

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA ACCIÓN PENAL

I. Concepto . . . . .	35
II. Antecedentes históricos . . . . .	40
1. Acusación privada . . . . .	41
2. Acusación popular . . . . .	42
3. Acusación estatal . . . . .	42
III. Diferencias entre acción civil y acción penal . . . . .	43
IV. Titularidad de la acción penal . . . . .	44
V. Características de la acción penal . . . . .	46
1. Carácter público de la acción penal . . . . .	46
2. Carácter único de la acción penal . . . . .	47
3. Carácter indivisible de la acción penal . . . . .	47
4. Carácter intrascendente de la acción penal . . . . .	48
5. Carácter irrevocable de la acción penal . . . . .	49
6. Carácter necesario, inevitable y obligatorio de la acción penal . . . . .	50
7. Carácter inmutable de la acción penal . . . . .	51
VI. Principios de legalidad y de oportunidad . . . . .	51

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA ACCIÓN PENAL

#### I. CONCEPTO

Como punto de partida para iniciar este estudio podemos decir que la acción es la posibilidad o facultad de hacer alguna cosa; es decir, la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Está constituida por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para pedir alguna cosa en juicio.

Puede afirmarse, con Sabatini, que el concepto de acción “es uno de los temas más complicados de la teoría general del proceso, porque se le ha definido de diversas maneras en la doctrina y la definición resulta escabrosa”.<sup>40</sup>

Efectivamente, precisar el concepto de la acción penal resulta en verdad controvertido; es un problema en el que aún no hay un criterio uniforme en la doctrina.<sup>41</sup>

Examinando algunas definiciones de diversos autores, encontramos que, para Giuseppe Chiovenda, la acción es “el poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actuación de la voluntad de la ley”.<sup>42</sup>

Ernesto Beling precisa el derecho de la acción penal como la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante

<sup>40</sup> Cit. por González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 36.

<sup>41</sup> Como el pretender realizar un estudio exhaustivo sobre la naturaleza de la acción rebasaría el objeto de nuestro estudio, puede consultarse a Rua, Fernando de la, “El concepto de acción en la doctrina”, *Problemática actual del derecho procesal*, libro homenaje a Amílcar A. Mercader, Buenos Aires, Ed. Platense, 1971, pp. 271-289; Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974, tomo I, pp. 317-367, y Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 97-105.

<sup>42</sup> Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1977, tomo I, p. 69.

la declaración de un órgano público (Ministerio Público) o privado, según esta facultad sea conferida a dichos órganos privados exclusivamente (delito de acción privada) o en concurso con el órgano público (acción pública); es decir, mediante una oferta o proposición de actuar la voluntad de la ley aplicable al caso.<sup>43</sup>

Para Francesco Carnelutti, la acción es un derecho al juicio y no un derecho al juicio favorable; un derecho al derecho independientemente de los resultados de la sentencia; viene a ser el derecho que tiene todo individuo para solicitar a la función jurisdiccional competente que inicie un proceso judicial en orden a declarar si tuvo o no derecho subjetivo material violado que reclamar; es decir, entiende a la acción como un derecho subjetivo procesal de las partes frente al juez, frente al titular del órgano jurisdiccional.<sup>44</sup>

Ugo Rocco nos dice que el derecho jurisdiccional del Estado al ciudadano no se presenta solamente como un derecho, sino que, como casi todos los derechos públicos subjetivos del Estado, aparece también como una obligación jurídica, esto es, como la obligación que compete al Estado de ejercer y prestar la jurisdicción civil, y define a la acción como: “Un derecho público subjetivo del ciudadano frente al Estado a la prestación de la actividad jurisdiccional, perteneciente a los derechos cívicos.”<sup>45</sup>

Por su parte, Eugenio Florian, al hablar sobre el concepto de la acción penal, dice:

Si contemplamos el organismo del proceso veremos manifestarse la exigencia de una actividad a incoar el proceso, a pedir la aplicación de la ley penal en cada caso concreto. Esta exigencia es la que hace surgir la acción penal, la cual se puede considerar como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente, la acción penal consistió en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal domina y da carácter a todo el proceso; lo inicia y

<sup>43</sup> *Cit.* por Estenos MacLean, *El proceso penal en el derecho comparado*, Buenos Aires, Librería Jurídica Valeio Abeledo, Editor Lavalle, 1328, 1946, p. 79.

<sup>44</sup> Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el derecho penal* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 31 y 32.

<sup>45</sup> *Cit.* por Guerrero V., Walter, *Derecho procesal penal. La acción penal*, tomo II, Ed. Universitaria, 1978, pp. 86 y 87.

lo hace avanzar hasta su meta (la sentencia). La acción penal es la energía que anima todo el proceso.<sup>46</sup>

Franco Sodi<sup>47</sup> dice que la acción es un derecho; pero como su ejercicio tiende a la realización del derecho de penar, resulta al mismo tiempo un deber, por lo que parece más acertado considerarla como un poder jurídico. Ahora bien, el uso de ese poder pone invariablemente en movimiento al juez, quien no puede actuar si la acción penal no se ejercita ante él, y, por último, permite al mismo juez aplicar en forma definitiva la ley al caso concreto de que se trate.

