

## EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Jesús ZAMORA-PIERCE

**SUMARIO:** *Introducción; I. El concepto de la acción penal; II. El control de la legalidad y la disponibilidad de la acción penal.*

### INTRODUCCIÓN

El derecho penal, en el transcurso de su evolución histórica, ha formulado diversos conceptos del delito, y ha afirmado que éste ofende, bien a los dioses, bien a los particulares o bien a la comunidad social en general. Esta evolución del derecho penal se ha visto acompañada por una correspondiente y paralela evolución del proceso penal, lo cual no es sorprendente, por cuanto este último es el medio instrumental para la realización de los fines del primero.

Así, si se afirma que el delito ofende a los dioses, la represión penal tiene por fin el aplacamiento de la divinidad, ofendida por el delito. La justicia criminal se ejercita en nombre de Dios, en cuyo nombre juzgan los sacerdotes, las penas se imponen para que el delincuente expíe su delito y la divinidad deponga su cólera, vuelva a ser propicia y otorgue de nuevo su protección a la comunidad.

En cambio, en aquellas etapas en las que se entiende que el delito ofende únicamente a la víctima directa del mismo, la sociedad reconoce a ésta el derecho de vengarse, y le ofrece ser juez para asegurar que el ofensor y su familia rescaten del ofendido y los suyos, mediante el pago de la reparación del daño, el derecho de venganza. Este proceso penal, en el que dos particulares discuten ante un juez designado por la comunidad, a fin de determinar el monto de una reparación patrimonial, en nada se distingue del proceso civil. Ello se entiende y justifica, por cuanto, en esas épocas históricas, tampoco existe diferencia alguna entre derecho penal y derecho civil, en ambos se debaten intereses privados sobre los cuales pueden transigirse.

Por último, la evolución del derecho penal lo ha llevado a sostener que el delito lesiona los intereses en cuyo mantenimiento está interesada toda sociedad política y jurídicamente organizada. Estamos en el campo del ilícito penal cuando la lesión del interés o del bien vulnera las condiciones fundamentales de la vida social. Éste constituye la forma más intensa de ilícito y trae como consecuencia una sanción llamada pena, la cual, dada la naturaleza de los intereses violados, no puede asumir características satisfactivas o reparatorias, sino que debe ser retributiva y afflictiva. Luego podemos afirmar que, sustancialmente, el delito es un hecho del hombre que vulnera las condiciones de existencia, de conservación, de desarrollo, de una sociedad. El delito supone, ciertamente, el desconocimiento de un valor del que el Estado es portador y garante. Deriva de ello que el Estado es sujeto pasivo constante de todo delito.<sup>1</sup> Esta nueva concepción del delito no tiene cabida dentro de los cauces del proceso civil, exige la creación de un proceso penal diferenciado.

Inicialmente, el Estado crea un funcionario, un juez, a quien confía la defensa de los intereses de la comunidad lesionados por el delito. Ese órgano jurisdiccional, único sujeto del proceso, concentra las funciones de acusar, juzgar y defender. Su investigación unilateral de la verdad no es un proceso genuino, sino una forma autodefensiva de administración de justicia. El así llamado procedimiento inquisitivo o inquisitorio desarrolló pronto características indeseables: al abolirse la acusación, el juzgador obra de oficio e investiga secretamente; abandona su posición de árbitro imparcial e inquiere desde el primer momento como acusador, esto es, se confunden las funciones de juez y acusador, y el acusado pierde la condición de parte procesal, pasando a ser un mero objeto de persecución. El inquisidor se vale de los más refinados sistemas de tortura para arrancar la confesión del reo, reina de las pruebas, cuyo valor pleno asegura la condena. Estas características merecieron el repudio universal. Toda la doctrina de los derechos humanos se ha pronunciado en contra del proceso inquisitorio.

Creyó encontrarse la solución en eliminar el proceso inquisitorio, mero procedimiento administrativo, y establecer en materia penal un verdadero proceso de partes, a ejemplo del proceso civil. Para

<sup>1</sup> Bettoli, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1973, pp. 26, 27 y 183.

ello, era necesario devolver al acusado su plena y entera dignidad de parte, proporcionándole un defensor que representara sus intereses a todo lo largo del proceso; separar las funciones de acusación y de juzgamiento, entregándole las primeras a un funcionario de nueva creación, el Ministerio Público, y reservando únicamente las segundas para el juez. En éste, que la doctrina llama proceso acusatorio, opera *el principio acusatorio*, conforme al cual, el juez no puede actuar de oficio, y debe limitar su intervención a resolver las cuestiones que el Ministerio Público le someta mediante acusación.

