

# EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL

Por el doctor Humberto BRISEÑO SIERRA

Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal

SUMARIO: 1. Terminología. 2. Sistematización legal. 3. El proceso penal. 4. Lo inquisitorial. 5. La acusación. 6. El complejo de pretensiones. 7. El principio acusatorio en el proceso penal. 8. Cuerpo del delito y presunta responsabilidad. 9. Las potestades jurisdiccionales.

## 1. Terminología

En reciente trabajo sobre competencia internacional, Milton Katz recuerda un característico párrafo de las *Objeciones preliminares* en el caso de Sud África. Expresaban los jueces Spender y Fitzmaurice<sup>1</sup> que en lenguaje jurídico, difícilmente se encuentra un término que no haya sido transformado por una gran variedad de significaciones y asociaciones. Difícilmente hay una expresión técnica que no requiera de una previa definición o redefinición, para ser concretamente aplicada a una determinación legal. Difícilmente hay un concepto que no pueda ser usado en sentido amplio y de varias maneras en una misma situación, según puntos de vista subjetivos sobre lo que indica o deba indicar un contexto.

Tan desalentadora apreciación tiene, sin embargo, la virtud de conducir a una saludable conclusión: en ausencia de un criterio objetivo, los elementos subjetivos que entran en la inteligencia de las proposiciones técnicas deben ser explicados y verificados. Al no estar en posibilidad de emplear unívocamente los vocablos, al no tener la seguridad de que el significado tenido en mente sea el mismo que consideran los interlocutores, resulta forzoso señalar en cada caso el sentido de los términos. Si después de la cuantificación de los vocablos subsisten las discrepancias de opiniones, no será por causa del método, sino debido a las deficientes invariaciones que encuentran su corrección en posteriores verificaciones.

Es factible que respecto a un solo tema, como el de los principios jurídicos, se tengan opiniones divergentes y hasta opuestas, lo cual podría encontrar su explicación en la variedad de objetos de conocimiento que se pueden considerar, y en la distinta formación ideológica

<sup>1</sup> Milton KATZ, *The Relevance of International Adjudication*, Cambridge, 1968, p. 93 ("South West Africa Cases, Preliminary Objections", ICJ Rep., 1962, pp. 319-425): "The particular arguments of Judges Spender and Fitzmaurice are illuminated by their general posture, exhibited in the opening paragraphs of their joint opinion..."

y académica de los investigadores. Pero este problema se simplifica grandemente, cuando sin necesidad de adherir la noción propuesta, se le admite provisionalmente, aunque sólo sea como hipótesis de trabajo.

Con esta actitud, el encargado de proponer un significado conceptual tiene libertad para discurrir sobre una tesis y cuenta con la paciencia ajena, por lo menos hasta arribar a su meta, sin preocuparle las objeciones intermedias, la mayor parte de las cuales van enderezadas contra las significaciones provisionales más que contra la congruencia de la exposición o las implicaciones razonables de las conclusiones.

Así pues, suponiendo que en este caso existiera un tal acuerdo entre el ponente y los congresistas se podría decir que por "principio jurídico" no se va a entender el comienzo ni la iniciación de un acto o de una realización, sino la finalidad de cierto arreglo técnico legislativo. El "principio jurídico" significará: la orientación dada por el legislador a un conjunto normativo cualquiera, orientación que conforme ese grupo de reglas al sentido teórico prevaeciente en la política del orden positivo.<sup>2</sup>

a) La función de los principios no es especialmente normativa sino técnica. Su carácter directriz permite la coordinación sin prejuzgar sobre las soluciones particulares. En no pocos casos, los principios se obtienen con posterioridad de la misma regulación, y es la teoría la que viene encargada de desentrañar el sentido orientador de un cuerpo legal. Por lo menos ésta es la versión histórica que se da del principio penal acusatorio, recuperado por la filosofía del siglo XVIII, pero vigente ya en el pasado romano.<sup>3</sup>

La razón por la que este principio ha recibido la denominación de acusatorio, es imprecisa, y si se recuerdan los procesos que han sido

<sup>2</sup> Para Pietro CALAMANDREI (*Chiovenda. Recuerdo de juristas*, trad. Santiago SENTÍ MELENDO, Bs. As., 1959, p. 44), por ejemplo, los sumos principios pueden considerarse como premisas teóricas que potencialmente encierran en sí innumerables conclusiones prácticas. Pero este autor da a los principios carácter de estaciones de partida, desde las cuales se puede revisar críticamente las instituciones singulares del Derecho positivo, y por ende, los principios vendrían a encerrar las soluciones concretas y éstas se desprenderían de los principios deductivamente. Ahora bien, un principio cualquiera, como el de *nulla poena sine lege*, o el que expresa que no hay jurisdicción sin acción, no permiten inferir lo que suceda prácticamente en determinada legislación. En cambio, si se contempla un código procesal, luego de revisar sus disposiciones podrá decirse si está o no orientado en el principio de la bilateralidad de la instancia.

<sup>3</sup> "El proceso acusatorio, que se vislumbra en las legislaciones orientales, florece en Grecia y en Roma y se extingue durante el Bajo Imperio, lo encontramos, aunque en forma harto tosca, en el Derecho de los pueblos germanos, en los Fueros municipales españoles, y asimismo en las ciudades italianas durante su época de apogeo medieval, y lo vemos en la actualidad recluido en Inglaterra y en los Estados Unidos, si bien en los últimos se conoce la institución del Ministerio Público, que no se compagina con el sistema acusatorio puro" (Nicteto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y Ricardo LEVENE hijo, *Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1945, t. II, pp. 217-8; pero el párrafo corresponde a ALCALÁ-ZAMORA, cfr. Advertencia, p. 415).

calificados de la misma manera, acontece que el penal intermedio del derecho italiano, no era, al decir de Manzini, más liberal ni garantizado que el de la tenebrosa inquisición,<sup>4</sup> y en cuanto al romano, el mismo autor, siguiendo a Mommsen, explica que la *accusatio* se distingue por no corresponder a un magistrado, cuya potestad se limitaba a la deliberación y pronunciamiento de la sentencia, perteneciendo la iniciativa a un representante voluntario de la colectividad (*accusator*).<sup>5</sup>

Semánticamente, acusar indica imputar a alguien un delito, y derivadamente perseguir al culpable. El principio acusatorio llevaría la imagen de un proceso provocado por la pretensión de castigo, lo cual es insuficiente para separar los procedimientos inquisitivos de los acusatorios, ya que en ambos la meta perseguida es la pena que, obviamente, ha sido buscada por alguien.

