tránsito de vehículos a las que se refieren los artículos 289 y 290, siempre que el presunto responsable no se hubiere encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos similares, o no sean consecuencia de algún delito cometido en el sistema ferroviario, de transportes eléctricos, navíos, aeronaves o en cualquier transporte de servicio público federal o local de transporte de servicio escolar, abandono de cónyuge, difamación, calumnia, abuso de confianza, fraude cuando su monto no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el lugar y el momento en que se cometió el delito y el ofendido sea un solo particular, robo, abuso de confianza, fraude y daño en propiedad ajena "cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado". Igualmente se requerirá querrela para la persecución de

La denuncia es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que esta tenga conocimiento de ellos. La denuncia definida en la forma que antecede nos da los siguientes elementos.

a) Relación de actos que se estimen delictuosos; es una simple exposición de los hechos ocurridos.

terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos mencionados. En materia Federal, se persiguen a petición de parte ofendida los delitos siguientes: daño en propiedad ajena (diverso de los casos previstos en los artículos 533 y 536, de la Ley de Vías Generales de Comunicación; y de los artículos 399, 399 bis, 60 y 62 del Código Penal); lesiones a los que se refieren los artículos 289 y 290, rotura o separación de algún alambre, piezas de máquinas, aparatos transformadores, postes o aisladores, empleado en el servicio de fuerza motriz (arts. 167, fracción II, 399 bis, 60 y 62 del Código Penal); destrucción o deterioro de un puente, dique, calzada, camino o vía, que no sean o formen parte de una vía general de comunicación (arts. 167, fracción VII, 399 bis, 60 y 62 del Código Penal); ataques a las vías generales de comunicación, cometidos por imprudencia y con motivo del tránsito de vehículos por carretera (art. 533, párrafo segundo, de la Ley de Vías Generales de Comunicación); daño a las vías generales de comunicación o a los medios de transporte, cometido en lugar distinto a una carretera (arts. 533 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, 62 párrafo primero y 399 bis, párrafo segundo, del Código Penal); daño a las vías generales de comunicación o a los medios de transporte, cometido en lugar distinto a una carretera, cuando el probable autor sea del sistema ferroviario, del sistema de transporte eléctrico o de cualquier transporte de servicio público federal, local o escolar, y cometa el delito al conducir un vehículo de aquellos sistemas o de dichos servicios (art. 533, de la Ley de Vías Generales de Comunicación, 60, 62 párrafo tercero y 399 bis, párrafo segundo del Código Penal); ataques a las vías generales de comunicación cometidos por imprudencia y con motivo del tránsito de vehículos por carretera (art. 536, párrafo segundo de la Ley de Vías Generales de Comunicación); daño a una señal establecida para la seguridad de las vías generales de comunicación o de los medios de transporte, cometido en lugar distinto a una carretera (arts. 536 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, 62, párrafo primero y 399 bis, párrafo segundo del Código Penal); daño a una señal establecida para la seguridad de las vías generales de comunicación o de los medios de transporte, cometido en lugar distinto a una carretera, cuando el probable autor sea el conductor del sistema ferroviario, del sistema de transporte eléctrico, o de cualquier transporte de servicio federal, local o escolar, y cometa el delito al conducir el vehículo de aquellos sistemas o de dichos servicios (arts. 536 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, 60, 62 párrafo tercero y 399 bis, párrafo segundo del Código Penal); cualquier concurso entre los delitos anteriores; empero, se exceptúan los casos de lesiones (arts. 289 y 290, previstas por el Código Penal) cuando: a) el probable autor se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos similares (artículo 62, segundo párrafo del Código Penal); b) el probable autor sea conductor del sistema ferroviario, del sistema de transporte eléctrico, o de cualquier transporte de servicio público federal, local o escolar, y cometa el delito al conducir un vehículo de aquellos sistemas o de dichos servicios (art. 62, párrafo tercero del código Penal).

b) Hecha ante el órgano investigador.- En efecto hay que enterar al representante social del quebranto sufrido por la sociedad con la comisión de un delito.

c) Hecha por cualquier persona.- Carlos Franco Sodi ⁽²⁵⁾ manifiesta "La denuncia es el medio usado por los particulares para poner en conocimiento de las autoridades competentes la comisión de un delito".

Aquí Carlos Sodi limita la denuncia a los particulares; sin embargo el art. 417 del Código Federal de Procedimientos Penales "Toda persona que en ejercicio de sus funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio esta obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a disposición, desde luego, los inculcados si hubiéren sido detenidos.

Por lo que concluimos que la denuncia puede ser hecha por cualquier persona y no sólo por los particulares, o sea en todo delito perseguible de oficio, hay Acción Popular: cualquier sujeto puede denunciarlo.

-FORMAS Y EFECTOS DE LA DENUNCIA-

La denuncia puede formularse verbalmente o por escrito. Se contraerá, en todo caso a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se harán de manera pacífica y respetuosa.

²⁶ Opus Cit. Procedimiento Penal Mexicano

Cuando una denuncia no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante para que la modifique ajustándose a ellos. Así mismo se informará al denunciante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurre el que se conduce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento cuando se trata de delitos perseguibles de oficio.

Si la denuncia se presenta verbalmente el funcionario que la reciba, la hará constar en acta, si se presenta verbalmente o escrita deberá constar firma o la huella digital así como su domicilio.

Cuando la denuncia se presenta por escrito, deberá ser citado el que la formule para que la ratifique.