Este proceso entre partes, no obstante, no puede ser íntegramente identificado con el proceso civil. Se opone a ello el hecho de que el Ministerio Público no es titular, sino únicamente representante, de los intereses sociales que lleva al juicio; y la naturaleza pública, y no privada, de esos intereses. Ello nos obliga a preguntarnos cuál es la naturaleza de la acción penal, y en qué medida puede el Ministerio Público disponer de ella; y, en consecuencia, a cuestionar en qué medida son útiles al proceso penal los conceptos elaborados por la ciencia del proceso civil, en qué medida la ciencia del proceso penal deba elaborar su propio instrumental y conceptual, y hasta qué punto ambas pueden integrarse dentro de una teoría general del proceso. El propósito de este estudio es el de arrimar el hombre a la solución, aún lejana, de esta problemática.

En el proceso civil se enfrentan dos particulares, quienes litigan acerca de sus intereses privados y esperan la sentencia de un órgano estatal desapasionado e imparcial. En el proceso penal, el Estado mismo entra en liza como parte acusadora. ¿Cómo conciliar la imparcialidad del órgano estatal que juzga con la consideración de que el Estado es lesionado por el delito? La superación de la anitonomia sólo puede lograrse dentro de un estado de derecho cuyo sistema constitucional y político imponga la división de poderes y el reconocimiento de los derechos humanos del procesado. La división de poderes es, pues, premisa *sine qua non* del proceso penal moderno. Si el poder judicial carece de total independencia ante el Poder Ejecutivo, veremos reaparecer el proceso inquisitivo bajo la máscara de un proceso acusatorio.

## I. EL CONCEPTO DE LA ACCIÓN PENAL

En materia civil, el proceso tiene como presupuesto indispensable un conflicto de intereses entre las partes, calificado por la pre-

tensión de uno de los interesados y la resistencia del otro. Dado el conflicto, la parte actora tiene la acción, que un derecho subjetivo procesal que lo faculta para promover la actividad del órgano jurisdiccional a fin de que, seguido el proceso correspondiente, dicte sentencia resolviendo acerca de la pretensión expresada en la demanda. Ahora bien, el ejercicio de la acción en juicio no es el único medio de resolver el litigio, el actor puede renunciar a su pretensión; o bien puede celebrar con su contrario una transacción por la cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminen la controversia; o bien ambas partes, de común acuerdo, pueden someter su conflicto a un arbitraje. En todas esas hipótesis, habrá desaparecido el litigio, sin que medie proceso.

Los conceptos hasta aquí vertidos no son aplicables en materia penal. Digamos, en primer lugar, que el conflicto de intereses entre las partes, si bien se presenta normalmente, y se manifiesta en la lucha defensiva que el acusado opone a las pretensiones del Ministerio Público, no es requisito *sine qua non* del proceso penal. En efecto, carece de trascendencia que el procesado confiese como ciertos los hechos que se le imputen, que se declare culpable, y aun que pida a gritos que se le aplique la pena que solicita el representante social; en todas esas hipótesis será, todavía, necesario el proceso para llegar a una sentencia condenatoria. Y no se nos diga que, en la mayoría de los casos, el instinto defensivo del procesado, presente incluso en el procesado culpable, lo llevará a oponerse a la acusación. Bastará que se dé un solo caso en el cual el encausado haga suya la pretensión acusatoria (víctima de los remordimientos, habiendo perdido la razón, deseando ocultar al verdadero autor, o por cualquier otra causa que podamos imaginar), para que se demuestre cierta nuestra tesis: el conflicto no es presupuesto indispensable del proceso penal.

Tampoco puede afirmarse que el proceso sea uno entre varios medios posibles de resolver el litigio, pues el actor penal no puede libremente renunciar a su pretensión, ni transigirla, ni someterla a arbitraje. El proceso penal se nos presenta como la única vía, como el único medio de obtener que se declare la culpabilidad o inocencia del procesado y de que se le imponga, en su caso, la pena. En verdad, el proceso es lazo de unión indispensable entre los conceptos de delito y pena. Podemos afirmar como cierto, indudable y sin excepción, que *nulla poena sine previo judicio*.