La combinación de palabras: principio y acusatorio, no viene a salvar la imprecisión, porque tendría que explicarse la combinación como el sentido persecutorio prevaleciente en el proceso. Lo cierto es que lo acusatorio, como indica Clariá Olmedo,<sup>6</sup> es lo característico del tipo opuesto de procedimiento respecto a lo inquisitivo. Se trata de meras consideraciones valorativas, decía Beling,<sup>7</sup> que se refieren a estructuraciones ideales de ciertos problemas básicos del proceso penal, y que han recibido en los diferentes derechos positivos un tratamiento opuesto.

<sup>4</sup> "Había dos tipos de proceso penal (de la época intermedia italiana), el acusatorio y el inquisitorio. Es extraño observar que muchos escritores suelen indicar el primero como el proceso ideal, liberal, más garantizado, etcétera, y el segundo como la horrible y tenebrosa 'inquisición', con todos los anexos y conexos que los inconscientes repetidores de los gárrulos demagogos atribuyen a esta terrorífica palabra. Sería interesante buscar la razón de tan curiosa y falsa manera de pensar, ya que los dos procesos, en cuanto a garantías individuales, no diferían gran cosa, no siendo el acusatorio más que una inoportuna e insidiosa copia del proceso civil" (Vincenzo MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN, Bs. As., 1951, t. I, p. 34).

<sup>5</sup> "Se suplió de esta manera a la incuria de los magistrados, suministrando un medio de satisfacción vindicativa a los que directa o indirectamente habían sido ofendidos por el delito, y proporcionando además a los ciudadanos ambiciosos un campo de preparación y de exhibición en el que podían perfeccionarse en el arte de declamar en público, adquirir práctica del Derecho y mostrar a los electores su aptitud para los cargos públicos" (MANZINI, *op. cit.*, t. I, p. 6).

<sup>6</sup> Jorge A. CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1960, t. I, p. 459, nota 1: "En esto suelen coincidir procesalistas civiles y penales. Hay realmente gran similitud entre una y otra clasificación, pero no identidad. Lo inquisitivo y acusatorio son caracterizaciones generales de tipos opuestos de procedimiento, lo dispositivo y lo *ex officio* son principios que principalmente caracterizan a uno y otro de esos tipos procesales."

<sup>7</sup> "En el curso del tiempo destacan determinadas consideraciones valorativas, que se refieren a la estructuración ideal de ciertos problemas básicos del proceso penal, y que han recibido en los diferentes Derechos positivos un tratamiento opuesto. Suele hablarse de una oposición entre 'los principios del proceso penal', entendiéndose por principios (a diferencia de los conceptos fundamentales formales: las categorías) lemas supremos para el contenido de la norma, máximas materiales de la legislación. En su elección hemos procedido con cierta arbitrariedad. Podríamos denominar 'prin-

Para el mismo Beling<sup>8</sup> los principios, a diferencia de los fundamentos, eran lemas supremos para el contenido de la norma, máximas materiales de la legislación. El principio acusatorio vendría a condicionar la intervención del poder estatal a una solicitud particular de protección jurídica. Se trata del mismo principio de iniciativa particular, frente al de investigación oficial que exige la intervención estatal del oficio.

Pero este principio no es absoluto, hay criterios secundarios o relativos que fuerzan a discriminar más a fondo el sentido.

b) La carencia de exactitud conceptual se observa cuando el principio acusatorio, al decir de Clariá Olmedo,<sup>9</sup> suele ser identificado con el dispositivo, y por contrapartida, el inquisitivo es llamado de oficiosidad.

A pesar de la falta de una definición, no se ha dudado en penetrar en la clasificación; de modo que respecto al de investigación oficial se habla de un principio inquisitivo cuando la intervención estatal es judicial, y de un principio acusatorio formal si se establece una autoridad estatal especial que se encargue de la acusación. Este último también recibe el nombre de principio de investigación oficial mediante acusación formal.

No parece claro ni preciso decir con Beling,<sup>10</sup> que el principio de cipios' también a otros criterios contenidos en el Derecho Procesal Penal (como, a veces, efectivamente ocurre). Pero los principios propiamente dichos se caracterizan por constituir desde la época del iluminismo el centro de la atención. Su problemática es en esencia idéntica a la de los 'principios' del proceso civil. Sin embargo influye sobre ellos de manera diferente la situación de los intereses particulares que afectan al proceso penal" (ERNST BELING, *Derecho Procesal Penal*, trad. Miguel FENECH, Barcelona, 1943, p. 24).

<sup>8</sup> "Bajo el dominio del principio acusatorio formal, el proceso penal se convierte en un 'proceso de partes'. En él no se enfrentan ya, como antes, el juez ('inquirente', tribunal inquisitivo), como único sujeto del proceso, y el inculpado ('inquirido') como el objeto de la inquisición, sino que desde el acto de la acusación y durante todo el proceso hay tres personas en el mismo: el tribunal (el Estado, como persona imparcial), el acusador y el inculpado. Esto no quiere decir que el proceso penal sea una contienda entre partes como lo es el proceso civil. El poder de las partes es muy diferente en el proceso penal y en el proceso civil" (ERNST BELING, *op. cit.*, p. 64).

<sup>9</sup> "Suelen identificarse el principio acusatorio con el conocido por principio dispositivo, y al principio inquisitivo es común llamarlo también de oficiosidad. Entendemos que corresponde hacer aquí algunas distinciones para evitar equívocos en el desarrollo de las diversas reglas que gobiernan el proceso penal. El proceso es dispositivo cuando el impulso procesal, tanto en la iniciación como en el progreso de la instancia, se confiere íntegramente a los particulares interesados; las partes privadas disponen de las formas y de la sustancia del proceso, vinculando al juez en todo aquello que no signifique divergencia de intereses. Esto puede ser propio del proceso civil, pero en su pureza es inaplicable al proceso penal. El proceso penal acusatorio puede parcialmente estar, en ciertos casos, embebido del principio dispositivo, pero su limitación no ha de quitarle la nota de acusatorio, a lo menos en el sentido atribuido actualmente al vocablo" (CLARIÁ OLMEDO, *op. cit.*, t. I, p. 459).