Los efectos de la denuncia en términos generales son: obligar al órgano investigador a que inicie su labor; respecto de lo que debe hacer el Ministerio Público con su labor investigadora nos encontramos tres situaciones:

a) Práctica de investigaciones fijadas en la ley para todos los delitos en general que consisten en proporcionar auxilio a las víctimas, impedir que se destruyan, pierdan o alteren las huellas digitales o vestigios del hecho delictuoso. Se dictarán las medidas pertinentes para saber que personas fueron testigos, evitar que el delito se siga cometiendo, y en general, todas aquellas que sean necesaria, a efecto de impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la aprehensión de los responsables en los casos de flagrante delito (Art. 123), posteriormente se procederá a levantar

el acta correspondiente, que contendrá: hora, fecha, y modo en que se tenga conocimiento de los hechos, el nombre y carácter de la persona que dio noticia de ello; y su declaración así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes, y la del inculpado si se encontrase presente (art. 124).

b) Práctica de investigaciones que fija la Ley para determinados delitos, como por ejemplo para el homicidio, lesiones, aborto e infanticidio. En falsificación o falsedad, robo cuando el inculpado no hubiere confesado y no haya pruebas, en algunos casos de peculado, en los delitos contra la salud.

c) Práctica de investigaciones que la misma averiguación exige y que no esta precisada en la Ley. Es decir para cumplir con su cometido llevará a cabo todas las diligencias que la misma averiguación haya originado.

4.3 La Querrela.

La querrela se puede definir, como la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito.

-FUNDAMENTACION POLITICA-

La querrela es una institución bastante discutida por los estudiosos del derecho penal, hay un gran número de autores que se manifiestan abiertamente en contra de la querrela, de los que sobresalen Beccaria, Carlos Binding, Enrique Ferri, Magglore, Vanini, Tolomei, etc..., ellos basan sus manifestaciones, expresando que no es correcto que el Estado, único titular de la potestad punitiva, delegue ese poder a un particular. Aunque sea en su disponibilidad procesal, y opinan que es una institución que debe desaparecer por que el carácter público del Derecho Penal va encaminado a proteger a la sociedad, y si hay actos que afectan intereses particulares, debieran desaparecer del código etc.

Los autores citados consideran el problema desde un punto de vista netamente doctrinal, olvidando las consecuencias que la persecución de algunos hechos acarrea para quienes han resentido la ofensa. Piénsese por ejemplo; en que la publicidad de algunos delitos pueden dañar aún más, al ofendido, por ello es que, dada la naturaleza de algunas infracciones penales, sea correcto dejar a la voluntad de los particulares su persecución.

Por lo expuesto concluimos que la institución de la querrela lejos de prescribirse en las legislaciones, debe conservarse como un medio pacifista adecuado para la concordia y feliz desenvolvimiento de las relaciones humanas. Sin llegar a extremos negativos, es oportuno advertir también que, la institución de la querrela no causa agravio a la sociedad, porque aún cuando, como afirma Magglore, con ello se deroga en parte el principio del derecho punitivo del estado, esto no puede ser causa suficiente.

-NATURALEZA JURIDICA-

La doctrina contemporánea más connotada sitúa a la querrela dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales, considerándola como una "condición de procedibilidad" en nuestro medio, González Bustamante, Franco Sodi, Piña Palacios y Rivera Silva así lo afirman. No puede ser en otra forma por que concebida como un Derecho Potestativo del ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades, la actuación del engranaje judicial está condicionada a una manifestación de voluntad del particular sin la cual no es posible proceder, de ahí que la querrela la entendamos como un requisito de procedibilidad.

Para que la querrela se tenga por formulada, deberá satisfacer lo ordenado por los códigos de la materia.

A) Requisitos.- Podrán presentarla.

- I) El ofendido (Art. 115 Código de Procedimientos Penales Federales y 264 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).
- II) Su representante legítimo.
- III) El apoderado.

B) Contenido, la querrela contendrá.

- I) Una relación verbal o por escrito de los hechos.
- II) debe ser ratificada por quien la presente ante la autoridad correspondiente. (Art. 264. Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal).

-EXTINCION DEL DERECHO DE QUERRELLA-

El derecho de la 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 querrellarse corresponde al agraviado, la muerte de este lo extingue, siempre y cuando no se haya ejercitado, pues si se ejercito y la muerte del ofendido ocurre durante la averiguación previa o la instrucción del proceso o surtirá sus efectos para la realización de los fines del proceso, por que ya satisfecho el requisito de procedibilidad se ha borrado el obstáculo para que el Ministerio Público cumpla su función de perseguir el delito.

b) El perdón y la etapa del procedimiento en que puede otorgarse: El perdón es el acto a través del cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial, manifiestan ante la autoridad correspondiente que no desean, se persiga a quien lo cometió.

Están facultados para otorgar el perdón:

1) El ofendido, 2) El legítimo representante, 3) El tutor especial.

C) Prescripción.- La prescripción extingue el derecho de querrela: "La Acción Penal que nazca de un delito, que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o algún otro equivalente, prescribirá en un año, contado a partir desde el día en que quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres años, fuera de esta circunstancia (Art. 107 Código Penal para el Distrito Federal).

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.

-LA EXCITATIVA Y LA AUTORIZACION-

La excitativa, es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al Gobierno o representa a sus agente diplomáticos (Art. 360 Fracc. II del Código Penal para el Distrito Federal).

Atendiendo a la personalidad internacional del Estado, se ha establecido para estos casos que sean los agentes diplomáticos quienes manifiesten su voluntad para que se persiga el delito.