Ahora bien, visto que el Ministerio Público no es el titular de los derechos lesionados por la conducta delictuosa, sino tan sólo representante del Estado ofendido, la acción penal no le pertenece como un derecho, sino que le es atribuida como una función pública, como un poder. Y, dado que, según el principio de legalidad, está obligado a ejercer la acusación por imperio de la ley siempre que llegue a su conocimiento un hecho que tipifique delito, sin atender a criterios de oportunidad o conveniencia, debemos concluir que el ejercicio de la acción penal se le impone como un deber. De donde resulta que la acción penal debe definirse como el poder-deber otorgado al Ministerio Público, en ejercicio del cual puede promover la actuación del Poder Judicial para que éste resuelva sobre una concreta pretensión.

Visto que el conflicto de intereses, presupuesto indispensable del proceso civil, no lo es del proceso penal; y verificadas las diferencias radicales presentes entre los conceptos de acción civil y acción penal, se impone preguntarnos si es posible la elaboración de una teoría general del proceso, misma que supone la unidad esencial de los conceptos, las instituciones y los principios de todas las ramas del derecho procesal.

No cabe duda de que, como afirmaba Carnelutti,<sup>2</sup> la teoría del proceso penal se halla todavía en una fase de neta dependencia respecto de la teoría del proceso civil; la primera trata de superar el empirismo y toma prestados los conceptos elaborados por la segunda; es como la *Cenicienta*, que se contenta con los vestidos desechados por su hermanastra. En esas condiciones, la teoría general del proceso, elaborada por procesalistas civiles, tiene como efecto, seguramente no querido por sus autores, el imponer, en todos los campos del proceso, los conceptos elaborados para explicar, únicamente, los fenómenos que se presentan en el campo del proceso civil, dificultando, así, la labor científica en las otras áreas. Quizá andaríamos mejor encaminados si pospusiéramos la construcción de una teoría general hasta el momento en que ambas ramas, penal y civil, hubiesen alcanzado el mismo nivel de elaboración científica.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 18.

<sup>3</sup> "En cuanto a la teoría general del proceso... esta obra no podrá dignamente cumplirse hasta que la ciencia del proceso civil y la del proceso penal no hayan logrado el mismo nivel", Carnelutti, *op. cit.*, p. 48.

## II. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD Y LA DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

En el momento en que se reconoce que el delito lesionó intereses públicos, es necesario crear un órgano al que se le atribuya el poder-deber de representar esos intereses. Tal es la institución del Ministerio Público, que marca el punto de equilibrio entre la autodeterminación y autonomía del Estado (la persecución y logro por sí mismo de sus fines) y la heteronomía judicial (la determinación de soluciones para otros).<sup>4</sup> En México, el Constituyente de 1917 consagró esa institución diciendo: "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público..." (artículo 21), y agregó: "Incumbe al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos..." (artículo 102). Los códigos de procedimientos penales, la jurisprudencia de nuestros tribunales y la doctrina nacional, entienden que los textos transcritos entregan en manos del Ministerio Público el monopolio de la acción penal. Sólo él puede ejercerla. Los jueces sólo pueden iniciar un proceso si el Ministerio Público lo solicita.

Pero el Ministerio Público, único titular de la acción penal, no es, en cambio, titular de los derechos lesionados por el delito; la comunidad es el ofendido, y el Ministerio Público es mero representante social. De donde se impone concluir que, conforme al principio de legalidad, debe ejercer la acción, necesariamente, siempre y en todo caso, cuando se reúnan las condiciones que la ley señala para su ejercicio. Ello nos obliga a analizar los problemas del control de la legalidad del uso de la acción penal y de la disponibilidad de la misma.

### A. *El control de la legalidad*

Ante la posibilidad de que el Ministerio Público, por benevolencia o mala fe, se abstenga de ejercer la acción penal, a pesar de que se encuentren reunidos los requisitos que debieran imponerle tal

<sup>4</sup> Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del Proceso*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1979, p. 137.

ejercicio, el Código federal de procedimientos penales (artículo 133) establece un sistema de control interno. Cuando el agente ministerial determine que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos, o por los que hubiere presentado querella el denunciante, el querellante o el ofendido podrá ocurrir al procurador general de la República dentro del término de quince días, contados desde que se les haya hecho saber esa determinación, para que este funcionario, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal. Contra la resolución del procurador no cabe recurso alguno.