Dice Florian:

En el proceso civil se sostiene que la acción es un derecho potestativo, es decir una mera facultad que su titular puede ejercitar, pero sin estar obligada a ello, y su ejercicio no produce obligación para el adversario. Esta concepción aparte su admisibilidad o inadmisibilidad en el proceso civil, no puede importarse en el proceso penal: El Estado (o sus órganos) en el ejercicio de la acción penal no ejerce una facultad, sino que cumple un deber, aunque éste dependa de ciertos requisitos.<sup>48</sup>

Se afirma que la acción penal es un “poder-deber”, mientras que la acción civil es un “poder-derecho”; se sostiene que la acción penal “pública” no es, ni puede ser nunca, un “derecho subjetivo o poder jurídico, pues ambos son manifestaciones de un fenómeno de libertad; mientras que la acción penal pública, no es otra cosa que una potestad de ejercicio obligatorio”.<sup>49</sup>

Pero, ¿cuál es el objetivo de la acción penal?

Como nos hemos dado cuenta, por las definiciones citadas, los autores consideran a la acción como un poder, como un derecho o como una facultad. Pero, ¿qué es en realidad?

<sup>46</sup> Florian, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal* (trad. de L. Prieto Castro), Barcelona, Librería Bosch, Ronda de la Universidad, 11, 1934, pp. 172 y 173.

<sup>47</sup> Franco Sodi, Carlos, *El procedimiento penal mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 1957, p. 28.

<sup>48</sup> Florian, Eugenio, *op. cit. supra* nota 46, pp. 176 y 177.

<sup>49</sup> Reimundin, Ricardo, *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual*, Buenos Aires, 1966, p. 53.

Consideramos que la facultad que tiene el Ministerio Público es, sin lugar a dudas, un deber, una obligación ineludible de dicho órgano.

En materia civil sí podemos hablar de potestad, de poder, ya que priva la disposición de las partes que deben dar su consentimiento.

Si seguimos basándonos en las definiciones mencionadas, con esa idea de “poder jurídico otorgado al Ministerio Público”, creemos que no progresaríamos, pues, como dice Tolomei, no se puede comprender “en qué consiste la libertad y discrecionalidad del Estado en la promoción de la acción penal, cuando por el contrario se obliga a ejercitarla al único órgano destinado a ello”.<sup>50</sup>

El Ministerio Público debe, obligatoriamente, ejercitar la acción una vez reunidos los requisitos legales para hacerlo, y una vez ejercitada, no puede, bajo ningún pretexto, suspender o paralizarlo tan sólo por su voluntad, porque con ello estaría rebasando sus funciones, estaría decidiendo el asunto arrogándose con ello facultades que únicamente competen al órgano jurisdiccional.

De cualquier forma, ese poder otorgado al Ministerio Público lo faculta para disponer a su arbitrio de la acción, lo que es congruente debido a que “poder” significa, conforme al *Diccionario de la Lengua Española*, facultad o potencia de hacer una cosa. En cambio, si no hubiera esa facultad o potencia para decidir, ya no podríamos hablar de poder, sino de obligación. Sea poder, sea derecho, su titular, el Ministerio Público, dispone de la acción a su arbitrio, sin que nada ni nadie lo remedie, porque tiene ese poder para actuar, ya que no representa para él una obligación.

Pero, ¿qué podemos hacer ante esa situación? La ley le otorga ese derecho, de la misma manera la doctrina habla de ese poder jurídico de “excitar y promover [...]”, y, por último, la jurisprudencia de la Corte lo reconoce y convierte al Ministerio Público en un ser omnipotente “tendiente a restringir las facultades del Poder Judicial de la Federación y a dar facultades omnímodas al Ejecutivo a través del Ministerio Público, al que administrativa y políticamente controla”.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Domenico Tolomei, Alberto, *Los principios fundamentales del proceso penal*, México, Jus, 1947, p. 130.

<sup>51</sup> Otero de la Torre, Ignacio, “La omnipotencia del Ministerio Público en materia penal”, revista *El Economista*, México, tomo XI, número 129, 1o. de julio de 1944, p. 30.

Lo anterior lo consideramos como algo inadmisibile; se viola con ello todas las reglas del buen juicio, del raciocinio, es aberrante, monstruoso. De este modo se expresan los detractores del Ministerio Público; nosotros no nos consideramos detractores o abolicionistas de esa institución, simplemente pugnamos por una mejor administración de justicia, queriendo con ello erradicar de manera absoluta, y como lo dijera Martínez Pineda, “con certificado de defunción incontestable”,<sup>52</sup> al monopolio de la acción penal.

Por lo tanto, para evitarnos complicaciones entre la doctrina y aun por las interpretaciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación le ha dado a la acción penal, consideramos que cambiando el término “poder” por el de “deber” u “obligación”, nos evitaríamos embrollos y, a decir verdad, esto es lo que siempre debió haber prevalecido. Este es el verdadero sentir del Constituyente de 1917, ya que nunca consideró al propio Estado, por medio del Ministerio Público, como detentador exclusivo, pues éste tiene la obligación insuperable de ejercitar la acción penal, y, a la vez, el ofendido debe estar facultado para exigir al Ministerio Público que lo haga.