El procedimiento para llevar a cabo la excitativa no esta previsto en el Código de Procedimientos Penales en materia Federal, pero en la práctica, el embajador del gobierno ofendido puede solicitar al Ministerio Público Federal se aboque a la investigación y persecución de los hechos.

La "autorización", es la anuencia manifestada por organismos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley para la persecución de algunos delitos y activar el ejercicio de la Acción Penal, atendiendo a la cualidad o especial situación del supuesto sujeto activo del delito, es necesario llenar ese requisito para proceder en su contra, pero es evidente que no lo será para que inicie la preparación de la Acción Penal, aún que si para proseguirla, tal es el caso del desafuero de los diputados, del permiso del superior para proceder en contra de un Juez, un agente del Ministerio Público, un Tesorero, etc...

4.4 DIVERSAS DETERMINACIONES QUE PUEDEN DARSE A LAS DILIGENCIAS DE AVERIGUACION PREVIA.

La actividad investigadora realizada por el Ministerio Público durante la Averiguación Previa, puede culminar con diversas determinaciones, a

saber: la consignación o ejercicio de la Acción Penal, la resolución de no ejercicio de la Acción Penal o consulta de archivo y la resolución de reserva.

Las diligencias de la Policía Judicial o de Averiguación Previa, practicadas por el representante social lo llevan a cualquiera de las siguientes situaciones.

a) Que estime que con las diligencias practicadas todavía no se ha comprobado la existencia de un delito, o la responsabilidad de un sujeto.

b) Que de las Averiguaciones practicadas estime comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que no se encuentra detenido.

c) Que de las averiguaciones llevadas a cabo, estime comprobadas la existencia de un delito que no merece pena corporal y la responsabilidad de un sujeto.

d) Que de las Averiguaciones efectuadas estime se hallan comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que se encuentre detenido.

En el orden común, por los términos del artículo 4 del Código del Distrito, las diligencias las puede practicar el Ministerio Público o solicitar que las practique la Autoridad Judicial.

Carlos Franco Sodi critica la intervención de la Autoridad Judicial en la preparación de la Acción Penal en la reunión de elementos necesarios para poder excitar al órgano jurisdiccional y al explicar el Artículo 4 expresa: "Desgraciadamente en esta disposición se faculta al Ministerio Público para

solicitar de los jueces que practiquen diligencias de averiguaciones en auxilio del órgano de la acción penal, lo que menoscaba su respetabilidad convirtiéndolos en amanuenses de una autoridad administrativa, contraría a la naturaleza de la averiguación previa que es función exclusiva del Ministerio Público, como lo destaca la Jurisprudencia de la corte que puede consultarse en el Tomo I del Semanario Judicial de la Federación, y por último, da un carácter híbrido al proceso contrariando el texto del artículo 21 de la Constitución General de la República, que previene como función única del juez, la aplicación de la ley y no la persecución del delito, que ha dejado privativamente en manos del Ministerio Público"²⁶)

Este precepto debe reformarse para limitarlo en el sentido de que el Ministerio Público, sólo pedirá al órgano jurisdiccional que autorice aquellas diligencias en que no tiene autoridad para realizarlos por ser necesario la orden del juez, como acontece en los casos concretos de cateo y visita domiciliaria.

La resolución de reserva se dicta cuando la diligencia no sea ha practicado por una dificultad material que impide las prácticas de las mismas. y se ordena a la policía haga investigaciones tendientes a esclarecer los hechos, a fin de integrar los requisitos que señala el artículo 16.

Para poder ejercer la Acción Penal, corresponde a la Dirección General de Averiguaciones Previas, resolver los casos de reserva que

²⁷ Carlos Franco Sodi. El Procedimiento Penal Mexicano.

procedan durante la averiguación en el Distrito Federal, y son atribuciones de los delegados de circuito autorizar, bajo su más estricta responsabilidad, los acuerdos de reserva que formulen los agentes del Ministerio Público de la zona a su cargo.

El 14 de mayo de 1984 y con el fin de orientar al personal del Ministerio Público Federal el procurador General de la República dicto el acuerdo No 5/84, en el que establece los casos y condiciones en que se debe resolver la reserva durante la Averiguación Previa, que son:

Primero.- Cuando durante la Averiguación Previa el presunto responsable no este identificado, o no se haya perfeccionado el requisito de procedibilidad, o resulte imposible desahogar algunas pruebas, o las ya existentes no sean bastantes para justificar el ejercicio de la Acción Penal o el no ejercicio de la Acción Penal, el agente del Ministerio Público Federal actuará como sigue:

a) Comunicará al denunciante, querellante u ofendido mediante oficio, el proyecto de resolución de reserva, solicitándole que aporte la mayor información que pueda.

b) En el supuesto de que denunciante, querellante u ofendido no aporte mayor información, o si habiéndola presentado no es suficiente para continuar el trámite, por que subsistan algunos de los supuestos arriba señalados, girará orden de investigación a la Policía Judicial Federal y dictará el acuerdo de reserva, fundado y motivado, y

c) Turnará el expediente respectivo, para consulta a la Dirección General de Averiguaciones Previa, o en su caso acordará con el delegado de circuito que corresponda.

Segundo: El Director de General de Averiguaciones Previas, por sí o a través de los servidores públicos que para tal efecto designe, resolverá lo que proceda.

Cuando la reserva no sea aprobada, el agente del Ministerio Público Federal Deberá continuar la Averiguación conforme a las instrucciones que al efecto reciba.

