

ACCIÓN PENAL EJERCIDA POR PARTICULARRES

Elías POLANCO BRAGA*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Denominaciones*. III. *Concepto*. IV. *Carácterísticas de la acción penal por particulares*. V. *Legitimidad activa*. VI. *Naturaleza de la acción penal por particulares*. VII. *Delitos en los que procede la acción penal por particulares*. VIII. *Constitución y desarrollo de la acción penal ejercida por particulares*. IX. *Sinopsis*. X. *Bibliografía*.

I. ANTECEDENTES

En los inicios de la vida primitiva existieron conflictos penales; para solucionarlos, era la víctima quien se autojuzgaba como respuesta a la ofensa o al daño sufrido, ello consistía en lo siguiente:

La individualidad absoluta de la respuesta se entiende toda vez que el control social está en manos del sujeto particular, en tanto el resto del grupo no se implicaba en el conflicto tomando partido o sirviendo de instancia mediadora. Es el individuo quien, en su pugna existencial ha de tomarse la —justicia— por propia mano, ya que él mismo, como ofendido crea la ley y se erige en víctima, fiscal y juez (Herrera, 1996: 26).

En esa época no existió un tercero decisor, por lo que la justicia se desarrollaba al arbitrio de la víctima, al dejarse que el particular en su carácter de víctima lo iniciara, moderara y modelara, concluimos que el procedimiento penal fue de índole privado.

La acusación privada con lineamientos procesales, para que el particular la realizara, se estableció en Grecia y en Roma, donde "...El particular afectado por el delito, era el encargado de promover la acción; se le reconocía un derecho propio, y una vez iniciada se obligaba al promotor a

* Profesor en la UNAM y en la División de Posgrado CIJUREP de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

continuarla...” (González, 1983: 42). Ello le dio la característica de privado, al no participar tercero alguno para llevar el caso a los tribunales; con posterioridad se amplía a otras personas el derecho de acusación con cierta peculiaridad, al afirmarse que “...en la Antigua Roma, se señalaron limitaciones y sólo podía ser acusador, el ofendido, su familiar o sus representantes; ...” (Colín, 2001: 258). Al comenzarse a reglamentar el procedimiento penal acusatorio en Roma, se determina que la acusación sea para delitos específicos, en los que el particular podía ejercerlos, así, se establece que:

Fuera de esos pocos casos importantes, no se requería que aquél que quería ejercer la acusación demostrara haber sido personalmente lesionado por el delito; antes bien, la facultad de acusar se consideraba como una función a todo el mundo. Lo cual no quiere decir en modo alguno, que se reconociera un derecho general de acusación ... con lo que el círculo de personas que podían acusar quedaba notablemente aumentado, sobre todo por la circunstancia de que en los delitos cometidos contra la comunidad no era posible limitar el derecho de interponer la acusación, ... (Mommsen, 1976: 242-243).

Al surgir el imperio de la justicia oficial pública, aparece concomitantemente el monopolio de la acción penal y su represión; sin embargo, no se erradica totalmente la acción procesal penal de los particulares en ella, como se ilustra al decirse que:

Pero, con más arraigo incluso, las formas de solución compositiva privada, alternativa al proceso, no se muestran prontas a decaer. Por su indiscutible funcionalidad y ventaja para las partes —los infractores se libran del rigor sancionador oficial, en tanto las víctimas se ven resarcidas— estas prácticas subsisten, petrificadas, como recursos paralelos a los propios del nuevo orden jurídico, y su existencia se prolongará hasta bien avanzada la Edad Moderna (Mommsen, 1976: 53).

Los conflictos penales, al haberse dejado en manos del poder público para su solución, fueron calificados como monopolio de la acción penal, después de la Revolución francesa, éstos dejaron en definitiva fuera del procedimiento penal a la víctima para ejercer sus derechos, eliminando, además, al representante de él en el proceso, sobre el particular se aclara:

Conforme el proceso gana en complejidad de trámites y situaciones, los arcanos del nuevo contexto judicial, formalista e inextricable, dejan de ser aprehensibles por el profano. Se impone la profesionalización de las voces procesales en la lid, la especialización y exclusividad competencial en unos expertos cuyos conocimientos jurídicos y habilidad oratoria los recomienda, para es-

grimir la representación de la víctima. Sin embargo, estos profesionales, imuestos entre el Estado y la víctima tramitarán contribuyendo a la definitiva postergación de la última (Mommsen, 1976: 55 y 56).

Al desplazarse al acusador particular desde años previos a la Revolución Francesa, introducidas por las Ordenanzas de 1498 y 1670, aparecen reglamentadas las asociaciones públicas para eliminar el régimen inquisitivo que regía en esa época; es de apuntarse que, fue en el Código de Instrucción Criminal de 1808 de Francia donde surgió en definitiva la institución del Ministerio Público, ésta desplaza al defensor particular con carácter de víctima.