<sup>10</sup> "Dentro del ámbito de principio de investigación oficial, se distingue si la intervención estatal debe ser judicial (principio inquisitivo) o si ha de establecerse una autoridad estatal especial como encargada de las acusaciones, siendo ésta la que

investigación oficial con acusación formal se asemeja al acusatorio, en tanto que el inquisitivo se opone rigurosamente al acusatorio, y que ambos vienen a ser derivación del principio de investigación oficial.

Tal vez acontezca que los principios, considerados como meras valoraciones, entran en una escala cuantitativa que permite acumulación o disminución de notas, fórmula que al tiempo que unifica criterios permite hablar de diferencias relativas, simplemente relativas.

En este sentido es explicable que de los principios se pase a los "sistemas" y se hable de tres tipos: el proceso acusatorio, el inquisitivo y el mixto, Fenech<sup>11</sup> advierte que sólo cabe hablar del sistema acusatorio o inquisitivo con referencia a una abstracción conceptual de una serie de elementos o caracteres esenciales de ambos sistemas, es decir, de un medio para contrastar o tipificar por notas dominantes. De aquí resultaría que la naturaleza del sistema mixto, generalmente admitido por los ordenamientos positivos, es la prístina y verdadera, la más real de las expresiones en todos los aspectos.

Es además Fenech, quien sostiene que el sistema acusatorio responde a una concepción civilística del proceso penal, pues el juez ni siquiera teniendo conocimiento de la comisión de un delito, puede proceder de oficio y perseguir al delincuente. Lo relevante viene a ser la acusación del ofendido o de quien le sustituya, como en la acción *quivis ex populo*. Por ende, cuando la persecución de los delincuentes se hace necesaria, los legisladores adoptan un sistema contrario estableciendo un proceso judicial *ex officio*, al menos para los aprehendidos en flagrante delito. Queda así propiciada la fórmula mixta, intento de obviar los defectos de cada sistema en particular, modo de armonizar o sintetizar la tesis y la antítesis. Ahora se introducen dos periodos, uno dedicado a la instrucción y en el que predomina lo inquisitivo, aunque se inicie por acusación o querrela, y el otro es llamado plenario o juicio y donde rige la acusación con la defensa.

exija de los tribunales la protección jurídica (principio acusatorio formal, o principio de investigación oficial mediante acusación formal). El principio inquisitivo se opone rigurosamente al principio acusatorio. El principio de investigación oficial con acusación formal se asemeja al principio acusatorio, de modo que en ambos el tribunal debe esperar una súplica (*judex ne procedat ex officio*, 'donde no hay actor no hay juez'); diferenciándose de él por el hecho de que la misma comunidad organizada se encarga del papel de acusador" (BELING, *op. cit.*, pp. 24-5).

<sup>11</sup> "Sólo cabe hablar del sistema acusatorio e inquisitivo refiriéndonos a una abstracción conceptual de una serie de elementos o caracteres esenciales de ambos sistemas que sirven para diferenciarlos por contraste y que por ser dominantes los tipifican. Además, el análisis de las características esenciales de los sistemas absolutos contribuye, de una manera fundamental, a aclarar la naturaleza específica del sistema mixto, que es el generalmente admitido en los ordenamientos positivos actuales" (Miguel FENECH, *Derecho Procesal Penal*, vol. I, Barcelona, 1952, p. 120).

## 2. Sistematización legal

Sea cualquiera la influencia que la doctrina ejerza en la legislación general, no faltan indicios de que en el proceso penal se ha tendido a llevar al derecho positivo el criterio dominante de cierta época. Diversas exposiciones de motivos<sup>12</sup> se refieren a las clasificaciones académicas, de manera que la normatividad vigente refuerza objetivamente los puntos de vista teóricos.

El fenómeno no tendría tanta importancia si antes la doctrina hubiera alcanzado precisión en las definiciones; pero al suceder lo contrario, la aparente aplicación de los principios rectores no pasa de ser una correspondencia convencional y relativa.

Una sola y la misma etiqueta clasifica códigos de corte antiguo y moderno. En realidad casi todas las legislaciones procesales penales son calificadas de sistema mixto, ese sistema que al decir de Jiménez Asenjo es una transacción entre el acusatorio y el inquisitivo.<sup>13</sup>

En teoría, o mejor dicho, en hipótesis de trabajo, es factible una

<sup>12</sup> "Sirvió de base para la redacción del Código (federal de procedimientos penales) el sistema acusatorio y no el inquisitivo, en atención a que aquél es el que está consagrado por el artículo 21 de la Constitución; pero, sin embargo, se conservaron modalidades de antiguo sistema inquisitivo, porque es imposible suprimirlo totalmente; tanto debido a preceptos constitucionales que atenúan el sistema acusatorio, cuando que llevado al extremo ese sistema, sería perjudicial para la organización misma de los tribunales, pues si bien es cierto que el Ministerio Público, a partir de la Constitución de 17 y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, tiene encomendado en forma exclusiva el ejercicio de la acción penal, no es debido restringir la actuación judicial a tal extremo que los jueces tengan sólo como funciones, primero la de dictar autos de formal prisión, y, segundo, la de dictar sentencias" (*Motivos del Código Federal de Procedimientos Penales*, Diario Oficial de la Federación de 30 de agosto de 1934). "Mientras Atenas y Roma republicana fueron sólidos baluartes del régimen acusatorio de enjuiciamiento penal (juicio oral y público, basado en una acusación), el sistema inquisitivo triunfó en el Derecho canónico desde el siglo XII hasta el XVIII, sobre las ilustres cenizas del Derecho romano imperial, y paulatinamente invadió el campo de las legislaciones laicas de Europa continental, desde el siglo XIII hasta el XVIII (*Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Corrientes*, Corrientes, Argentina, 1966, p. 9).