Tercero: Si después de aprobada la reserva se presente la posibilidad de continuar la Averiguación, el agente del Ministerio Público Federal de actuaciones recabará el expediente y seguirá el trámite procedente....."

Ahora estableceremos como debe actuar el Ministerio Público según el acuerdo 5/84, cuando se toma la resolución de archivo:

Primero.- Cuando practicadas no se comprueba el delito, se determina el no ejercicio de la Acción Penal, esta resolución ha sido criticada por la doctrina y a lo cual haremos referencia posteriormente en el punto siguiente.

-EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL-

El no ejercicio de la Acción Penal es una resolución dictada por el Ministerio Público, una vez agotada la Averiguación Previa de decisiva importancia para la marcha del de procedimiento.

a) Hipótesis de no ejercicio de la Acción Penal.

El Código Federal de Procedimientos Penales señala cinco hipótesis en el que el Ministerio Público no ejecutará la Acción Penal.

I.- Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos del delito.

II.- Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquel.

III.- Cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trata, resulta imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable.

IV.- Cuando la responsabilidad penal se halla extinguido legalmente, en los términos de Código Penal.

V.- Cuando de las diligencias practicadas se desprenda penalmente que el inculpado actuó en circunstancia que excluyen responsabilidad penal. (art. 137).

A este respecto Guillermo Colín Sánchez se expresa ⁽²⁷⁾, todo este casuismo pudo haberse evitado, con tan sólo decir, si es que era tan

²⁸ Derecho Mexicano. de Procedimientos Penales Guillermo Colín Sánchez.

indispensable, que el Ministerio Público no ejercitará Acción Penal cuando no estén satisfechos plenamente los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ¿O, no basta con eso?

Manuel Rivera Silva, en su obra el Procedimiento Penal, señala que la resolución de no ejercicio de la Acción Penal o de archivo "ha sido criticada manifestándose que el Ministerio Público se abroga facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no es delictuoso. La crítica con purismo jurídico, puede tener vigencia, pero cabe pensar que por economía y práctica procesal es correcto que no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben". (28).

Colín Sánchez al respecto dice al estimar indebida la consignación en el caso de que claramente obre en favor de indicado alguna excluyente de responsabilidad, en este supuesto dice, sería absurdo pedir su detención, su prisión, etc...

Para finalizar agregaremos que, en caso de duda, el Ministerio Público deberá consignar, en fuerza al principio *indubio pro societate*, que norma la actividad del órgano persecutorio, a diferencia del principio *indubio pro reo*, que conviene a la actuación del órgano jurisdiccional.

29 El Procedimiento Penal Mexicano Manuel Rivera Silva.

b) Efectos de la resolución de archivo en cuanto a los efectos que produce se plantea la cuestión sobre el carácter definitivo o meramente provisional de la resolución de no ejercicio de la Acción Penal.

Si se le asigna el efecto definitivo, que impida por ende, el posterior ejercicio de la Acción en cuanto al delincuente y a los hechos considerados en la determinación respectiva, parecería ser que el Ministerio Público se atribuye poderes jurisdiccionales, en cambio si se fija efecto provisional, sus consecuencias se confunden (no así sus supuestos), para fines prácticos, con las de la reserva, y se abre la puerta a la permanencia de situaciones indefinidas, sólo salvables por el instituto de la prescripción.

Autores como Carlos Franco Sodi ⁽²⁹⁾, Juan José González Bustamante ⁽³⁰⁾, Guillermo Colín Sánchez ⁽³¹⁾, se pronuncian en favor de la provisionalidad de los efectos del archivo, mientras que otros como Manuel Rivera Silva ⁽³²⁾, lo hacen en pro de sus consecuencias definitivas, ya que dicha resolución se dicta cuando se han agotado las diligencias pertinentes, la resolución contraria, agrega refiría con los principios generales del derecho, al abrir cause a situaciones indecisas.

En cambio el Código Federal vigente es terminante cuando prescribe que, la resolución de archivo que dicte el Ministerio Público durante la

³⁰ Opus Cit. Pág. 133.

³¹ Opus Cit. Pág. 48.

³² Opus Cit. Pág. 260.

³³ Opus Cit. Págs. 145 y 146.

Averiguación Previa, en los casos a que se refiere el artículo 137, producirá el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de Acción Penal respecto de los hechos que la motiven (arts. 139 y 140).

El Dr. Sergio García Ramírez ⁽³³⁾ se expresa al respecto. "A nuestro modo de ver, si el archivo se funda en la carencia absoluta de elementos para consignar falta del delito o responsabilidad del indiciado), en la posibilidad material e insuperable de prueba del delito o en el agotamiento de pretensión (por prescripción, amnistía, muerte del inculpado etc...) no existe inconveniente alguno en aceptar la definitividad de aquel acuerdo a lo sumo, podría admitirse, como formula intermedia, el cambio en el régimen de la prescripción (plazos más reducidos, en todo caso sólo interrumpibles por la obtención de pruebas que permitan efectuar la consignación, y no por la simple actividad averiguatoria del Ministerio Público), en la hipótesis de archivos determinados por carencia de pruebas sobre el delito que acerca de la responsabilidad del inculpado. En cambio, la posibilidad de revisión (en contra del indicado favorecido con el sobreseimiento administrativo), no deja de suscitar en nosotros serias reservas, por más que en ocasiones pudiera ser instrumento de justicia, como lo han reconocido las leyes extranjeras que aceptan la revisión incluso en contra de la sentencia absolutoria".

³⁴ Curso de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, S.A., Primera edición México 1974 pág. 363. Los fundamentos del Archivo que invoca se refieren al Artículo 137 del Código Federal, antes de su reforma.