Ángel Martínez Pineda<sup>53</sup> define a la acción penal como “el deber jurídicamente necesario del Estado que cumple el órgano de acusación con el fin de obtener la aplicación de la ley penal de acuerdo con las formalidades de orden procesal”.

Asimismo, Walter Guerrero la define como:

Institución de orden público y procesal establecida por el Estado, a través del cual el Ministerio Público y los individuos pueden llevar a conocimiento de la función jurisdiccional competente el cometimiento de un ilícito, a fin de que el órgano correspondiente inicie el proceso en contra del supuesto infractor.<sup>54</sup>

En el primer caso, no se consigna a la acción penal como un poder, sino se cambia el sentido definiéndola como “el deber jurídicamente necesario [...]”. Remitiendo a lo expresado anterior-

<sup>52</sup> Martínez Pineda, Ángel, *Estructura y valoración de la acción penal*, México, Ed. Azteca, 1968, p. 37.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>54</sup> Guerrero V., Walter, *op. cit. supra* nota 45, p. 106.

mente, creemos que con esto se evitarían las confusiones en este sentido.

En el segundo caso, Walter Guerrero quita al Ministerio Público ese poder omnímodo del que actualmente disfruta, ya que para él, tanto el Ministerio Público como los individuos, pueden llevar al conocimiento del órgano judicial el cometimiento de un ilícito, poniendo de este modo en funcionamiento al aparato judicial.

Con la anterior definición se le da al ofendido el carácter de parte, porque es innegable que la doctrina, la legislación y, más aún, la jurisprudencia de la Corte, se olvidan que el proceso penal es un proceso de partes, por lo que debe respetarse el principio de igualdad procesal; por lo tanto, no se debe relegar al olvido al ofendido, restándole oportunidades, violando así de manera flagrante dicho principio, pues actualmente se le considera como "nadie" en el proceso penal y sólo se le conceptúa como parte cuando demanda la reparación del daño.<sup>55</sup>

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La acción penal, en el devenir histórico, ha atravesado por tres periodos: el de la acusación privada, el de la acusación popular y el de la acusación estatal.

Para poder comprender a la institución que nos ocupa (la acción penal) es imprescindible examinarla a través del desenvolvimiento histórico que ha tenido en estos periodos.

<sup>55</sup> Nos remitimos al artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, que indica: "La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal, pero podrá coadyuvar con el Ministerio Público proporcionando al juzgador por conducto de éste o directamente, todos los elementos que tenga y que conduzcan a comprobar la procedencia y monto de la reparación del daño y perjuicio."

Pero el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no dice que el ofendido por el delito no sea parte; al respecto dice el artículo 9: "La persona ofendida por el delito, podrá poner a disposición del Ministerio Público y del juez instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado o a justificar la reparación del daño."

De lo anterior se desprende que se faculta al ofendido a aportar pruebas, esto es algo que no podemos negar, ya que quien haya resentido el daño es quien mejor puede coadyuvar para la recabación de las pruebas; pero en la realidad sólo se le reconoce después de que se haya dictado el auto de formal prisión. Esto nos parece criticable, pues de los preceptos transcritos, y en la práctica, se ve que el Ministerio Público, desde la fase preprocesal, admite la coadyuvancia; de esta manera afirmamos que el órgano jurisdiccional debe reconocerlo cuando así lo solicite el ofendido.

## 1. *Acusación privada*

En esta etapa el individuo que resentía el daño ejercitaba la acción penal. Fue en los tiempos de la venganza privada cuando el hombre defendía por sí mismo sus derechos —Ley del Talión—. “Tal pena cual delito’ esto es lo que quiere decir la palabra ‘talión’, o sea ‘alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, quemadura por quemadura, llaga por llaga, mano por mano, cardenal por cardenal.”<sup>56</sup> Es éste el principio de la Ley del Talión en que se creyó que todos los problemas estaban resueltos; lo único que se debía hacer era aplicar al transgresor lo mismo que él había hecho al ofendido; sin embargo, poco después empezaron serias dificultades, pues no siempre se podía aplicar el principio, ya que, como nos dice Bernaldo de Quirós:

La riqueza de casos, comenzó a demostrar que no siempre era aplicable el principio del talión ya que en determinados delitos como los de lascivia, delitos contra la honestidad, el dimorfismo sexual, hace completamente imposible su aplicación, de la misma manera en los delitos contra la propiedad; no siempre se le podía quitar al ladrón lo mismo que él había robado y definitivamente se consideró que únicamente la ley del Talión se limitaba a los delitos contra las personas, al homicidio y a las lesiones.<sup>57</sup>

Surgieron, no obstante, otros problemas; por ejemplo: si el transgresor fuere tuerto y el ofendido tuviere los dos ojos, y a la inversa.