El ejercicio de la acción penal, en México, no está sometido a control jurisdiccional externo. Concretamente, el particular que se considere ofendido por el delito no tiene un derecho al ejercicio de la acción penal, ni puede ocurrir al amparo en contra del Ministerio Público que se niega a actuar.<sup>5</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha negado a conceder el amparo<sup>6</sup> con fundamento en las siguientes afirmaciones: *a)* Si los Tribunales Federales concedieran el amparo, ello tendría como resultado obligar al Ministerio Público a ejercer la acción penal, cosa equivalente a dejar al arbitrio de los primeros la persecución de los delitos, facultad que la Ley Suprema reserva exclusivamente al segundo; *b)* Cuando el Ministerio Público se niega a ejercer la acción penal tiene el carácter de parte, y no de autoridad, y, por lo mismo, contra ese acto es improcedente el juicio de garantías, y *c)* El artículo 21 de la Constitución reserva el ejercicio de la acción penal exclusivamente al Ministerio Público, como representante de la sociedad, y no a los particulares; de donde resulta que dicha acción no está ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, ni constituye un derecho privado de los mismos.

El solo control interno, el solo autocontrol, no parece garantía suficiente de legalidad. Por ello, en materia de acción penal, a la

<sup>5</sup> Ver, al respecto: García Ramírez, Sergio, *Derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1989, pp. 214 a 219; Matos Escobedo, Rafael, "El juicio de amparo contra la indebida inercia del Ministerio Público", *Revista Jurídica Veracruzana*, t. V, núm. 3; Zamora-Pierce, Jesús, "El amparo y el Ministerio Público", *Memoria del Primer Congreso Nacional de Amparo*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1990.

<sup>6</sup> Ver tesis de jurisprudencia definida publicada con el número 1167 en el apéndice 1988, segunda parte, vol. II, p. 1877, *SJF*, quinta época, t. XXXIV, p. 1180; t. XXXIV, p. 2593; t. LXXII, p. 379; t. CVI, p. 1354; t. C, p. 1010.

pregunta *¿Quis custodiet custodes?*, la respuesta es: nadie. Nadie custodia al custodio. El Ministerio Público ejerce, o deja de ejercer, la acción penal en forma incontrolada y soberana.

### B. La disponibilidad de la acción penal

La acción civil es íntegramente disponible. A nadie puede obligarse a intentar o proseguir una acción contra su voluntad.<sup>7</sup> El actor puede desistirse de la acción intentada, y su desistimiento la extingue, aun sin consentirlo el demandado.<sup>8</sup> Por último, el interesado puede terminar la controversia, haciendo concesiones a la parte contraria en un contrato de transacción.<sup>9</sup>

La naturaleza pública de los intereses que se debaten en el proceso penal parece imponer a la acción el carácter de indisponible, conforme al cual, una vez que el Ministerio Público ha ejercido la acción ante el órgano jurisdiccional, pierde la posibilidad de retractarse de la misma. A partir de ese momento, el proceso únicamente podrá terminar por decisión judicial.<sup>10</sup> Apenas en fecha reciente, el derecho positivo mexicano logró establecer la indisponibilidad de la acción penal.

El derecho mexicano no admite la práctica norteamericana del *plea bargaining*, la negociación transaccional conforme a la cual el Ministerio Público conviene en reducir la acusación a cambio del compromiso del acusado de declararse culpable. El Código civil dispone expresamente que se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito, pero no por eso se extingue la acción pública para la imposición de la pena, ni se da por probado el delito (artículo 2947).

Por lo que hace al desistimiento de la acción, la legislación mexicana, hasta hace poco, era quizá la única en el mundo que permitía al Ministerio Público disponer en forma absoluta de la acción, desistiéndose de la misma, e imponiendo así la irresponsabilidad penal del procesado.<sup>11</sup> Por decreto publicado en el *Diario Oficial*, de 27 de

<sup>7</sup> Artículo 32 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.

<sup>8</sup> Artículo 34 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.

<sup>9</sup> Artículo 2944 del Código civil.

<sup>10</sup> Castro, Juventino V., *El Ministerio Público en México*, 7a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1990, pp. 68, 69 y 70; González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1967, p. 41.