-TRAMITES PARA LA APROBACION DE LA DECISION DE NO EJERCICIO-

Por lo que se refiere al procedimiento para la decisión de no ejercitar la acción Penal, conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y reglamento, la Dirección General de Averiguaciones Previas debe turnar a la Dirección General técnica Jurídica Auxiliar del procurador los expedientes, con el respectivo proyecto de acuerdo fundado y motivado (artículo 17 fracción V del Reglamento en cita), para que ésta dictamine conforme a sus atribuciones y a su vez remita las actuaciones del expediente de que se trata, al Subprocurador que corresponda (Art. 13 fracción III del mismo reglamento), a efecto de que éste resuelva en definitiva, por delegación del Procurador (Arts. 6 fracción III y 4o. fracción VIII del Reglamento de la Ley Orgánica). Ahora bien, la determinación del no ejercicio de la acción penal, compete al Procurador, por implícito mandato del propio artículo 13 fracción III, o bien a los Subprocuradores, por expresa determinación del artículo 13 de la citada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, siempre que en éste último caso exista delegación del Procurador (Arts. 2o, 10 y 12 de la Ley en cita). En el régimen del Distrito Federal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia señala que la Dirección General de Averiguaciones Previas determinará los casos en que proceda el no ejercicio de la acción penal disponiendo el archivo del expediente (art. 3o. b, fracción III), mismo que se

remite a la Dirección General Técnica-Jurídica, para que dictamine a nombre del Procurador o por delegación de éste al Subprocurador que corresponda, sobre la procedencia de dicha resolución (art. 24 fracción II, inciso a) del Reglamento de la Ley Orgánica) y cuyo dictamen será sometido a la superioridad para su decisión final (Art. 10 de la Ley en cita). El Ministerio Público antes de remitir la averiguación previa a la Dirección General Técnico Jurídica, notificará al denunciante o querellante el acuerdo en que emite su opinión, le otorgará el término de 15 días naturales para que exprese por escrito lo que a su derecho convenga y acordará lo procedente. Igual que en Materia Federal, la determinación del no ejercicio de la acción penal compete al Procurador.

Mediante acuerdo No. 4/84, dictado por el Sr. Procurador General de la República, con fecha 14 de marzo de 1984, publicado en el "Diario Oficial de la Federación" el 14 del mismo mes y año, se giran instrucciones precisas al Ministerio Público Federal, para que actúe, durante la averiguación en los casos en que proceda resolver el no ejercicio de la acción penal, en el que se establece el procedimiento a seguir para su decisión definitiva, marcando lineamientos generales conforme a la Ley, a los cuales ya se hizo referencia anteriormente, empero, se estima necesario señalar las modalidades que se advierten:

- a) Agrega una causa más de procedencia es decir cuando el indicado ya hubiere sido juzgado por la misma conducta o por los mismos hechos;
- b) Consulta previa con el Delegado de Circuito correspondiente;

c) Citación al denunciante, querellante u ofendido, para notificarle el proyecto de acuerdo, concediéndole un plazo de quince días hábiles, para que si lo cree conveniente presente por escrito las observaciones procedentes;

d) En caso de que se desvirtúe la causa en que se apoye el proyecto de acuerdo de no ejercicio de la acción penal, quedará sin efecto y se proseguirá la averiguación;

e) Si después de transcurrido el plazo concedido no se presentan observaciones o si éstas resultan improcedentes, se turnarán todas las actuaciones, por los conductos debido a la Dirección General Técnica Auxiliar del Procurador;

f) Los expedientes serán turnados al Primer Subprocurador cuyo número sea impar y al Segundo Subprocurador los que sean par, salvo que, por los requerimientos de trabajo, el Procurador ordene otra distribución o resuelva directamente; y

g) Una vez resuelto en definitiva el no ejercicio de la acción penal, se enviará el expediente al archivo, remitiendo copia de la resolución al Subprocurador que lo autorizo, a la Dirección General Técnica Jurídica Auxiliar del Procurador, al Sistema de Evaluación de Resultados, y al Agente del Ministerio Público Federal que consultó el no ejercicio (Art. 18 de la Ley en cita).

-SISTEMA DE CONTROL INTERNO-

El sistema de control interno del ejercicio de la acción penal consiste en la facultad concedida al interesado (ofendido, denunciante, etc...), para que, cuando el agente del Ministerio Público, que conoce de una averiguación previa se niegue a proceder, ocurra en queja ante el superior jerárquico de dicho funcionario con el objeto de que revise el acto de éste.

Cuando el estado tiene el monopolio de la acción penal, confiándola al Ministerio Público, puede suceder que éste se niegue en determinado caso a ejercitarla, no obstante que estén satisfechos todos los presupuestos generales de la acción (delito y delincuente), y además que se hayan satisfecho las condiciones de procedibilidad a que se refiere la Constitución y el Código Federal de Procedimientos Penales.

¿Qué hacer ante semejante caso?, todo monopolio conduce al abuso y precisa por lo mismo controlarlo tratándose de monopolios particulares el estado interviene y los desbarata, pero tratándose del monopolio de la acción penal en mano del propio estado, quien por medio del órgano correspondiente se niega a actuar escudado en su omnipotencia, ¿Cómo proceder? ¿Cómo contrarrestar el abuso del Ministerio Público que no quiere intentar la acción puesta en sus manos, fundado precisamente en que es el único capacitado para ejercitarla?