En Grecia, en el siglo XII a. de C., Dracón optó por imponer una pena única: la pena de muerte, para todos los delitos, fueren éstos graves o leves. Por eso fue que en su tiempo, jugando con las palabras, a Dracón se le considerara como un dragón, y por ello es que hoy en día a una ley excesiva se le moteje como draconiana. Hubo periodos en que se prescindió de la Ley del Talión; pero un siglo después Solón la volvió a restablecer resolviendo el problema del tuerto, no con arreglo a la letra de la ley, sino de acuerdo con su espíritu, porque, conforme a la ley, si el que había saltado el único ojo que le quedara al tuerto, a él no podían qui-

<sup>56</sup> Bernaldo de Quirós, Constancio, *Lecciones de legislación penal comparada*, Ciudad Trujillo, Universidad de Santo Domingo, Ed. Montalvo, 1944, p. 16.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 16.



tarle más que uno, aunque tuviera dos; pero con arreglo al espíritu había que dejarlo ciego.<sup>58</sup>

En Roma volvió a aparecer la Ley del Talión, pero con un sentido más jurídico, propio del pueblo romano: “si membrum rupit ni cum eo pacit, talio esto” (si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con él, hágase con él otro tanto); con esto, la fórmula quedó subordinada a la composición de las partes.<sup>59</sup>

## 2. *Acusación popular*

A través de esta figura los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acción, pues no sólo el ofendido, sino también los ciudadanos, solicitaban a la autoridad la represión del delito.

Se pensó que los delitos engendraban un mal a la sociedad, por lo que los ciudadanos, fueran o no víctimas, eran los encargados de ejercitar la acción.

Esta figura tiene su origen en Roma, en la época de las delaciones. Se nombraba a un ciudadano para que éste llevara ante el tribunal del pueblo la voz de la acusación; como ejemplo de ello citamos a Cicerón, quien tuvo a su cargo el ejercicio de la acción penal representando a los ciudadanos; en Grecia existían los *temosteti*, que tenían el deber de denunciar los delitos ante el Senado, y, durante la Edad Media, a los señores feudales, quienes ejercitaban dicha acción.

Al abandonarse la idea de que fuese el ofendido por el delito el encargado de acusar, y al poner en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se introdujo una reforma sustancial en el procedimiento, haciendo que un tercero despojado de las ideas de venganza y de pasión que insensiblemente lleva el ofendido al proceso, persiguiese al responsable y procurase su castigo o el reconocimiento de su inocencia, como un noble tributo de justicia social.

## 3. *Acusación estatal*

En ésta, son los órganos del Estado los que ejercitan la acción al cometerse un delito, y el Estado es el que debe reprimirlos,

<sup>58</sup> *Idem*, pp. 17 y 18.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 18.

## LA ACCIÓN PENAL

43

velando así por el interés general. En este sistema tiene intervención el Estado por medio del Ministerio Público, que tiene el deber de ejercitar la acción penal cuando se han reunido los requisitos indispensables para ello; así, cuando se presenta un hecho con las características de delito, es el Estado el que debe velar por el orden público mediante órganos predispuestos para ello: Ministerio Público y el juez.

### III. DIFERENCIAS ENTRE ACCIÓN CIVIL Y ACCIÓN PENAL

Primeramente, debemos señalar que aun cuando se hable de acción penal y acción civil, la acción siempre será pública. Sin embargo, para efectos distintivos, la doctrina dice que cuando se presenta la comisión de un hecho ilícito, se derivan dos acciones: una, puede generar peligro para los bienes o intereses jurídicos colectivos de la sociedad, y la otra, puede dañar o lesionar bienes o intereses jurídicos particulares.

En el primer aspecto el daño causado es público y se manifiesta la exigencia de la acción penal; en cuanto al segundo, ya que produce un daño privado y lesiona los intereses particulares, surge entonces la necesidad de la reparación y, por lo mismo, de la acción civil.<sup>60</sup>

Para Devis Echandía, “según el concepto que puede llamarse clásico la diferencia consistía en la naturaleza pública o privada del interés protegido por la norma penal o civil [. . .]”. Y como diferencia sustancial entre las dos jurisdicciones:

La acción civil persigue la realización de los múltiples derechos otorgados a particulares o entidades públicas y privadas, por el derecho objetivo; la penal realiza el derecho subjetivo que tiene el Estado de imponer penas y medidas de seguridad en la lucha contra el crimen y garantiza la libertad, lo cual sí constituye una diferencia verdadera.<sup>61</sup>

A nuestro parecer, las diferencias entre la acción civil y la acción penal son las siguientes:

<sup>60</sup> Florian, Eugenio, *op. cit. supra* nota 46, p. 172.

<sup>61</sup> Devis Echandía, Hernando, *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*, 3a. ed., Bogotá, Ed. ABC, 1972, tomo I, pp. 76 y 77.

a) La acción civil se instituye a cargo de la persona lesionada, ya sea ésta física o moral; el daño causado es moral y material y puede operar el desistimiento, la transacción, arbitraje, convenios extrajudiciales y la renuncia.

b) La acción penal se encomienda a un órgano del Estado y su objeto es el de legitimar al órgano jurisdiccional para que tenga conocimiento de un hecho presuntamente delictuoso, con el fin de que una vez ventiladas las pretensiones de las partes en el proceso penal, absuelva o condene al inculpado a sufrir una pena o una medida de seguridad.