En México, inicialmente sus leyes independientes no descartaron a los particulares mediante un subórgano estatal, o sea, al ofendido no se le representaba en el desarrollo procesal penal, aunque existieron intentos legislativos para adoptar la acusación pública, se anota que “Los constituyentes de 1857, obedientes a la tradición, no le privaron del derecho de acudir directamente a los «tribunales»; quizá, por eso, no franquearon la entrada del Ministerio Público, «muy en boga» en ese entonces en el derecho procesal francés...” (Colín, 2001: 258). Al comenzar a expedirse leyes procesales penales, se incluyó al Ministerio Público, esta aseveración se sintetiza así:

El artículo 3º del Código de Procedimientos Penales de 1894, haciendo suya la idea de los Códigos de 1870 y 1880 disponía: “La violación de los derechos garantizados por la ley penal da lugar a una acción penal. Puede también dar lugar a una acción civil. La primera, que corresponde a la sociedad, se ejerce por el Ministerio Público, y tiene por objeto el castigo del delincuente. La segunda, que sólo puede ejercitarse por la parte ofendida o por quien legítimamente la represente...” (Pérez, 1975: 27).

Fue la Constitución de 1917 la que acoge los lineamientos del derecho francés, puesto que, “...los integrantes del Constituyente de 1917, sustituyeron al particular ofendido por el agente del Ministerio Público, colocando a aquél en un nivel inferior en cuanto a que se le excluyó del ejercicio de la acción penal, aunque no como titular de derechos civiles...” (Colín, 2001: 258). Este postulado, al regularse en las leyes reglamentarias procesal y sustantiva penales, no le conceden derechos específicos a la víctima en lo relativo a la acción privada, sino que la limita, como se establece a continuación.

...el Código de Organización y Competencia y de Procedimientos en Materia Penal ... de 15 de diciembre de 1929, día en que entró también en vigor el Nuevo Código Penal. En estos dos ordenamientos se previene que la reparación

ción del daño habrá, por una parte, de ser exigida por el Ministerio Público, y por otra, que la condena a la reparación del daño pasa a formar parte de la pena pública imponible por el delito (Pérez, 1975, p. 27).

La disposición anterior atenta contra los derechos de la víctima al concedérsela al Ministerio Público, no obstante los lineamientos señalados por los Códigos Procesal Penal y Penal Sustantivo; fue a raíz de las reformas a ellos de 1983, que se comienzan a proteger nuevamente los intereses que les corresponden a las víctimas, al permitírseles constituirse en coadyuvantes del Ministerio Público, autorizándosele además, que puede ser por medio de su representante o del derechohabiente, que pueden exigir la reparación del daño; de manera objetiva decimos que en:

La Constitución Federal Mexicana de 1857 no contempló al Ministerio Público, por lo que las leyes procesales expedidas con posterioridad a ella, regularon la querella como medio de acusación reservada a los particulares, realizando el ejercicio penal directamente ante los tribunales. El Constituyente de 1917 decide eliminar este derecho de los particulares, también privó a los tribunales el poder de investigar los delitos, otorgándoselo al Ministerio Público, con el carácter de monopolio de esas facultades, o sea, la investigación y el ejercicio de la acción penal; este criterio duró más de noventa años, hasta que, con la reforma de junio de 2008, se reguló la acusación mixta, al establecerse la obligación del Ministerio Público en la investigación, el ejercicio de la acción penal y la acción procesal penal por los particulares, en dichas actividades es notorio el predominio de la primera, por lo que concluimos que la última es una excepción al concedérsele al particular para limitados delitos.

Habiéndose hecho una sinopsis de los derechos de la víctima en cuanto al ejercicio penal de sus derechos, en los que observamos un vaivén de ellos; es la reforma de 2008 la que pretende reivindicar, aunque parcial y controladamente, el ejercicio de la acción penal de los particulares plasmado en el artículo 21 constitucional, segundo párrafo, que reza: “La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Esta directriz fue reglamentada en los artículos del 426 al 432 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

II. DENOMINACIONES

Al procedimiento en análisis, tanto la ley como la doctrina, le han atribuido diversos nombres para identificarlo, así tenemos: acción primitiva, acción

privada, acción de particular, acción por ofendido, acción de parte interesada, acción a instancia de agraviado, acción cívica, acción popular, etcétera; calificativos que se determinan atendiendo al tiempo de vigencia, al criterio de estudiosos del derecho o a la ley que la regula. Al calificarse su dinámica de desarrollo, se le nombra: procedimiento penal especial, procedimiento de exclusión, procedimiento de privatización del derecho penal, procedimiento selecto de delitos, procedimiento de acción penal privada, procedimiento privilegiado del agraviado y procedimiento penal por particular.

La Constitución federal la considera como acción de particular y como procedimiento de la acción penal por particular, con base en lo estipulado en el artículo 21, párrafo segundo, en el siguiente sentido: “La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Lineamiento que acoge bajo la misma denominación el Código Nacional de Procedimientos Penales.