<sup>13</sup> "La clasificación de los procesos, atendido el sistema en que se basa, es la más trascendental de todas, puesto que recoge los principios esenciales que inspiran toda la mecánica funcional. Sistemática y prácticamente se han ofrecido a este respecto dos formas esenciales: el proceso de acusación o acusatorio, y el de inquisición o inquisitivo, y como transacción entre ambos el mixto... Prácticamente ambos sistemas, acusatorio e inquisitivo, apenas si se han dado puros alguna vez, pues aún en el más inquisitivo, se concedía siempre una precaria intervención al acusador e inversamente ningún sistema, por muy acusatorio que fuere, deja de acoger instituciones de defensa pública, de marcado carácter contrario. Generalmente se han solido combinar en la realidad los principios informadores de uno u otro sistema de acuerdo con las circunstancias que la ocasión o lugar considerado imponían, con lo que tomaba el carácter de uno u otro de ambos extremos, según el grado preponderante de ellos... De todos modos, acaso la verdadera nota distintiva sustancial entre ambos, sea la consideración en que la persona inculpada entra en el proceso; si como sujeto del mismo u objeto, en cuyo caso el proceso de inquisición se daría pura y simplemente" (Enrique JIMÉNEZ ASEÑO, *Derecho Procesal Penal*, vol. 1, Madrid, s/f, pp. 81-4).

estructura mixta; pero científicamente, la mixtura no tiene sentido; y el derecho procesal viene siendo considerado hace más de un siglo como una ciencia jurídica. Para la ciencia, la sistematización es posible sólo cuando los conceptos tienen un significado sintético, cuando las interrelaciones (el sistema) son congruentes, completas y sin contradicciones.

Basta pensar en lo absurdo que sería llamar ciencia a la física y al mismo tiempo atribuirle sentidos teóricos opuestos y hasta mixtos. El sentido teórico es a toda ciencia lo que el principio a una disciplina jurídica: su pretensión explicativa general. En el Derecho Penal, en la normativación destinada al castigo del delito, un sector de peculiar característica, el formado por la rama procesal, es objeto de una sistematización cuando se encuentra que responde a ciertos principios, a cierto sentido teórico; pero la determinación que de ellos se ha hecho, resulta equívoca y con una gran dosis de eclecticismo.

Por ello, cuando de la doctrina se pasa a la legislación, lo que en la primera no llegó a ser concepción sintética, en la segunda se ofrece como expresión mixta de tendencias diversas. La conclusión podría ser, desde luego, que en la legislación no sólo no hay sistema (conexión científica), sino ni siquiera criterio disciplinario de aplicación de los supuestos principios. La inmediata confirmación de ello se encuentra al contrastar leyes de diversos regímenes, todas susceptibles del calificativo de mixtas y con soluciones opuestas, ya no en lo general o principal, sino en los detalles que les dan la invocada mixtura.

a) Cabe hacerse cargo de una probable refutación, consistente en que al hablar de "sistema" mixto, se está tomando en cuenta que hay más de un procedimiento en la tramitación general, en el camino total que va desde la comisión del delito a la imposición de la pena.

El argumento sería atendible si el calificativo acusatorio o el inquisitivo correspondieran claramente a cada periodo, siempre sobre la base de que también existiera una neta división procedimental. Pero la indecisión es tan manifiesta que, por ejemplo, considerando el proceso por antonomasia, o el plenario o juicio, como también se le llama, suelen presentarse muestras del principio acusatorio precisamente en relaciones que por ser procesales, han de responder a la bilateralidad del acusatorio, no debiendo ser necesario destacar ciertas normas para identificar casos de aplicación del principio acusatorio, como acontece con referencia a los preceptos que prohíben penar por un delito más grave que el que fuera objeto de la acusación, o el que obliga al juez a absolver cuando la acusación se retire.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> "Piénsese en el principio acusatorio que veda al juez penar un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación (art. 912, núm. 4, l. e. crim) y que le obliga a absolver cuando ésta se retire (art. 691, jurado); en la renuncia a la acción en materia de delitos privados (arts. 25, cód. pen. y 106, l. e. crim.); en la necesidad de sobreseer, cuando lo solicite el fiscal (art. 642, salvo la facultad del 644) o cuando

Hace más de tres lustros, Alcalá-Zamora llevó a cabo un estudio que intituló *En torno a la noción de proceso preliminar*.<sup>15</sup> Al referirse a la instrucción penal se hizo una pregunta liminar encaminada a saber si existe verdadero proceso desde el instante en que se inicia el sumario, sinónimo de instrucción en el enjuiciamiento criminal. Su pensamiento se centró en el llamado "sistema" procesal penal mixto, que es el más generalizado, en el cual encontró dos actividades bien distintas: la relativa al conocimiento del delito (*notitia criminis*), y la concerniente a la pretensión punitiva deducida al formular acusación. El deslinde venía dado por el contraste entre los escritos de denuncia y acusación.

Pues bien, y esto es lo que importa, el autor encontró que el sumario puede brotar:

- I. En virtud de *inquisitio ex officio*.
- II. Por la querrela particularmente llamada mínima, que es mera condición de procedibilidad, y
- III. Por la calificada de máxima, peculiar del Derecho hispánico.

En resumen, expresó Alcalá-Zamora, la acción penal surge en el momento en que se formule una concreta pretensión punitiva contra uno o más reos; y todo lo más, con Belling, podría admitirse que la acción penal tiene doble cometido: poner en conocimiento de la autoridad judicial la perpetración del delito para que se incoe el sumario, y pedir el castigo del culpable; lo cual llevaría a reconocer que hay una pluralidad actora y que, consecuentemente, podrían serlo: el denunciante, el

se deniegue el suplicatorio para proceder contra parlamentarios (art. 754, l. e. crim. y 7 de la l. 9 de febrero de 1912)..." (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El allanamiento en el proceso penal*, Bs. As., 1962, p. 189, nota 157).