#### IV. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

En nuestro sistema, conforme al artículo 21 de nuestro código fundamental, el ejercicio de la acción penal se le encomienda a un órgano del Estado denominado Ministerio Público.

En efecto, así lo establece el principio de la oficialidad, que consiste en que el ejercicio de la acción penal debe darse siempre a un órgano del Estado. De la misma forma actúa el principio de la publicidad, ya que al cometerse un delito, se lesiona con ello a la sociedad y, por ende, al interés público, razón por la cual debe ser un órgano del Estado el encargado de velar por los intereses de ésta, reprimiendo el delito a través de un órgano instituido para tal efecto, que, como ya habíamos dicho, es el Ministerio Público.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1857, la investigación de los delitos correspondía exclusivamente a los jueces, quienes ejercían funciones de policía judicial. Y por cuanto al Ministerio Público, éste estaba impedido para practicar investigaciones por sí mismo y no tenía otra función más que la de poner en manos del juez competente las averiguaciones que hubiere recibido, y en el caso de que practicara diligencias por falta del agente de la policía judicial, estaba obligado a remitirlas al juez competente, dentro de las 36 horas de haberlas realizado. Y cuando el detenido era puesto a disposición del juez, él mismo o sus agentes compelián a los reos a declarar en su contra, inclusive, aplicándoseles tormento.

En los debates del Congreso Constituyente de 1856-1857, no prosperó la idea de instituir la figura del Ministerio Público. De este modo, se permitía al ofendido por el delito acudir directamente a los tribunales, ya que se consideró que el particular ofendido por el delito no debía ser sustituido por ninguna otra institu-

ción, además de que, con el Ministerio Público independizado éste del órgano jurisdiccional, retardaría la acción de la justicia, pues se tendría que esperar a que dicho órgano ejercitara la acción penal.

No fue hasta la Constitución de 1917 cuando se implantó de manera definitiva al Ministerio Público con las funciones de persecución e investigación del delito, teniendo bajo su mando a la policía judicial.

Así se privó a los particulares de su derecho de acudir a los tribunales, lo mismo que de su derecho público subjetivo de ejercitar la acción, pues ahora deberán hacerla valer ante el representante social, ante el único órgano legitimado para ello: el Ministerio Público.

Empero, al privar al particular de ese derecho, el Estado se comprometió a ejercerlo en su lugar, quien por ello resulta obligado a hacerlo y el particular debe estar facultado para que se cumpla ese derecho que se le ha quitado.

El legislador, aparte de las razones expuestas en la parte relativa a los debates del Constituyente de 1916-1917, vio las desventajas de dejar en manos de un particular el ejercicio de la acción penal, quedando a su arbitrio el ejercicio o no, dejando de esta forma infinidad de delitos impunes, pues los tribunales estarían impedidos para actuar sin el previo ejercicio de la acción; de este modo, el particular podría autocomponerse con el infractor, no habiendo así seguridad jurídica. Así, el Estado instituyó la figura del Ministerio Público como un órgano especializado y de buena fe, para que él, en representación del individuo y de la sociedad, ejercitara la acción penal, velando de esta manera por el interés social que debe prevalecer siempre por encima del interés particular.

Cabe hacer mención que la *declaratoria de procedencia* dispuesta en el artículo 111 constitucional, no se opone a la titularidad del Ministerio Público. Ya que se dispone que para proceder penalmente contra los servidores públicos que ahí se mencionan, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará, por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado, y si ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen en arreglo a la ley.

Esto quiere decir que quedará a disposición del Ministerio Público para que ejercite la acción penal ante el órgano jurisdiccional.

No obstante todo lo anterior, en el artículo 110 constitucional encontramos un caso de excepción tratándose del juicio político: la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión, y conociendo de la acusación, la Cámara de Senadores erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente.

No obstante, y excluyendo este caso de excepción, en nuestro país el único órgano legitimado para ejercer la acción penal es el Ministerio Público.

## V. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL

De las características o principios de la acción penal, únicamente haremos una síntesis de las ideas de autores destacados en el ámbito procedimental penal. Trataremos de compilarlos, pues de la investigación realizada se desprende una unanimidad de criterios.

### 1. *Carácter público de la acción penal*

Primeramente, cabe señalar que la acción siempre es pública debido a que se dirige a poner en conocimiento del Estado, por medio del Ministerio Público, el cometimiento de un ilícito, a fin de que se pueda aplicar una pena a quien ha cometido un delito, y aunque ese delito cause un daño privado, la acción siempre seguirá siendo pública porque se encamina a hacer valer un derecho público del Estado.