III. CONCEPTO

La acción penal por particular es la que se ejerce en los delitos autorizados por la ley, por la víctima u ofendido, al acudir directamente ante los tribunales, como titular del derecho supuestamente vulnerado, sin la intervención del Ministerio Público; a esta actividad en la doctrina también se le conoce como acción privada, la que se establece que es “la de índole penal cuyo ejercicio sólo corresponde al ofendido o a su representante legal; y, en estos casos a falta de éste y de personalidad procesal en la víctima, por fama pública al Ministerio Fiscal” (Cabanellas, 1979: 86). En otras voces, sobre el mismo tema, se asienta:

Delito de acción privada. El perseguible solo a instancia de parte interesada; o sea de la víctima, representantes legales, ciertos parientes o causahabientes, según los casos (Cabanellas, 1979: 259).

Delito privado. El perseguible a instancia de parte agravuada. Se entienden por tales la víctima, ciertos parientes, los representantes legales de aquella y en algunos casos, sus causahabientes (Cabanellas, 1979: 259).

Continuando con la delimitación de la acción penal privada, Fernando Andrés Ortiz Cruz sostiene que es “...la posibilidad de ejercer directamente por parte de los particulares en los casos que expresamente prevea la ley secundaria, sin perjuicio de que el ministerio público pueda intervenir en los supuestos para salvaguardar el interés público...” (Suprema Corte, 2011: 240). En otra orientación, partimos de la idea que cuando la acción

penal la ejercita un particular, ella tiene el carácter de privada, a lo que se agrega:

Cuando el ejercicio de la acción es privado, prima la voluntad del ofendido, quien decide si promueve la acción penal contra el ofensor y puede disponer de la acción penal –renunciar, desistirse, transigir o conciliar-. Sin embargo, el poder del ofendido es relativo porque el *ius puniendi* continúa en manos del Estado (Calderón, 2013: 61).

Observamos que en esta acción penal específica, en la doctrina y en algunas leyes, predomina la denominación de acción privada, siendo ello indebido, porque existe una marcada diferencia, puesto que en ésta, se trata de “...un determinado grupo de delitos que sólo pueden ser perseguidos jurisdiccionalmente por querella del ofendido, su guardador, representantes legales o los herederos...” (Claria, 1998: 351 y 352). Por consiguiente, “es acusador privado la persona del derecho privado a quien la ley confiere, en forma exclusiva, la titularidad de la acción a los denominados delitos de acción privada y asume su papel en el proceso” (Oderico, 1978: 244). Con lo vertido, hemos establecido lo que podemos conceptualizar como acción penal privada.

En cuanto a lo relativo al ejercicio de la acción penal por particulares, en ella se le concede a la víctima u ofendido el derecho de actuar ante los tribunales en un determinado grupo de delitos que le corresponderían al Ministerio Público, pero por política criminal se prescinde que él la ejercite, porque la ley autoriza al agraviado optar por acudir a denunciar, querellarse ante el Ministerio Público o instar al órgano jurisdiccional, al respecto se determina que “Es acusador particular la persona del derecho privado a quien la ley, sin perjuicio de la función actora que corresponde al ministerio fiscal le confiere la titularidad de la acción en orden a los denominados delitos de acción privada y asume su papel en el proceso” (Oderico, 1978: 230).

De este criterio deducimos que la acción penal es de carácter público, aunque la ejerza el particular, porque con su ejercicio se provoca la actividad del órgano jurisdiccional, ésta será siempre de carácter público.

De lo antes establecido concluimos que la acción penal ejercida por particulares es la autorización constitucional concedida como excepción a la víctima u ofendido, de manera peculiar como un derecho que se realiza voluntaria y directamente ante el órgano jurisdiccional en los supuestos regulados en la ley secundaria, con la finalidad de que se sancione al imputado y de hacer valer el daño sufrido para obtener la reparación del daño.

Con base en la Constitución Federal y lo reglamentado por el Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos concluir que la acción penal por particulares es la autorización que se concede a las personas específicas, víctima u ofendido, para ejercerla ante los tribunales, en los supuestos y con los requisitos fijados por las leyes reglamentarias, cuando ellos hayan recabado datos de prueba que sustenten que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y exista la probabilidad que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTICULARRES

Al estar regulada esta acción penal en la Constitución, la entendemos como una garantía y mecanismo procesal otorgado a la víctima u ofendido para instar al órgano jurisdiccional.

Esta actividad sólo rige en los delitos que afectan bienes tutelados a los particulares o cuando predomina el interés individual, siendo éstas las que le dan la característica a la actividad procesal otorgada a los particulares, aunado a que se excluye al Ministerio Público de ejercerla, por lo que se asevera:

...debemos asentar que la acción privada constituye una excepción al poder estatal de perseguir los delitos; excepción derivada del predominio del interés particular (el de la víctima o del ofendido) sobre el interés del Estado, y que se refleja en la necesidad de que la víctima o el ofendido participen directamente en el proceso penal, en aras de lograr un acceso real de tales sujetos a la justicia (Román, 2012: 51).