<sup>15</sup> NICCIO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *En torno a la noción de proceso preliminar*, "Estratto dagli scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione", volume secondo, Padova, 1952, p. 38: "¿Existe verdadero proceso desde el instante en que se inicia la instrucción o sumario por la perpetración de un hecho con apariencias delictivas o de una conducta que se supone peligrosa? Al formular la pregunta, pensamos, por supuesto, en el sistema procesal penal mixto, que es el más difundido en las legislaciones, ya que cuando la instrucción se practica durante la audiencia (sin perjuicio de la previa averiguación policial), la situación varía por completo, al asociarse dos fases que en aquel otro tipo de procedimiento se contraponen fuertemente. En el mencionado sistema encontramos dos actividades bien distintas: en primer término, los actos mediante los cuales llega la autoridad judicial al conocimiento del delito (adquisición de la *notitia criminis*) y, en segundo lugar, la pretensión punitiva deducida al formular la acusación... Si ahora, de acuerdo con la doctrina dominante, compartida inclusive por acérrimos dualistas, concebimos el proceso penal como relación jurídica entre un juzgador y dos partes, y comprobamos que en la instrucción no existen en rigor ni aquél ni éstas, sino a lo sumo de manera aparente (contradictoria a veces y en ciertos momentos), tendremos que llegar a la conclusión de que el sumario no constituye verdadero proceso, si por tal entendemos el principal de naturaleza contenciosa..."

juez instructor que proceda *ex officio* sin participar en el plenario y el querellante que desista.<sup>16</sup>

b) De coincidir con Alcalá-Zamora en la afirmación de que en la instrucción no existen ni juzgador ni partes, tendrá que aceptarse que el sumario no constituye verdadero proceso. Pero el mismo autor concluye caracterizando esta etapa como un proceso preliminar,<sup>17</sup> preparatorio por su objeto, que es el pronunciamiento sobre el fundamento de la *notitia criminis* y el decidir si conforme a los elementos de convicción reunidos, ha lugar o no a la apertura del debate final o proceso en sentido "estricto".

La existencia de este procedimiento es no solamente un fenómeno generalizado, sino algo que entra en la idea de necesidad teórica. Su indeterminación doctrinaria ha hecho pensar en un preprocedimiento, un procedimiento previo o preliminar, un preproceso, un proceso previo o preliminar, un caso de "jurisdicción" voluntaria, una etapa preprocesal de naturaleza administrativa o policial, una "acción" cautelar, o un "presupuesto" procesal.<sup>18</sup>

Y todo ello tiene menor relevancia que el hecho mismo de que merced a su invariación con el proceso (¿verdadero?) se hable de un "sistema" mixto. Tal es el caso de la legislación mexicana, donde la mixtura vendría, en primer lugar, de la combinación de un procedimiento no procesal con otro que sí es procesal. Lo que no queda aclarado es si se está ante una combinación o una mezcla, pero para el indiciado y luego acusado, inculcado y procesado, la situación es tan aflictiva con un calificativo como con otro, y las posibilidades de defensa son tan reducidas en este "sistema" como en el inquisitivo.

Ahora bien, no han faltado voces discrepantes, autores que como Franco Sodi, se han negado a considerar que la legislación mexicana sea del tipo mixto. Sin embargo su negativa se relativiza desde la expresión misma, porque se limita a objetar que tal sea su forma ante los jueces; ya que por mandato constitucional es y debe ser única y exclusivamente acusatorio.

Que ante el ministerio público el "acusado" no tenga derecho para intervenir defendiéndose, dice Franco Sodi, es algo que debe distinguirse, porque cabe que la investigación se practique en el Departamento

<sup>16</sup> *Op. cit.*, pp. 40-1.

<sup>17</sup> "Por nuestra parte, teniendo en cuenta la finalidad esencialmente 'preparatoria' de la instrucción, no vacilamos en considerarla como proceso preliminar, cuyo objeto estribaría no tanto en pronunciar acerca del fundamento de la *notitia criminis*, que no pasa de ser el 'presupuesto' del proceso penal en general y de la fase instructoria en particular, como en decidir si conforme a los elementos de convicción reunidos (tanto reales como personales) ha lugar o no a la apertura del debate final, es decir, del proceso de fondo en estricto sentido (*op. cit.*, pp. 43-4).

<sup>18</sup> *Op. cit.*, pp. 42-3.

de Averiguaciones o que se efectúe por el pedimento del juez. En el primer supuesto no es posible negar que en la averiguación se excluya al presunto responsable; pero ello no demuestra que el proceso judicial sea inquisitorial en alguno de sus periodos, ya que frente a la afirmación en contrario que hace la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Penales, para saber si el Ministerio Público se encuentra en aptitud de ejercer o no la acción, no se necesita de un proceso penal judicial, ni se requiere de la intervención forzosa del órgano jurisdiccional.<sup>19</sup>

### 3. El proceso penal

A lo largo de las exposiciones doctrinarias y aun de las legislativas, se llega al conocimiento de que en el conjunto de procedimientos que se sustancian desde la *notitia criminis* hasta el cumplimiento de una pena, hay uno que tiene peculiaridades irrepetibles y que recibe el nombre de proceso.

Aunque existen manifestaciones de enjuiciamiento que se apartan del modelo, como los monitorios, los procedimientos por decreto, los directos, de urgencia y los directísimos;<sup>20</sup> cuando se habla del proceso se piensa en una serie de instancias bilaterales jurisdiccionalmente dirigidas. Las posibilidades de que en ella se rompa la interdependencia funcional son meramente materiales o de hecho y prácticamente se circuns-

<sup>19</sup> "El procedimiento penal mexicano es llamado, por muchos, mixto. Se asegura que es un tanto inquisitorial y un tanto acusatorio. Yo niego que tal sea su forma ante los jueces, pues por mandato constitucional es, debe ser, única y exclusivamente acusatorio... La actividad del Departamento de Investigaciones no forma parte del proceso penal judicial y, por lo mismo, no puede afirmarse que éste sea en cierto periodo inquisitorial, porque el Ministerio Público haya adoptado, de hecho, la forma inquisitoria para su actividad" (Carlos FRANCO SODI, *El procedimiento penal mexicano*, México, 1939, pp. 109-110). Aún aceptando el argumento del autor, o si se quiere, precisamente aceptándolo, resulta contrario al principio acusatorio el que el indiciado sea detenido, investigado y hasta coaccionado sin mediar "proceso penal judicial", sobre todo considerando que las pruebas obtenidas en esa forma tendrán plena validez en el posterior "proceso penal judicial".