Se ha afirmado que el principio de la publicidad sufre un duro golpe con la institución de la querrela; sin embargo, la excepción de la querrela no modifica de ninguna forma su carácter público, pues únicamente queda condicionada a un requisito de procedibilidad y sólo puede extinguirse de acuerdo con los requisitos que señala el artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal; esto es, el perdón del ofendido extingue la acción penal respecto de los delitos siempre que se conceda antes de pronunciarse la sentencia de segunda instancia y no hubiere oposición del reo para su otorgamiento; el perdón sólo beneficiará a quien se le otorgue,

a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos; en tal caso, el perdón beneficiará a todos los inculpados y al encubridor.

Hay determinados delitos (injurias, robo entre cónyuges) donde el ofendido debe dar su consentimiento para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal; asimismo, puede suspenderse por el perdón del ofendido. En estas condiciones, la querrela es una mera condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción, y una vez interpuesta, el Ministerio Público debe verificar si están reunidos los requisitos legales para su ejercicio. Así, no es el ofendido quien tiene en sus manos el derecho de castigar, sino sigue siendo el Estado mismo; el ofendido es quien únicamente debe dar su consentimiento.

## 2. *Carácter único de la acción penal*

Esto significa que sólo hay una acción penal para todos los delitos. No hay una acción especial, sino que envuelve en su conjunto a todos ellos.

No puede haber una acción para cada delito que hubiere cometido un sujeto determinado. De este modo, es inadmisibles aceptar una acción para cada uno de los delitos que integran el catálogo penal. No podemos sostener que exista una acción por robo, otra por homicidio, otra por estupro, etcétera, sino una sola acción penal para perseguir las diferentes categorías de actos delictivos, porque la acción es única para todos los procesos, por lo que no trasciende la gran cantidad de tipos penales.<sup>62</sup>

## 3. *Carácter indivisible de la acción penal*

Es indivisible porque su ejercicio recae en contra de todos los participantes del hecho delictuoso (autores o partícipes). No se puede perseguir sólo a uno o algunos de los responsables; esto obedece a un principio de utilidad práctica y social por la necesidad de perseguir a todos los que participaron en el hecho, no sustrayéndose, de esta forma, a la acción penal. Se pone como ejemplo al adulterio por cuanto que, si el ofendido sólo se querrela

<sup>62</sup> Véase, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción", en su libro *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, 1972, tomo I, pp. 343 y 344.

contra uno, la acción alcanzará a ambos, así como contra los que aparezcan como responsables. Del mismo modo, el perdón del ofendido no sólo favorecerá a quien se le otorgue, sino a todos los partícipes o responsables.<sup>63</sup>

#### 4. *Carácter intrascendente de la acción penal*

Consideramos que este carácter intrascendente del que habla la doctrina, no es de la acción, sino de la sanción, pues el ejercicio de la acción penal únicamente se limita a afectar a la persona responsable por el delito y nunca a sus familiares o terceros, de acuerdo con el artículo 22 constitucional, que prohíbe las penas trascendentales. Sin embargo, el artículo 10 del Código Penal para el Distrito Federal, en forma contraria, señala: “La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley”.

La reparación del daño en nuestro sistema tiene su fundamento en el artículo 34 del Código Penal, donde se eleva la reparación del daño a la categoría de pena pública. Semejante contraposición no hemos encontrado, ya que se llama pena a lo que no es pena y público a lo que es privado, pues el artículo 91 del ordenamiento citado señala que la muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubiesen impuesto a excepción de la reparación del daño. Y si la reparación del daño es pena, la misma no puede pasar a los herederos del delincuente que ha muerto porque estaría en franca oposición al artículo 22 constitucional.

La intención del legislador fue en el sentido de proteger a las víctimas y ofendidos por el delito, cuando por desconocimiento o por apatía no ejercitaban dicha reparación del daño, razón por la cual el Estado debía intervenir elevando la reparación del daño a la categoría de pena pública exigible a través de la acción penal por el Ministerio Público; en este sentido, una acción que era privada se transmutó en pública, y con ello se priva al ofendido de su legítimo derecho de demandar esa acción.<sup>64</sup>

El último párrafo del artículo 34 del Código Penal nos dice que: “Quien se considere con derecho a la reparación del daño que no

<sup>63</sup> Artículos 274 y 276 del Código Penal para el Distrito Federal

<sup>64</sup> Castro, Juventino, *El Ministerio Público en México*, 6a. ed., México, Porrúa, 1985, pp. 108-110.

pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.” Este es otro caso de franca contradicción debido a que, para que la jurisdicción civil decida dar procedencia a la demanda entablada reclamando la reparación del daño, es necesario primeramente que haya sido declarada la existencia del delito o la declaración del daño en una sentencia penal.<sup>65</sup>

### 5. *Carácter irrevocable de la acción penal*

Este consiste en que, una vez iniciado el ejercicio de la acción penal, poniendo en conocimiento al órgano jurisdiccional, no se tiene más que un fin: la sentencia. El Ministerio Público no puede disponer de ella, ni desistir, como si fuera un derecho propio.

En nuestro sistema, el órgano encargado del ejercicio de la acción penal puede desistirse de su ejercicio en ambos fueros, previa la resolución del procurador respectivo. Esto es inadmisibles porque si quien ejercita la acción penal estuviera facultado para desistirse, equivaldría a convertirlo en árbitro del proceso.