De manera concreta, se pueden delimitar las características de esta acción penal promovida por particulares atendiendo a las siguientes conclusiones (Horvitz, 2002: 539), las que ampliamos y comentamos:

- La característica principal de este procedimiento es la exclusión del Ministerio Público.
- Se concede la atribución de poder exclusivo de persecución a la víctima u ofendido.
- El impulso procesal ante el juzgador radica enteramente en la víctima u ofendido.
- La víctima u ofendido pueden renunciar a través del desistimiento de la acción penal al hecho, por ser de índole particular.

- La carga procesal y de la acción le corresponde al particular que promueva la acción penal (víctima u ofendido).

Otro criterio (Claria, 1998: 353) que ilustra el tema de la acción penal establece los caracteres que a continuación se anotan:

1. Junto con la instancia acusatoria, el querellante puede demandar civilmente haciendo valer la pretensión reparatoria del daño ocasionado por el delito.
2. Se trata de un juicio con marcado carácter dispositivo que se acerca mucho al régimen del proceso civil común.
3. Este carácter dispositivo (acusatorio substancial) se manifiesta ante el criterio de oportunidad que determina el inicio del juicio, por cuanto es dejado a la voluntad discrecional del titular de la acción, y ante la posibilidad de renuncia a la pretensión de condena hecha valer por el querellante, o de extinción de la pena por el perdón del ofendido triunfante.
4. ...se prevén los efectos extintivos de la retractación.

Debemos considerar que actualmente en el artículo 21 de la Constitución se contiene un sistema mixto del ejercicio de la acción penal, la que ejerce el poder estatal y la que ejercen los particulares, en el entendido que subsiste el predominio de la primera, aunque el hecho que se le conceda ese derecho a los particulares no desvirtúa la naturaleza de la acción en su carácter procedimental puesto que “...la acción procesal es siempre pública dado que su finalidad es precisamente, en cualquier caso (pública o privada) provocar el ejercicio de la jurisdicción, que es una actividad de esta naturaleza” (Pina, 1983: 32). Esto nos lleva a manifestar que el carácter de la acción penal realizada por particulares no debería calificarse como acción privada, peculiaridad que se le atribuye, por algunas leyes, a la doctrina nacional y extranjera.

V. LEGITIMIDAD ACTIVA

En esta institución se delimita quién puede ser el acusador en el procedimiento de acción penal, en los casos en que se faculta a los particulares, a lo que se exterioriza:

La aptitud de un particular para asumir el papel de acusador en un determinado proceso, depende de que revista alguna de las siguientes calidades.

- a) Ofendido por el delito:

La persona particularmente ofendida por un delito del cual nace la acción pública, podrá asumir el papel de parte querellante y promover en tal carácter el juicio criminal.

b) Representante legal de un incapaz ofendido por el delito:

El mismo derecho (querella) tienen los representantes legales de los incapaces por los delitos que ofendieren a sus representados (*cfi*: Oderico, 1978: 236-238).

En otro aspecto se considera que estar autorizados para instar al órgano jurisdiccional, cuando se establece “...el procedimiento sólo podrá comenzar con la interposición de la querella por quien estuviere habilitado para promover la acción penal, esto es, por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario...” (Horvitz, 2002: 543).

Atendiendo a la Constitución nacional, se legitima al particular para ejercer la acción penal; el Código Nacional de Procedimientos Penales delimita en su numeral 426 que podrá ser ejercida por quienes tengan la calidad de víctima u ofendido, en el mismo estatuto procesal esta acción se considera como si se tratara de una querella; en el precepto 225 del mismo se consagra que ésta la puede presentar la víctima u ofendido o quien se encuentre facultado para ello, esto abre la posibilidad que sea el representante tanto de personas físicas como morales, lo que se aclara en el artículo 226 de ese mismo ordenamiento, al autorizar que la pueden presentar tratándose de menores de edad o personas incapacitadas para comprender el significado del hecho, quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, o sus representantes legales, aunado que para el supuesto de personas morales, será el apoderado legal o administrador facultado para ello. Por consiguiente, se amplía el número de legitimados para ejercer esta acción penal.

VI. NATURALEZA DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTICULARS

En este procedimiento se aprecian peculiaridades desde que se reglamenta por el Poder Legislativo, quien consideró que para que la acción sea ejercida como particular se atienden dos criterios:

1. El contenido del bien jurídico protegido. Los tipos penales a los que corresponde el ejercicio privado de la acción penal tienen un denominador común: los bienes jurídicos se refieren a aspectos íntimos y personalísimos.
2. El grado de lesión o puesta en peligro del interés protegido, de tal manera que la levedad de la lesión o agresión determina poner en

manos del propio afectado, la decisión de exigir responsabilidad de los hechos... (Calderón, 2013: 61).