Le diríamos al Ministerio Público que esta actuando arbitrariamente; debido a que cuando están satisfechos los presupuestos generales de la acción (delito - delincuente), y satisfechas las condiciones de procedibilidad y se venzan los requisitos prejudiciales, el Ministerio Público tiene la obligación social de ejercitar la acción penal; por que una vez que se cumple con estas exigencias, el carácter público del procedimiento obliga al ejercicio de la acción, pues de otra manera no podría entenderse el espíritu del artículo 21 constitucional cuyo texto, hemos insistido, indica que incumbe al Ministerio Público la persecución de los delitos, más no la exclusividad y propiedad de la acción, cuestión ésta que en relación con la imposición de las penas, si señala en exclusiva para el poder judicial.

Lo anterior se lo diríamos al Ministerio Público con toda justificación; pero el nos contestaría que el, funcionario responsable, sabe lo que hace y se niega a proceder.

Tal situación, terriblemente peligrosa, la han procurado resolver, técnicos y legisladores, buscando un medio o forma para controlar el ejercicio de la acción penal, confiada exclusivamente al Ministerio Público.

Sin embargo, en México el único sistema existente es el de control interno y oficial, esto es, no promovible mediante instancia por el particular interesado, aún que nada impide que éste aporte elementos de convicción al procurador.

-CRITICAS AL SISTEMA DE CONTROL INTERNO-

El sistema de control interno ha sido objeto de múltiples y reiteradas críticas, en las que básicamente se censura dejar al Ministerio Público, así se trate del mismo Procurador la decisión final sobre el desarrollo de su actividad. Juan José González Bustamante ⁽³⁴⁾.

Considera inadmisibles que se confíe al órgano que promueve la acción "decidir libremente si la ejercita o se desiste de ella cuando lo estime conveniente". Zubaran Campany estima que en México existe un Ministerio Público deformado, omnipotente, monstruoso, que pretende estar fuera y por encima de la ley, un Ministerio Público que desnaturaliza el principio de "donde no hay acusador, no hay juez", con la arrogancia de que "el acusador" será siempre él y cuando quiera serlo.

Finalmente Paulino Machorro Narvaez⁽³⁵⁾ entiende que si a través del artículo 21 constitucional se buscó garantizar la imparcialidad en favor del inculpado, no es posible investir al Ministerio Público de facultades omnimodas en la averiguación previa, ya que entonces se desplazaría solamente el problema de juez abusador al Ministerio Público abusador.

³⁵ Opus cita pág. 43.

³⁶ Paulino Machorro Narvaez. El Ministerio Público, la Intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la constitución. Publicaciones de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y legislación, México 1941.

-EL CONTROL A TRAVES DEL JUICIO DE AMPARO-

Nueva crítica debemos hacer respecto de las actividades del Ministerio Público, ejercitando la facultad de Policía Judicial. Esta se refiere a la falta de control constitucional de las actividades del Ministerio Público, en el caso de que se abstenga de ejercitar la acción penal, en un caso determinado.

Cuando un delito es denunciado al Ministerio Público, y éste se niega a ejercitar la acción pñal contra el que aparezca responsable de él, los interesados en que la persecución se realice, pueden ocurrir ante el procurador -control interno para que revise la resolución del agente respectivo. Pero si el procurador confirma la resolución del inferior, los ofendidos por el delito no tienen otro recurso que hacer valer ya que la jurisprudencia de la Suprema Corte ha resuelto que el juicio de amparo no procede en estos casos, pues en esa forma se arrebataría de manos del Ministerio Público la facultad persecutoria que el artículo 21 constitucional le otorga.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia y de los adversarios del amparo en esta hipótesis, y eventualmente en las de desistimiento (ahora sobreseimiento) y formulación de conclusiones no acusatorias, no es exacto, el amparo sería en el sentido de que el Ministerio Público ejercite su acción.

Sin embargo los anteriormente mencionados argumentan lo siguiente:

1) El ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público:

2) La abstención del Ministerio Público en ejercicio de su función requirente no lesiona derechos individuales sino sociales, y puede dar cause a un juicio de responsabilidades pero no al amparo;

3) Si los tribunales asumiesen el cometido de ordenar el ejercicio de la acción penal, se caería en el erradicado sistema de enjuiciamiento inquisitivo;

4) El interés puramente civil, reparatorio, del perjudicado por el delito puede ser satisfecho mediante el procedimiento civil ordinario;

5) Cuando el Ministerio Público resuelve no ejercitar la acción es parte procesal, y resulta improcedente la interposición del amparo contra quien no realiza actos de autoridad.

La replica de varios autores, o partidarios del amparo, se resumen en lo siguiente:

1.- Si bien es cierto que sólo el Ministerio Público puede ejercitar la acción penal, también lo es que dicho ejercicio o su abstención no pueden ser arbitrarios, ni escapar al control de la justicia federal.

2.- El no ejercicio de la acción penal vulnera derechos individuales a la reparación del daño, que no quedarían salvaguardados a través del juicio de responsabilidades.

3.- No existe el peligro de inquisitorialidad en el procedimiento, ya que el tribunal federal (amparo contra el no ejercicio) no conocerá en ningún caso del proceso penal correspondiente.

4.- A la jurisdicción civil llega deformada la pretensión reparadora del perjudicado por el delito, quién sufre agravio definitivo e irreparable por la falta del ejercicio de la acción penal, más aún, la ley permite considerar que sólo se puede acudir ante los tribunales civiles cuando no se ha promovido el incidente de responsabilidad civil en el proceso penal.