<sup>20</sup> "En el Derecho italiano, se conoce un procedimiento especial —el 'giudizio immediato'— aún más rápido que el *direttissimo*, para el castigo de los delitos cometidos durante la audiencia, incluidos los de falso testimonio, pericia e interpretación. A ellos agregariamos estos otros: denuncia y querrela calumniosas (véase Miguel SCHWEITZER: *El delito de acusación o denuncia calumniosa*, en la "Revista de Ciencias Penales" de Santiago de Chile, 1937, pp. 342-59), desobediencia de testigos, peritos e intérpretes a los mandatos judiciales, e injurias y calumnias vertidas en juicio. La conexión de todos ellos con el proceso principal, y el respeto debido a los tribunales, que reclama un castigo rápido de los delitos que ante ellos tengan lugar, son argumentos decisivos a favor de este tipo de juicio. (Para más datos y razonamientos decisivos en pro de su adopción, véase MANZINI: *Trattato di Diritto Processuale Penale*, volumen IV, Turín, 1932, pp. 258-64)." NICETO ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *La reforma procesal penal en el Perú. El anteproyecto Zavala*, en "Ensayos de Derecho procesal, civil, penal y constitucional", Bs. As., 1944, p. 319, nota 71.

criben a una situación: la contumacia, en la cual no se encuentra normativamente excluida la reacción de una parte, sino posibilitada la continuación del proceso con el solo impulso del accionante.

No se olvida que el enjuiciamiento mismo ha sido factible sin el proceso, pero esto obedece a la circunstancia de que por enjuiciamiento se entiende el pronunciamiento de una sentencia, y no hay dificultad teórica o práctica en suponer que se emita un fallo sin haberse tramitado la serie de instancias bilaterales. Desde este punto de vista, caben tanto el procedimiento inquisitorial como la sentencia *incontinenti*. Que en buena técnica ni siquiera debería llamarse sentencia a un mandato surgido *ex abrupto* es plausible, pero no hay duda que tal orden es probable, ni que sus consecuencias serían tan aflictivas para el condenado como el pronunciamiento regular.

Lo trascendental para la ciencia penal es la mediación del proceso, sea por la garantía de imparcialidad que conlleva la presencia de un juzgador que se limita a ejercer la jurisdicción, sea por la seguridad que ofrece la participación de los accionantes en el instar. Si esto se admite, la idea de una mixtura resultante de la aleación de los principios acusatorio e inquisitivo será improbable. Es verdad que hablando del proceso por antonomasia se invocan manifestaciones inquisitivas en los casos de las diligencias para mejor proveer o de los derechos indisponibles; pero ni las primeras excluyen el instar bilateral, ni los segundos afectan al proceso en sí; pues si la sentencia ha de decidir heterónomamente y sobre la voluntad de los accionantes, queda implicado que el juzgador deberá contar con las posibilidades probatorias que justifiquen su imparcialidad.

a) La existencia del proceso en el enjuiciamiento penal es teóricamente indispensable. Pero en la experiencia se da el extremo de su inutilidad conforme a determinadas políticas legislativas; tal es el caso del derecho anglosajón en la confesión de culpabilidad, de los sistemas continentales europeos en el juicio directísimo y el ejemplo americano de las sanciones disciplinarias.<sup>21</sup> Pero si aquí, en las medidas de seguridad, o en supuestos de inimputabilidad, el proceso queda excluido, el resultado ha de vincularse con la hipótesis de inadecuación del proceso, no con el tipo normal de enjuiciamiento, en el que es imprescindible procesar.

<sup>21</sup> "Para nuestro estudio en su aspecto de Derecho Comparado interesan los comentarios que diferencian el desacato civil, semejante a los medios de apremio, del desacato criminal, semejante a las correcciones disciplinarias. Por su carácter y propósito se distinguen el civil del penal; aquél es 'remedial'; una reparación en beneficio del quejoso, mientras que éste es punible para reivindicar la autoridad del tribunal. Sin embargo, el procedimiento de *Contempt* no es ni civil ni penal, sino *sui generis*, dice la jurisprudencia, y el criminal y directo se castiga siempre sumariamente" (Roberto MOLINA PASQUEL, *Contempt of Court*, México, 1954, p. 66).

Ahora bien, con la mirada puesta en el fenómeno común, la idea de un "sistema" legal mixto desborda lo procesal. Lo que se quiere explicar con la reunión de procedimientos inquisitorios y procesos acusatorios no es una modalidad del proceso mismo, sino una realidad que tiene sus raíces históricas en formas administrativas superadas y sus cimientos orgánicos en consideraciones políticas discutibles y en insuficiencias sociales susceptibles de remedio.

En cuanto a la historia del procedimiento inquisitorial poco hay que añadir a los estudios contenidos en cualquier texto nacional o extranjero; <sup>22</sup> su condenación está hecha en todas las latitudes, y repetir los argumentos sólo conduciría a una pérdida de espacio y de tiempo. No hay duda de que directa o indirectamente, algún autor podrá expresar ideas en apoyo de la caduca institución, <sup>23</sup> pero ni siquiera este hecho justificaría el barrunto de polémica. Son las ideas políticas y las condiciones sociales lo que debe considerarse, porque ellas han permitido la subsistencia de un procedimiento tan censurable.

En México, por ejemplo, y sólo para mencionar la situación que se conoce más de cerca, la legalización de un procedimiento de averiguación que tiene todos los caracteres de una inquisición oficial, data del "sistema" en que los jueces estaban encargados de la pesquisa. <sup>24</sup> Se conoce ampliamente el propósito del constituyente de 1917, de terminar con un estado de cosas en que el mismo sujeto llamado a juzgar actuaba

<sup>22</sup> "Durante el siglo XII apareció la herejía de los maniqueos, y con diferentes nombres se extendió y propagó durante los siglos XIII y XIV. A esta secta pertenecían los Albigeos, Fraticellos, Pobres de León, Veguados y Veguinos, Valdences y otras sectas menos conocidas. Nacidas en Francia se introdujeron en los países limítrofes con España, y fueron descubiertos sus sectarios y condenados en Aragón, Cataluña, Durango y Palencia. . . Con objeto de combatir a esas sectas se unieron las autoridades civiles y eclesiásticas, tomándose el partido de enviar por todas las Provincias comisionados de aquéllas, para que impidiesen y averiguasen quiénes eran los seductores y cuáles los seducidos, y una vez logrado esto, los entregaran a los jueces eclesiásticos y civiles para la aplicación de las penas respectivas. A estos comisionados se les llamó Inquisidores. . ." (Javier Piña y Palacios, *Derecho procesal penal. Apuntes para un Texto y Notas sobre Amparo penal*, México, 1948, pp. 36-7 y ss.).