Otra perspectiva se enfoca a que este procedimiento en cuanto a su decisión es de naturaleza pública, toda vez que “La acción penal, cuando su contenido es una pretensión punitiva, vale decir, cuando el actor reclama la actividad jurisdiccional para que se declare el derecho del Estado a someter a alguien a la ejecución de una pena” (Oderico, 1978: 197). De acuerdo con lo dicho, si la víctima u ofendido no solicitan en el ejercicio de la acción la pretensión punitiva, para que la declare el órgano jurisdiccional, el proceso penal carecería de un objeto adecuado para ser declarado el derecho.

En cuanto al desarrollo del proceso penal por instancia del particular, tiene sus propias reglas dispositivas, sus corolarios y directrices propias, mismas que le dan la naturaleza de un procedimiento especial, que lo hacen distinto del procedimiento penal ordinario, aunque en todo lo que no se oponga y se requiera para estructurarla, rigen los principios y reglas del procedimiento ordinario, en tal sentido, se establece en el último párrafo del artículo 432 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al consagrarse que “...en la sustanciación de la acción penal promovida por particulares, se observarán en todo lo que resulte aplicable las disposiciones al procedimiento (ordinario) previstas en este Código...”.

Para mejor comprensión de la naturaleza de esta acción penal por particulares se ilustra al exteriorizarse:

[...] Es un proceso acusatorio en el cual el Estado limita su pretensión punitiva al interés del ofendido, pero sólo en cuanto al delito en sí mismo, con exclusión del grado, condiciones y medida de la responsabilidad penal. Cuando se querella a un mismo sujeto por varios hechos perseguitables por acción de ejercicio privado, no se ve inconveniente para su acumulación en un único proceso, siempre que los trámites del juicio puedan ser los mismos. Lo que no es posible es acumular una causa por hechos de este tipo con otra por delito persegurable por acción de ejercicio público [...] (Claria, 1998: 353).

En definitiva, esta acción es una medida accesoria garantista de naturaleza *sui generis* (de naturaleza propia y única) ya que es una excepción al *ius puniendi* estatal en la que se concede ejercerla a los particulares (víctima u ofendido), delimitado a tipos penales específicos, eliminando la participación del Ministerio Público, sin embargo, a la vez, se le deja la carga probatoria al acusador particular para justificar su pretensión punitiva.

Existen algunas particularidades de la acción penal que surgen al ejercerla los legitimados (víctima, ofendido o el representante), se confirma ello

con lo sostenido en el Dictamen de la Revisora de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de la Cámara de Senadores, respecto al Proyecto de Decreto por el que se Reforman y Adicionan diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 13 de diciembre de 2007 al establecer:

En relación con el ejercicio de la acción penal y con el ánimo de hacer congruentes todas las modificaciones al sistema de procuración y administración de justicia que contempla esta reforma, se hace evidente la necesidad de romper con el monopolio de la acción que actualmente tiene el Ministerio Público. En efecto, esta reforma abre la posibilidad de ejercer directamente la acción penal por parte de particulares, en los casos que expresamente prevea la ley secundaria, ... lo que contribuirá en forma importante a elevar los niveles de acceso a la justicia en materia penal ... El ejercicio de la acción penal en estos supuestos será eminentemente excepcional, sólo en aquellos casos en los que el interés afectado no sea general...

Esta directriz se plasma en el artículo 21 constitucional en su párrafo segundo, al decir que “La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Con esta disposición se elimina la intervención del Ministerio Público en los casos reservados a los particulares.

Basándonos en la ley, específicamente, atendiendo su contenido y finalidad, concluimos que la querella es una acusación dirigida al querellado la que debe de ser concreta, subjetiva y objetivamente planteado.

VII. DELITOS EN LOS QUE PROcede LA ACCIÓN PENAL POR PARTICULARS

La doctrina establece que esta acción penal procede ejercerla por los particulares en los delitos perseguitables por medio de la querella; en otro supuesto, se establece que cuando no exista interés público gravemente lesionado, o en delitos patrimoniales cometidos sin violencia; en otro criterio, se contempla su procedencia en algunos delitos de acción pública, en todos estos supuestos, los particulares la pueden invocar directamente ante los tribunales, siempre que estén regulados en la legislación secundaria, al respecto, al legislarse, es imperante considerar lo siguiente:

Por tanto, lo más afortunado será que el legislador ordinario la limite a los delitos donde se afecten intereses meramente particulares o privados en donde

la sociedad no se ve tan dañada por aquellos, pues ello evitaría que se diera un giro diferente al fin que se persiguió al introducirla a la Constitución; por el caso que se reconozca delitos que afecten intereses generales y/o públicos donde la sociedad se sienta agravuada, se le estaría otorgando al particular de un poder absoluto acerca de aquellas conductas delictivas que importan de manera prevalente a la sociedad, pues los primeros que rigen la acción penal privada no son los mismos a los de la acción penal pública, ya que aquella se orienta por ser voluntaria y por ello renunciable (Valadéz, 2011: 30).