González Bustamante entiende a la irrevocabilidad en el sentido de que una vez deducida la acción ante el órgano jurisdiccional, no se puede ponerle fin arbitrariamente. En estos términos, el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público mina la base en que se sustenta el objeto del proceso, y en estricto derecho debe rechazársele.<sup>66</sup>

En el mismo sentido se manifiesta Tolomei, ya que dice:

Si es obligatorio para el Ministerio Público provocar una sentencia jurisdiccional sobre la pretensión que surge del delito, no se ve cómo este deber pueda coexistir con la facultad de desistirse de la acción; precisamente porque tal deber se refiere, no a un mero acto introductivo, sino a una decisión del juez.<sup>67</sup>

Bajo este supuesto, el desistimiento no puede realizarse ni aun en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en los que

<sup>65</sup> *Idem*, pp. 116 y 117.

<sup>66</sup> González Bustamante, Juan José, *op. cit. supra* nota 40, p. 41.

<sup>67</sup> Domenico Tolomei, Alberto, *op. cit.*, *supra* nota 50, pp. 155 y 156.



se concede un margen de disposición al ofendido, pues en este caso no existe un desistimiento, sino un otorgamiento del perdón.

De la misma manera, el desistimiento, aunque ello suponga el reconocimiento de la inocencia del inculpado, se opone abiertamente al principio de la inmutabilidad del objeto del proceso; pero, como éste será desarrollado en forma amplia a lo largo de esta investigación, se considera que lo expuesto hasta este momento es suficiente.

### 6. *Carácter necesario, inevitable y obligatorio de la acción penal*

Para que el órgano jurisdiccional pueda iniciar el proceso, es requisito indispensable que el Ministerio Público deba, necesaria, inevitable y obligatoriamente, ejercitar la acción cuando estén reunidos los requisitos o exigencias legales para su ejercicio plasmados en el artículo 16 constitucional, los cuales consisten en:

a) La existencia de un hecho u omisión que defina la ley penal como delito;

b) Que el hecho se atribuya a una persona física, ya que a una persona moral no puede enjuiciarse;

c) Que el hecho u omisión llegue al conocimiento de la autoridad, por medio de la querrela o de la denuncia;

d) Que el delito que se impute se castigue con una sanción corporal;

e) Que la afirmación del denunciante o querellante esté apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Asimismo, el principio consiste en que no se puede aplicar ninguna pena si no es a través del ejercicio de la acción penal. En este sentido, la declaración del órgano jurisdiccional puede ser de absolución o de condena.

También debemos llamar la atención a este respecto, sobre lo que dice Tolomei:

[...] debe ejercitarse la acción siempre que exista delito (principio de legalidad), no puede imponerse una pena sin que la acción se haya ejercitado (principio de inevitabilidad). Por ello, un principio es el correlativo racional del otro. Por otra parte, no puede renunciarse, mediante la inactividad del órgano administrativo a la actuación jurisdiccional respecto a la pretensión punitiva, cuando ésta

deba existir, sin que con esa inactividad puede lograrse una acción eventualmente indebida. La acción es necesaria como para lograr una afirmativa respecto a la pretensión basada en un hecho delictuoso.<sup>68</sup>

El particular, en este sentido, no puede voluntariamente someterse a la pena, sin que haya habido previamente un proceso, pues si se cometió un delito, será necesario e ineludible provocar al órgano jurisdiccional para que sea éste el que defina su responsabilidad, porque al Ministerio Público sólo se le encomienda su ejercicio y al no hacerlo rebasa sus funciones.

### 7. *Carácter inmutable de la acción penal*

Este principio consiste en que, una vez constituida la relación procesal, la voluntad dispositiva de las partes se sustrae al desenvolvimiento del proceso. No existe pues la posibilidad legal de paralizar su marcha, y el principio actúa aun en los casos en que pudiera aparecer reconocida la disposición de las partes, como en la institución de la querrela, en la que opera el perdón del ofendido.

En efecto, nos dice Teófilo Olea y Leyva:

[...] en estos casos, también se pronuncia un fallo por el Juez, aunque sea sobre el fundamento de la causa extintiva que produce la absolución, una vez que haya comprobado que el perdón es formalmente perfecto y productor de efectos jurídicos. Resumiendo podemos decir que, normalmente, la relación de derecho penal, objeto del proceso, no puede tener otra definición que la que le da la sentencia.<sup>69</sup>

## VI. PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD

El ejercicio de la acción penal, como hemos visto, corresponde al Ministerio Público; pero el hecho de que corresponda a éste su ejercicio, no lo faculta para decidir libremente de ella como si fuera un derecho de su propiedad. En estas condiciones, si el Ministerio Público no es dueño de la acción, tiene el deber ineludible

<sup>68</sup> *Idem*, p. 158.