<sup>23</sup> "El proceso inquisitorio, blanco de tantas y tan burdas declamaciones demagógicas, se desarrolló como una necesidad social, sobre la base del proceso acusatorio, conservando de él las formas que eran compatibles con la propia estructura" (MANZINI, *op. cit.*, I, p. 49).

<sup>24</sup> Las primeras diligencias del sumario en los delitos pueden levantarse, así por los jueces de paz y menores, como por los de primera instancia del ramo criminal. En México es casi general que se practiquen aún estas primeras diligencias por los jueces de lo criminal, como veremos más adelante. La ley previene lo siguiente: siempre que el juez de paz o menor sepa que se ha cometido, que se está cometiendo o que intente cometerse un delito, se presentará en el lugar de éste, tomará las medidas más eficaces para impedir o terminar el desorden, aprehenderá a los culpables, y podrá 'detener' a los testigos presenciales sólo el tiempo necesario para examinarlos con la prudente precaución de que no sufran por ello perjuicio. Acto continuo iniciará el sumario, levantando el auto, cabeza de proceso, en que con toda claridad refiera el hecho que lo motive, y ordene las diligencias ulteriores. Comprobará desde luego la existencia del delito, dando fe de las heridas, del

como policía.<sup>25</sup> La solución elegida fue encomendar al Ministerio Público la pesquisa y la preparación de la acusación. Este cambio de atribuciones dio la apariencia de una más razonable estructuración, pero no vino seguida de una reforma radical en los detalles, que es la parte importante del procedimiento, la parte trascendental de la garantía de defensa del indiciado.

Por otro lado, una escasa cultura popular, un desconocimiento de los derechos ciudadanos y un menosprecio general por la persona humana, han coadyuvado a la entronización de una práctica insoportable, han permitido que subsistan las vejaciones por parte de los agentes de un cuerpo policiaco que se pensó primeramente para obtener imparcialidad y objetividad en las pesquisas.

b) La sistematización que falta en el proceso penal abunda en el "sistema" orgánico. Allá positivamente no se sabe cuándo comienza la acción: si en la consignación, si después del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, o si en las llamadas "conclusiones". La prueba se recoge en la averiguación policiaca y "vale" definitivamente en las demás etapas: el auto de formal prisión, por lo general, se limita a "vaciar" las constancias de la consignación, y las sentencias reproducen las constancias del auto con ligeros añadidos. Los medios probatorios que pudieran sobrevenir en el proceso son recibidos por un secretario; las "conclusiones" son documentos híbridos entre demanda y alegatos, y de expresarse éstos serían peroraciones inútiles. El ofendido no es parte,<sup>26</sup> pero como interesado en la reparación del daño, puede coadyu-

cuerpo muerto, de fracturas, horadaciones, vestigios de incendio, etcétera. En seguida se asentarán las declaraciones de los reos, de los ofendidos, de los testigos, entre los cuales se consideran los peritos, examinándose a todos sucesivamente y con separación, careándose en caso de discordia. Todos, menos los reos, prestarán juramento y dirán sus nombres, estado, oficio, casa, número o letra donde viven, firmando los que sepan hacerlo" (Rafael ROA BÁRCENA, *Manual razonado de práctica criminal y médico legal forense mexicana*, México, 1869, p. 45).

<sup>25</sup> "Al presentarse para su discusión el artículo 21 en el seno del Congreso, se turnó a una comisión integrada por los diputados general Francisco J. Múgica, Luis G. Monzón, Enrique Recio y licenciados Alberto Román y Enrique Colunga, para que presentaran su dictamen. El texto primitivo del proyecto enviado por el Primer Jefe, se hallaba redactado en los siguientes términos: 'La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Sólo incumbe a la autoridad administrativa, el castigo de las infracciones de los reglamentos de policía y la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y de la policía judicial que estará a la disposición de éste.' Las ideas así expuestas resultaban confusas, pero la comisión en el dictamen formulado el 30 de diciembre de 1916, interpretó el sentir de la Primera Jefatura que no fue otro que quitar a los jueces su carácter de policía judicial e hizo resaltar la importancia de la institución, poniéndola bajo el control y vigilancia del Ministerio Público" (Juan José GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de Derecho Procesal Penal mexicano*, México, 1945, p. 123).

<sup>26</sup> Al tiempo que se encarga de recordar la expresión de Carlos FRANCO SODI, en "Código de procedimientos penales para el Distrito y Territorios Federales, comentado", México, 1946, p. 16, ALCALÁ-ZAMORA (*Síntesis del Derecho procesal*, "Panorama del Derecho mexicano", México, 1966, p. 203), replica que no es del todo

var sin accionar,<sup>27</sup> y mientras una ley le permite apelar, otra lo excluye del recurso.<sup>28</sup>

Este "proceso" que parece estar pensado para sustanciar incidentalidades, contrasta con la normatividad orgánica del Ministerio Público. Desde la Constitución,<sup>29</sup> pasando por el Código Penal, el de procedimientos penales y concluyendo con la ley orgánica misma, las potestades, las facultades discrecionales y el cúmulo de optativas que se le confieren, parecen responder a la idea de que el delito es una conducta antiministerial, susceptible de perdón, de clasificación y de valoración unilaterales. En la práctica, es la política del Ministerio Público lo que predomina. A ello debe agregarse la burocracia, la pesada maquinaria

exacto que el ofendido sea un nadie, aunque admite que se trata de una figura mal encuadrada y con atribuciones menores de las que debería corresponderle. Pese a los ejemplos que señala Alcalá-Zamora, entresacándolos de los artículos del 9 al 568 del código de procedimientos penales distrital, lo cierto es que sólo extendiendo demasiado el concepto de actividad procesal se puede calificar la intervención del ofendido como la de una parte. Si se omite mencionar todo lo relacionado con la pretensión civil reparadora, el ofendido, para lo netamente penal del proceso, sólo tiene una posibilidad: alegar en la audiencia en las mismas condiciones que los defensores (arts. 70, 360 y 379). Esto es bien poco y no parece suficiente para llamar parte procesal a un individuo que puede hablar en una audiencia que casi nunca se lleva a cabo.