Atendiendo los lineamientos anteriores, el legislador deberá establecer en la ley reglamentaria *de numerus clausus*, para delimitar en qué tipos penales procede el ejercicio de la acción penal por los particulares para iniciar este procedimiento especial, en razón de que se debe enlistar en cuáles delitos procede; lo que se traduce en una taxativa legal a la víctima o al ofendido, es decir, no se les otorga ampliamente este derecho de ejercicio que se pueda traducir en utilizarse ilimitativamente, puesto que “...hay que destacar que el número de delitos que pueden perseguirse conforme al procedimiento de acción penal privada (por particulares) es bastante reducido...” (Horvitz, 2002: 538). En cuanto a la acción penal pública que le compete al Ministerio Público, seguirá su función y competencia con el calificativo de monopolio delimitado, lo que lo obliga a respetar los intereses y derechos que legalmente les corresponden a los particulares para iniciar el procedimiento penal.

Aunque hemos separado las actividades del acusador privado del acusador particular anteriormente, al tratar los investigadores y los doctrinarios a la acción penal por particulares en análisis, en especial “...Acción penal privada y acción penal particular se confunden en nuestro Código Nacional y, por ende, es posible sostener que son delitos de acción particular los mismos que permiten la acción penal privada” (Canales, 2014: 1366). En este criterio observamos que el artículo 428 señala cuatro hipótesis de manera enunciativa los delitos en los que procede la acción penal por particular al mencionar los siguientes, mismos que comentamos:

1. Delitos perseguibles por querella, el Código Penal señala cuáles son estos delitos utilizando en los tipos penales los términos, querella, queja, instancia o petición de parte.
2. Delitos cuya penalidad sea alternativa, se establecen en el tipo penal que se sanciona con pena privativa de libertad o pena pecuniaria, estas dos sanciones, intercalado con la letra “o” denotan que puede ser una u otra.
3. Delitos cuya penalidad sea distinta a la privativa de libertad, como:

- a. Tratamiento en libertad,
 - b. Sanción pecuniaria,
 - c. Amonestación,
 - d. Caución de no ofender, u otras.
4. Delitos cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión, esta locución acota la sanción privativa de libertad hasta tres años, para el caso concreto se atenderá el máximo de la penalidad fijada en el tipo penal sin atender el término medio aritmético.

Por consiguiente, estos lineamientos se atenderán de acuerdo con lo legislado en los códigos penales de las entidades federativas, tratándose de delitos del fuero común, o basándose en el Código Penal Federal si el ilícito penal es de esa competencia; para justificar la procedencia de la acción penal por particular. Además, algunos delitos corresponden a la acción penal pública, pero el legislador se los concedió a los particulares para ejercerlos, al haber establecido la regla general del límite de prisión preventiva de hasta tres años.

VIII. CONSTITUCIÓN Y DESARROLLO DE LA ACCIÓN PENAL EJERCIDA POR PARTICULARS

Para constituirse la acción penal por particular, es requisito que el querellante haga valer su derecho ante el órgano jurisdiccional, ante ello se provoca su desarrollo, por lo que decimos que tanto su constitución como su desarrollo tienen características peculiares que lo diferencian del procedimiento ordinario penal.

1. *Legitimación*

La víctima o el ofendido deben justificar su legitimación ante el juez de control, al momento de constituirse como acusador particular, toda vez que es parte eventual que requiere de su voluntad manifiesta para ejercer este derecho con las formalidades legales; esta actividad procedural la deberá iniciar el particular con fundamento en los artículos 429 y 430 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en los cuales se señalan expresamente los requisitos formales y materiales para solicitarse, los que enumeramos a continuación y agregamos los comentarios pertinentes:

1. En dichos artículos no se establece la forma de promover la acción, ante esta omisión, consideramos que puede ser escrita o verbal (en el derecho comparado se establece que deberá realizarse por escrito, tal es el caso de Chile y Argentina que así lo puntualizan).
2. El ejercicio de la acción penal por particular se equipara a la querella, como el medio con el que se apersona la víctima u ofendido y formula su acusación.
3. La solicitud se promoverá ante el juez de control (de ser escrita se le dirige al juez de control, de ser oral, deberá ser por comparecencia ante el mismo juzgador). La doctrina se manifiesta en el sentido que se debe presentar por escrito ante el juzgador competente por la persona habilitada por la ley (víctima u ofendido) para iniciar la acción penal.
4. El querellante (víctima u ofendido) deberá proporcionar su nombre completo y domicilio para efectos de su localización y para ser notificado.
5. Si el promovente es persona jurídica (moral) se indicará su razón social y su domicilio para oír y recibir notificaciones; además, el representante legal deberá exhibir el documento que acredite su personalidad, también su domicilio para oír y recibir notificaciones; en el caso del mandatario, deberá exhibir poder especial con cláusula específica para hacer valer los hechos ilícitos, así mismo, aportar el nombre del poderdante y su domicilio y el domicilio procesal del promovente para que sea notificado.