<sup>11</sup> Ver Castro, *op. cit.*, pp. 71 y 72.

diciembre de 1983, se reformó el artículo 138 del Código federal de procedimientos penales, para suprimir la figura del desistimiento. Esta subsiste, no obstante, en el único caso de que, hecha la consignación por delitos contra la salud, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19 constitucional, se formula o se rectifica el dictamen en el sentido de que el inculpado tiene hábito o la necesidad de consumir el estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, caso en el cual el Ministerio Público se desistirá de la acción penal sin necesidad de consulta al procurador y pedirá al tribunal que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad sanitaria federal para su tratamiento, por el tiempo necesario para su curación (Código federal de procedimientos penales, artículo 525).

Ahora bien, en el propio artículo 138, reformado para eliminar el desistimiento, el legislador concedió al Ministerio Público la facultad de promover el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpado cuando, durante el proceso, aparezca (a criterio del propio Ministerio Público) que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; que el inculpado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que existe en favor del inculpado una causa excluyente de responsabilidad.

El Código federal de procedimientos penales (artículo 298) dispone que “El sobreseimiento procederá”, entre otros casos, *a)* cuando el Ministerio Público solicite el sobreseimiento, en los términos del artículo 138, fracción II, y *b)* cuando el Ministerio Público formule conclusiones no acusatorias, fracción I. Dado que el auto de sobreseimiento que haya causado efecto, surte los efectos de una sentencia absolutoria, con valor de cosa juzgada (artículo 304), resulta evidente que, si interpretamos que el juez está obligado a acordar favorablemente la petición de sobreseimiento, esta es, en todo y por todo, equivalente al desistimiento de la acción.

Con razón afirma Alcalá-Zamora que otorgamos tareas cuasijurisdiccionales al Ministerio Público, porque siéndolo por su contenido, no provienen de un juzgador en estricto sentido, si le otorgamos la posibilidad de que de su actitud dependa la concesión de un auto de sobreseimiento definitivo, con los mismos efectos de una sentencia absolutoria; pues la resolución del juzgador queda entonces tan fuerte y automáticamente mediatizada por la del Ministerio Público

que, en rigor, es éste quien lo acuerda o deniega y aquél quien lo refrenda; o bien si le otorgamos facultades de retirar su acusación, impidiendo al tribunal condenar aun cuando su convicción sea contraria a la del Ministerio Público. Y concluye recomendando que se acentúe el contraste existente entre el juzgador y las partes, y que, para tal fin, se le impida al Ministerio Público realizar tales actos cuasijurisdiccionales.<sup>12</sup>

También Juventino V. Castro<sup>13</sup> se manifiesta en contra del sobreseimiento impuesto por el Ministerio Público, quien, en este caso, actúa como un juez irrecusable, inapelable e irresponsable.

El decreto publicado en el *Diario Oficial*, de 8 de enero de 1991, en vigor a partir del 1º de febrero del mismo año, vino a introducir una modificación revolucionaria en este tema, al agregar al artículo 298 del Código federal de procedimientos penales, que enumera los casos en los que procede el sobreseimiento, un párrafo que dispone: “En los casos de sobreseimiento siempre será el juez el que decida si procede o no”. De conformidad con esta reforma, las conclusiones no acusatorias del Ministerio Público, o la solicitud de sobreseimiento presentada por éste, no se imponen al juez, y éste puede ir en contra de las mismas, y dictar sentencia condenatoria, si, en su opinión, es procedente.

Estamos totalmente de acuerdo con esta reforma legislativa. Ciento que va en contra de determinados principios procesales, como los expresados en los apotegmas: *Nemo iudex sine actore; Ne iudex eat ultra petita partium; Judex ne procedat ex officio*. Mas éstos han sido formulados teniendo en mente el proceso civil. El proceso penal, repitámoslo, atiende a diversos intereses, y busca fines diferentes. Necesita, pues, instituciones *sui generis*.

En este caso, la solución debe dárnosla el artículo 21 constitucional. El mismo artículo que establece en manos del Ministerio Público el monopolio de la acción penal, dispone: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”. Palabras con las cuales queda establecido otro monopolio, el de decidir qué es delito y qué no lo es; qué merece ser sancionado con pena y qué no lo merece. La reforma de 1991, consagra en el derecho mexicano, ahora sí, que, una vez que el Ministerio Público ejerce

<sup>12</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, t. I, pp. 307, 308 y 309.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, pp. 75 y 76.

la acción penal ante la autoridad judicial, pierde por completo el control sobre dicha acción. A partir de ese momento, la autoridad competente para resolver el caso, mediante sentencia, es, únicamente, exclusivamente, monopólicamente, el poder judicial.