5.- Al momento de la resolución de no ejercicio el Ministerio Público actúa como autoridad y no como parte, porque aún no se ha iniciado el proceso.

Desde mi punto de vista, el amparo debe ser procedente, por que cuando el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la Acción Penal o se desiste o formulan conclusiones no acusatorias, las víctimas del delito tienen derecho a que se les repare el daño que se les haya causado, y cuando el Ministerio Público se niega a ejercer la acción, puede privarlos de la posibilidad de obtener dicha reparación.

Además el artículo 21 constitucional consagra una garantía social, que al individualizarla o sea cuando una persona denuncia y exige que se persiga un delito donde se encuentran integrados el delito y delincuente nos lleva a la conclusión de que el Artículo 21 constitucional en lo que al Ministerio Público atañe, sí contiene una verdadera garantía individual a favor de todas las personas que sean sujetos pasivos de un delito, teniendo

el derecho de exigir a la Justicia Federal el amparo y protección en contra de los actos emanados del Ministerio Público.

El Ministro Don Teofilo Olea y Leyva afirmaba ⁽³⁶⁾. "...Si es propia y exclusiva de la autoridad judicial la facultad de imponer las penas, le es así mismo exclusiva la de absolver o de no imponer penas."

La idea de la procedencia del amparo, en los casos en que el Ministerio Público no ejercite la acción penal, no es nueva, pues el artículo 26 de la Ley del Ministerio Público común de 1919, establecía el recurso extraordinario de amparo, contra la resolución del Procurador General de justicia que decidía no presentar acusación por los hechos que un particular hubiese denunciado como delito.

Sin embargo, todavía a la fecha la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (1977-1985), en su novena parte dispone que contra acto del Ministerio Público "cuando se niega a ejercer la acción penal", resulta "improcedente el juicio de garantías".

4.6 LA CONSIGNACION.

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 al

³⁷Opus Cit. pág. 681.

caso concreto y resuelva si hay fundamento o no para seguir un proceso en su contra.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales se inicia con el acto de consignación, que requiere la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos de la primera parte del artículo 168 del Código Federal.

Preparada su acción durante la averiguación previa, debe ahora el Ministerio Público ejercitarla, en la inteligencia de que tal ejercicio varía tan sólo en detalles como cuando, por ejemplo, tiene detenido al probable responsable del hecho delictuoso, o cuando no lo tiene detenido.

En efecto, como ya dejamos apuntado, al recibir el Ministerio Público diligencias de Policía Judicial, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales. Si fuere injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad. (art. 135).

El delito, acción u omisión del hombre que definen y sancionan las leyes penales, cuando se ejecuta trae, como consecuencia, para su autor, la imposición de una pena. De acuerdo con el mandato constitucional citado, esta pena sólo puede imponerse por la autoridad, autoridad que, sin embargo, no está facultada para perseguir al delincuente. En cambio, el Ministerio Público, persecutor de los delitos, está incapacitado para penar a sus autoridades; de aquí que el Ministerio Público, persecutor, demande del tribunal, sentenciador, la imposición de la pena y de aquí, finalmente, los conceptos de ejercicio de la acción penal y procedimiento penal.

Repetimos que el ejercicio de la acción penal es, una actividad del Ministerio Público tendiente a cumplir con su función y a excitar al órgano jurisdiccional para realizar la suya. El primer acto de esta actividad, propiamente hablando, es la consignación, tanto así que no existe tal ejercicio cuando no ha habido consignación.

De lo anterior se advierte que la consignación origina el nacimiento del periodo de preparación del proceso y con ello el procedimiento judicial, dentro del cual corresponde exclusivamente a los tribunales federales resolver si hay fundamento o no para seguir un proceso en contra de un inculpado, aplicando la ley penal al caso concreto sometido a su consideración.

La resolución de consignación se formulará por escrito, expresando el lugar y fecha en que se pronuncie, los nombres y apellidos del indiciado, un 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 inculpado, los artículos de la ley en que apoyen la resolución de que se trata, y las proposiciones concretas en las cuales se mencionan que se consigna ante el Juez correspondiente, la averiguación previa, en 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 de al Ministerio Público la intervención que a su

representación compete; resolviendo, en su caso, sobre la situación jurídica de los 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.

La consignación no requiere de formalidad especial alguna. Ni la constitución, ni las leyes orgánicas correspondientes, ni los Códigos de Procedimientos Penales señalan requisitos especiales, solemnidades o formas expresas en que su inobservancia tuviera como resultado, por ejemplo, la nulidad de la "consignación".

No requiere, por lo tanto, la consignación, formalidad especial y previamente determinada; pero sí supone un contenido cuya ausencia implica el no ejercicio de la acción penal. ¿Cuál es el contenido?

Si el Ministerio Público envía al Juez competente las diligencias que practicó durante la averiguación previa, diciéndole tan solo: "Ahí tienes estas actuaciones, resuelve conforme a derecho", propiamente hablando no ha ejercitado la acción. Su "consignación" realizada en tal forma, aparentemente autorizada, pues como se acaba de indicar no se requiere legalmente formalidad expresa, carece sin embargo de valor porque no tiene contenido, de donde resulta indispensable determinarlo.

La acción penal tiene como presupuestos un delito y un delincuente, por lo mismo su ejercicio debe, en todo momento, desde el principio hasta el fin, o sea desde la "consignación" hasta las conclusiones, referirse a ellos. De esto resulta que el Ministerio Público, al consignar, tiene la obligación de

manifestar a quién consigna y por qué consigna, es decir, debe expresar los nombres del delincuente y del delito que motivan el ejercicio de la acción penal, procurando ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal y la probable responsabilidad del indiciado, debiendo observarse las disposiciones contenidas en los artículos 134, 168 y 195 del Código Federal, en relación al 16 constitucional.