Se debe proporcionar el nombre completo del imputado (querellado) y los datos para su localización y citación correspondiente; de ignorarse el nombre o el domicilio, lugar de trabajo o lugares que frecuente, se dice, “en caso de ignorar estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudiera darle a conocer” (Oderico, 1978: 240). Ante estos supuestos, se debe señalar una descripción y designación clara de su persona para que el juzgador ordene su localización, para que en práctica de diligencias solicitadas por el querellante, sea citado a comparecer al juzgado; sobre esta cuestión, se consagra que

El querellante puede verse imposibilitado de identificar debidamente al querellado, o sea, al supuesto autor del hecho. Dado el caso, a su pedido el tribunal, practicará las averiguaciones correspondientes, a modo de investigación preliminar. Ésta se dirige a averiguar el nombre, apellido y domicilio del querellado a los fines de promover a su citación, ya que no sería suficiente la descripción identificatoria que puede hacerse en la querella cuando se igno-

ran esos datos. Esta información capta también la obtención de elementos probatorios que el querellante no haya podido acompañar a la querella (Claría, 1998, p. 358).

En esta ilustración observamos que se flexibiliza la carga de la prueba al querellante al actuar y practicar diligencias por el órgano jurisdiccional, tanto para la identificación y localización del querellado como para la práctica de diligencias para recabar datos de prueba que le fueron solicitados al juzgador por el agraviado acusador particular.

6. La fracción IV del artículo 429 del Código Nacional de Procedimientos Penales exige los siguientes requisitos que debe contener la querella:

- a. Señalamiento de los hechos que se consideran delictivos, los que se redactarán en la misma querella, haciendo una “relación circunstanciada del hecho, con expresión de lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si ellas son conocidas por el querellante...” (Horvitz, 2002: 545).
- b. Aportar los datos de prueba para justificar:
 - i. Que los hechos existieron y tienen el carácter delictivo.
 - ii. Que existe la probabilidad de que el imputado los cometió o participó en ellos.
 - iii. Los daños causados y su monto aproximado.
 - iv. Los que establezcan la calidad de víctima u ofendido para demostrar su legitimidad e interés en el proceso.

Los datos de prueba para satisfacer específicamente los dos primeros presupuestos (i y ii), no constituyen elementos de prueba suficientes para dictar una sentencia, sino que son los exigidos para el ejercicio de la acción penal, por consiguiente, son el cúmulo de indicios y evidencias físicas recabadas por el querellante, y son suficientes para justificar que el hecho lesionador del bien jurídico protegido es considerado como delito por la ley, y exista la probabilidad de la comisión o participación del imputado en el hecho delictivo, a lo que se considera:

Respecto al nivel probatorio, la acción penal privada se puede dar cuando el particular puede reunir él mismo los elementos de prueba. Con respecto a las investigaciones de los particulares para reunir los elementos de prueba, cabe destacar que el nivel probatorio que ahora se exige al Ministerio Público para consignar o en este caso a los particulares para ejercer la acción, es un factor determinante para la vialidad de la figura. El nivel probatorio baja a un nivel

razonable en el que baste la existencia de datos probatorios relativos al hecho que la ley señala como delito. Un nivel en que baste la existencia de datos probatorios, inferior a reunir el cuerpo del delito [...] (Canales, 2014: 1369).

De acuerdo con el criterio inmediato anterior, al particular se le dispensa de la carga de la prueba para acreditar o determinar todos los elementos del tipo penal (no cuerpo del delito) por el que ejerce su acción, como tampoco aporta los datos suficientes para demostrar que el imputado lo cometió o participó en su comisión, puesto que sólo se le exige la probabilidad de haberse cometido o participado en él, considerando que basta con indicios que recabe para justificar dichos supuestos; sin embargo, ante la imposibilidad de que el querellante los pueda recabar, se establece que:

Si fuere necesaria la realización previa de diligencias orientadas a “precisar los hechos” que configuran el delito de acción penal privada, el querellante deberá solicitar su práctica al juez de garantía. En consecuencia, no procede efectuar esta solicitud al Ministerio Público, sino directamente al juez de garantía, quien a la vez deberá dispensar la realización de las diligencias solicitadas... (Horvitz, 2002: 546).

Este estudio relativo a que las diligencias a practicar para satisfacer la determinación de que los hechos son ilícitos penales, en el supuesto que el querellante no pueda recabar los datos de prueba, deberá solicitarlas al juez de control y no al Ministerio Público; no obstante, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su ordinal 428, párrafo tercero, condiciona que de ser necesaria la realización de actos de molestia que requiera control judicial, se solicitarán al Ministerio Público. En otro supuesto, el querellante deberá acudir al juez de control si los actos de molestia no requieren autorización judicial. Si el querellante acude ante el Ministerio Público para la práctica de diligencias, en estos supuestos, el Ministerio Público continuará la investigación, quien a la vez decidirá sobre el ejercicio de la acción penal, o sea, que el agraviado pierde su derecho de ejercer la acción penal.