<sup>69</sup> Olea y Leyva, Teófilo, "El artículo 21 constitucional", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo VI, núms. 23 y 24, julio-diciembre de 1944, p. 283.

de ejercitarla; no puede ni debe desistir de ella, pues priva el principio de legalidad, el cual consiste en que, cuando se verifique un hecho con apariencia delictiva, debe ejercitarse la acción penal, siempre que se hayan llenado los requisitos materiales y procesales que se requieren para su ejercicio.

A este principio se le contraponen el de la oportunidad, según el cual no es suficiente que se verifiquen los presupuestos indispensables para su ejercicio, sino que es necesario que el órgano encargado considere conveniente su ejercicio, ya que puede abtenerse cuando vislumbre que el ejercicio de la acción pueda causar males mayores (escándalo público, peligro para la paz social, complicaciones internacionales, etcétera), basándose para ello en su propia valoración y, cuando así convenga, en los intereses del propio Estado, atendiendo —se dice— al interés social. La mayoría de los países del mundo han aceptado el principio de la legalidad.<sup>70</sup>

La Unión Soviética ha adoptado el principio de oportunidad, en donde sólo se ejercitará la acción penal cuando se cometa una acción dañosa que pueda poner en peligro la estructura del Estado y cuando así convenga a los intereses del soviet supremo; de igual forma, cuando ocasione peligros a la causa de la revolución.<sup>71</sup>

También en los Estados totalitarios priva este principio, en donde el interés del Estado está por encima del interés particular; en tanto que en los países democráticos es norma de acción el principio de legalidad.

Para Lothar Schone:<sup>72</sup>

[...] la voluntad del Führer domina y absorbe el régimen jurídico en el III Reich; el Führer declaró que en la hora de mayor peligro, era el único y supremo titular de la Justicia del Pueblo Alemán. Los tribunales alemanes deben interpretar la voluntad del Führer en la aplicación de las leyes. "Todo derecho dimana del Führer", dice Franck, y Gunther Küchenhoff asienta la tesis de que el Führer, en su calidad de Juez Supremo, puede ejercitar la acción penal y el derecho de abolición en un proceso.

<sup>70</sup> Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, "Ministerio Público y abogacía del Estado", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XVI, núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 54-56.

<sup>71</sup> Cfr. Castro, Juventino V., *op. cit. supra* nota 64, p. 65.

<sup>72</sup> González Bustamante, Juan José, *op. cit. supra* nota 40, p. 47.

Por lo anterior, resaltamos lo peligroso de este principio de oportunidad. Afortunadamente, México ha adoptado el principio de legalidad, con lo que se reconoce que la persecución de las acciones punibles es deber y obligación del Estado, por lo que, cuando el Ministerio Público se aparte de este principio, debe rechazársele porque dicho órgano tiene el ejercicio pero no la facultad de disponibilidad de la acción, aun antes de haberla intentado, mucho menos después que la ha puesto en movimiento.

Florian, con respecto a lo anterior, después de estudiar el derecho comparado y a los autores, dice:

Creemos que sobre este punto conviene ser tradicionalistas y aceptar el principio de legalidad; 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 cuándo una acción es dañosa o peligrosa (es decir, es delito) corresponde al legislador, y cuando éste haya expresado su convencimiento y establecido que aquélla sea delito, la acción penal debe de ejercitarse siempre. Al admitir el principio de oportunidad se substituye el convencimiento del legislador por el del Ministerio Público, que es por completo personal y por lo mismo expuesto a error, con lo que el fin de la defensa social puede frustrarse. Hay además que añadir a esto que la función represiva se debilitaría con semejante criterio y podría dar lugar a graves injusticias.<sup>73</sup>

González Blanco,<sup>74</sup> al respecto, considera que el principio de legalidad debe prevalecer, porque el de oportunidad contraviene la integridad de la función represiva, y debe ejercitarse siempre la acción en todos los casos en que se cometa un delito y no subordinarse a ninguna conveniencia de la índole que sea; porque, así, se podría originar la impunidad de los delitos o prestarse a injusticias; además porque se implicaría una derogación del carácter público de la acción.

Carnelutti,<sup>75</sup> al reconocer el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, considera que no implica que el

<sup>73</sup> Florian, Eugenio, *op. cit. supra* nota 46, pp. 183 y 184.

<sup>74</sup> Véase su libro *El procedimiento penal mexicano*, México, Porrúa, 1975, pp. 52 y 53.

<sup>75</sup> *Vid.*, de este autor: *Derecho procesal civil y penal. Principios del proceso penal* (trad. de Sentís Melendo, Santiago), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp. 136 y 137.

ejercicio de la acción esté regido por el principio de oportunidad en lugar del de legalidad. La ley no se fía del Ministerio Público, y tal desconfianza tiene la ventaja de garantizar lo mejor posible el respeto de la legalidad. Su posición de parte pública le impone más bien deberes que poderes para la vigilancia del orden social. Por otra parte, el instituto de la gracia (amnistía, indulto, perdón legal) es una potestad que corresponde al órgano supremo del Estado. En tal sentido, acordar al Ministerio Público el poder de obrar con discrecionalidad, equivale a conferirle también este instituto de la gracia o de perdón.