-CONCLUSIONES-

1.- Como primera conclusión, me gustaría dejar establecido como el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, sin que exista ningún medio legal que controle su actuación, debido a que los existentes no son eficaces, ni prácticos, o sea me refiero al control interno a cargo del Procurador, esto debido, a muchas circunstancias que hemos dejado establecidas como: la dependencia directa del poder ejecutivo, la corrupción que existe en una sociedad como la nuestra, la negligencia que no es generalizada pero sin embargo existe, la carga de trabajo tan grande que no permite un estudio detenido de la averiguación, lo que trae como consecuencia consignaciones donde no se integran presunta responsabilidad ni cuerpo del delito, y el Juez termina dictando auto constitucional de libertad por falta de elementos.

También por las mismas razones el Ministerio Público resuelve no ejercer en donde debería ejercitar acción etc...

2.- En mi segunda conclusión me gustaría hacer notar con todo respeto para la Suprema Corte de Justicia que el criterio sustentado por la misma, en mi opinión no esta apegado a derecho ni a lógica jurídica al sustentar en jurisprudencia (1917-1985) en novena parte que dispone que contra acto del Ministerio Público "cuando se niega a ejercer la acción penal" resulta "improcedente el juicio de garantías". (tesis 82 pág. 122), ya hemos

dejado establecido todos los argumentos en los que se basa la Suprema Corte de Justicia, y poniéndoles en una balanza con los que argumentan en favor del amparo nos lleva a la conclusión de que el amparo debe proceder contra actos del Ministerio Público, por las razones expuestas en nuestro trabajo.

3.- También las Leyes Procesales son dignas de criticarse al permitir el sobreseimiento de la acción, o la formulación de conclusiones no acusatorias; atribuyendo al Ministerio Público funciones jurisdiccionales, con lo que se viola flagrantemente lo dispuesto por el artículo 21 constitucional en lo referente a la exclusividad de imponer penas y absolver de las mismas.

4.- Otra conclusión a la que he llegado es la referente a que el artículo 21 constitucional, si consagra realmente una garantía individual; por que si observamos su ubicación en la constitución nos daremos cuenta que esta ubicado en la parte donde se consagran las garantías individuales.

Es decir el artículo 21 consagra una garantía social, pero al individualizarla se convierte en una verdadera garantía individual.

También quiero concluir que el Ministerio Público durante la etapa de averiguación previa tiene el carácter de autoridad, por que tiene la decisión

de actuar discrecionalmente, y sus actos discrecionales afectan a los particulares que no tienen ningún medio para defenderse.

5.- Creo que una institución como el Ministerio Público y con una función social tan importante como es la persecución de los delitos debe estar mejor organizada y también debe existir un medio que controle sus actividades; por que gracias a ella se mantiene la paz y la justicia social.

BIBLIOGRAFIA.

ARILLA BAS FERNANDO. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. ED. KRATOS, MEXICO, D.F., 12a EDICION, 1989, 474 PGS.

BURGOA ORIHUELA IGNACIO. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES. ED. PORRUA, MEXICO, D.F., 24a EDICION 1992, 770 PGS.

BURGOA IGNACIO. EL JUICIO DE AMPARO. ED. PORRUA MEXICO, D.F.

CASTRO V. JUVENTINO. EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO FUNCIONES Y DISFUNCIONES. ED. PORRUA, MEXICO, D.F., 5a EDICION 1983, 172 PGS.

CASTRO V. JUVENTINO. LECCIONES DE GARANTIAS Y AMPARO. ED. PORRUA, MEXICO, D.F., 2a EDICION 1978, 552 PGS.

COLIN SANCHEZ GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ED. PORRUA MEXICO, D.F., 12a EDICION, 1990, 656 PGS.

FRANCO VILLA JOSE. EL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL. ED. PORRUA, MEXICO, D.F., 1985, 445 PGS.

FRANCO SODI CARLOS. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. ED. PORRUA, MEXICO, D.F., 3a EDICION, 1946

GARCIA RAMIREZ SERGIO. DERECHO PROCESAL PENAL. ED. PORRUA, MEXICO, D.F. 5a EDICION 1989, 865 PGS.

GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. ED. PORRUA, MEXICO, D.F., 8a EDICION, 1985 415 PGS.

ISLAS OLGA Y RAMIREZ ELPIDIO. EL SISTEMA PROCESAL EN LA CONSTITUCION ED. PORRUA, MEXICO, D.F., 1979. 95 PGS.

MACHORRO NARVAEZ PAULINO. LA INTERVENCION DE TERCERO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL Y LA OBLIGACION DE CONSIGNAR SEGUN LA CONSTITUCION. PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION, MEXICO, 1941.

OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO. LA AVERIGUACION PREVIA. ED. PORRUA, MEXICO, D.F., 5a. EDICION, 1990, 487 PGS.

SILVA SILVA JORGE ALBERTO. DERECHO PROCESAL PENAL. ED. MARIA, MEXICO, D.F., 1990, 815 PGS.

TEXTOS LEGALES CONSULTADOS.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMUN PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1931.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO DEL FUERO COMUN DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN SEPTIEMBRE DE 1919.

**LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL
DISTRITO FEDERAL DE JUSTICIA DEL 12 DE DICIEMBRE DE 1983.**

LEY DE AMPARO VIGENTE.