7. Los fundamentos de derecho en que sustenta la acción, esta exigencia es demasiado técnica para el pueblo, además, destruye el adagio romano en que el tribunal dice “dame los hechos que yo te daré el derecho”, por lo que al no estar en sus conocimientos del querellante, se le obliga a que lo tenga que instrumentar por medio de su asesor jurídico, puesto que interpretando al legislador, se comprende que “...la calificación jurídica de los hechos de la participación que se atribuya al querellado, y la pena cuya aplicación se solicita al tri-

bunal” (Horvitz, 2002: 545). Esos requisitos sólo son competencia y comprensión del técnico en derecho.

8. Petición que se formula expresando con claridad y precisión, la misma ley procesal nacional en su numeral 430 especifica que las solicitudes que puede realizar el particular-querellante, son:

I. La orden de comparecencia en contra del imputado o su citación a la audiencia inicial, ante estas solicitudes, si fuese la primera, la fracción II, del precepto 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales regla la comparecencia del imputado que serán a través de la fuerza pública, quien habiendo sido citado anteriormente no comparezca al juzgado. En el segundo citatorio, es la invitación al imputado a presentarse a la realización de la audiencia inicial en el juzgado.

II. El reclamo de la reparación del daño, en esta acción penal-civil, subsidiaria, el querellante puede solicitar la reparación del daño, tanto moral como económico, especificándolos y cuantificándolos con precisión.

III. La firma de la víctima u ofendido, en caso de no saber firmar, o esté imposibilitado a ello, la de la persona que lo haga a su ruego, sin prescindir de estampar su huella digital el solicitante-querellante.

Aunque la ley no impide que la querella se presente verbalmente ni exige que sea por escrito, con base en los requisitos y formalidades que se tienen que satisfacer, lo conveniente es elaborarla y presentarla ante el juez de control por escrito, existen lineamientos que confirman esta consideración cuando se dice:

La querella es acto escrito y formal. Debe acompañarse de tantas copias como querellados se mencionen en ella. Esas copias serán entregadas a cada uno de los querellados en el acto de ser notificado de comparendo al juicio... que se hubiere fijado. Puede ser desestimada como todo acto promotor de la acción, cuando el hecho no constituya delito o no se pueda proceder... (Claria, 1998: 357).

IX. SINOPSIS

En este procedimiento penal especial, presentada la querella ante el juez de control, el juzgador emplazará al imputado para que se presente en el día y

la hora señalados para la audiencia de imputación. Constituidos el particular querellante con su asesor jurídico y el imputado con su defensor, serán previamente identificados por el juzgador y serán invitados a usar los mecanismos alternativos de solución, de no lograrse la solución en forma voluntaria; a continuación, el querellante por voz de su asesor jurídico formulará la imputación-imputación, en forma clara y precisa con los hechos que le atribuyen al imputado. El imputado tendrá derecho a declarar, asumiendo las conductas defensivas o impedimentivas respecto a lo que se le atribuye. Realizadas esas actividades, el juzgador se abocará a dictar el auto de vinculación o no vinculación a proceso, en el supuesto de la vinculación, se continúa con el desahogo de medios probatorios, con los requisitos que rigen para el desahogo de los medios probatorios en la audiencia del juicio oral, ofrecidos por las partes, en ese mismo evento.

Se pronunciará la sentencia, la que presenta la problemática de determinar a quién le corresponde dictarla, si es al juez de control que la subsantó o se envía al tribunal de enjuiciamiento para resolver, de ser enviado al juzgador de enjuiciamiento, decidiría con la carpeta administrativa integrada por el juez de control, sin que se haya ilustrado al juzgador por las partes, con la finalidad que perciba lo que se escenifica con los alegatos y el desahogo de pruebas; por consiguiente, debería ser resuelto el conflicto por el mismo juzgador de control que lo substanció, aunado que este procedimiento requiere celeridad y utilizar la economía procesal.

X. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELAS, Guillermo, *Diccionario encyclopédico de derecho usual*, t. I, Buenos Aires, Heliasta, 1979.
- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana, *Derecho procesal penal*, Lima, Edecal, 2013.
- CANALES MÉNDEZ, Javier G., *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*, México, Editores Libros Técnicos, 2014.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, t. III, Buenos Aires, Rubin-zal y Culzoni Editores, 1998.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 18a. ed., México, Porrúa, 2001.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 7a. ed., México, 1983.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Oscar, *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*, México, Editores Libros Técnicos, 2015.

- HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima, compendio de victimología*, Madrid, Edersa, 1996.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- MOMMSEN, Teodoro, *derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1976.
- MORENO VARGAS, Mauricio, *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*, México, Porrúa, 2010.
- ODERICO, Mario A., *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1978.
- PÉREZ PALMA, Rafael, *Guía de derecho procesal penal*, 2a. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1975.
- PINA, Rafael de, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 1983.
- ROMÁN PINZÓN, Edmundo, *La víctima del delito en el sistema acusatorio oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio desde la perspectiva constitucional*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 2011.
- VALADÉZ DÍAZ, Manuel, *Diccionario práctico del juicio oral*, México, Ubijus, 2011.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal Federal.