27 "En otras palabras, según el pensamiento del legislador, el ofendido no es parte en el proceso penal. Claro está que ello es una interpretación del artículo transcrito (el 141 del federal y el 9º del distrital de procedimientos penales), pero es una interpretación fundada en la naturaleza pública de la acción penal... En la práctica de nuestros tribunales el ofendido no es nadie" (FRANCO SODI, *op. cit.*, p. 121). Pero adelante aclara el mismo autor: "¿Es realmente nadie en el proceso penal el perjudicado por el delito? Estimo que no... Desde el momento que aporta pruebas al juez o al Ministerio Público o a ambos, el ofendido desarrolla una actividad procesal..." (p. 122). Y sobre el punto concreto del texto, expresa: "Ahora bien, el ofendido puede por sí y en el proceso penal, previa la satisfacción de ciertos requisitos, deducir, exigir él mismo, coadyuvando con el Ministerio Público, la indemnización del daño que le ocasionó el delito y que debe pagar el delincuente, o bien traer al juicio al civilmente responsable demandándole el pago del mismo daño, dando con ello lugar a un incidente dentro del proceso. En estos casos el ofendido es francamente una parte" (pp. 122-3). Así pues, hay un supuesto en que el ofendido es parte: cuando reclama la reparación del daño: pretensión civil. Pero como para pretender la reparación es menester que el proceso lo inicie la pretensión punitiva del Ministerio Público, el ofendido sólo intervendrá como coadyuvante de una pretensión que responde a su personal derecho.

28 Mientras el artículo 417 del código distrital dice: "Tendrán derecho de apelar: ... III. El ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o éstos 'coadyuven' en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta"; el 365 federal se limita a disponer: "Tienen derecho de apelar: el Ministerio Público, el inculpado y los defensores."

29 "Reforma de trascendencia en el procedimiento penal mexicano, es la que proviene de los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de la República de 5 de febrero de 1917, que al reconocer el monopolio de la acción penal por el Estado, encomienda su ejercicio a un solo órgano: el Ministerio Público. La ley fundamental de la República en vigor, privó a los jueces de la facultad que hasta entonces habían tenido, de incoar de oficio los procesos; se apartó radicalmente de la teoría francesa y de las funciones de policía judicial que antes tenían asignadas; organizó al Ministerio Público como una magistratura independiente con funciones propias,

que lo mismo puede significar una fosa para el eterno descanso de las querellas presentadas por quienes no tienen derecho de entrada a las oficinas superiores, que una amenaza constante, ineliminable, surgida por denuncias lindantes en la represalia o la venganza.

Los medios y procedimientos de la policía judicial son más adecuados al enjuiciamiento que a la indagación. Estos auxiliares de la investigación no pueden detener sino en dos extremos constitucionalmente limitados, pero las privaciones de libertad, las molestias personales, se realizan con una constancia que debiera llamarse normalidad. Y no se trata exclusivamente del indiciado, los perjuicios se resienten por igual, ya se trate de querellantes o testigos. Los "citatorios" son de temer tanto o más que una orden de ser conducido por la policía, porque en el primer caso ni siquiera cabe alegar el perjuicio concreto.<sup>30</sup>

En un clima legal como el ahora considerado, la pretensión de caracterizar al proceso en vista del principio de acusación, tropieza con una dogmática que fuerza a suponer que la estructuración vigente es la única normatividad que debe observarse. Y si el análisis se ha de limitar a un "sistema" por el hecho de su positividad, la solución doctrinaria que le califica de "mixto" es apenas explicable.

c) Si "lógicamente" se procediera a establecer una "dependencia funcional" entre el proceso y el principio acusatorio, la conectiva tendría que hacerse sobre la base del proceso. Sería éste, y no el principio, la "variable independiente", porque la naturaleza del proceso no depende de la consistencia del principio, sino que el último ha de explicar la orientación a respetar en la regulación positiva.

Por fortuna la existencia de un proceso en lo penal es fácil de localizar, no se necesita traer el ejemplo inglés, que excelente y todo, sería difícil de trasplantar por las razones políticas y sociales que ya se han mencionado. En realidad la misma legislación mexicana contiene manifestaciones netamente procesales, aunque matizadas por la intervención peculiar del Ministerio Público, constitucionalmente impuesto como titular único de la acción.

Si se hace caso omiso momentáneo de esas particularidades, el proceso

y sin privarlo de su función de acción y requerimiento, lo erigió en un organismo de control y vigilancia en las funciones investigatorias encomendadas a la policía judicial, que hasta entonces habían sido desempeñadas por los jefes políticos, los presidentes municipales, los comandantes de policía y hasta por los militares" (GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 120).

<sup>30</sup>"Comparecencia ante las autoridades penales. La citación que se haga a los indiciados de un delito, para que comparezcan ante el juez que instruye la averiguación respectiva, no importa violación de garantías." "Ministerio Público. La citación para comparecer ante el agente del Ministerio Público, no puede considerarse por sí sola una violación de garantías, ya que los funcionarios de esa institución, en su carácter de agentes de la policía judicial, tienen facultades para intervenir en la averiguación de los delitos" (Tesis jurisprudencial 222 y relacionada, publicadas en la página 432 del Apéndice al t. cxviii del *Semanario Judicial de la Federación*).

aparece concretado en sus grados y en sus fases, porque esta figura institucional sólo alcanza su expresión, ahí donde el enlace del accionar va precluyendo gradualmente y progresando en los momentos conformados para una función especial y situados en serie.

El destino del proceso es la emisión de una sentencia, pero su diseño responde a necesidades lógicas ineludibles. Ante todo, el proceso tiene un antecedente, un supuesto que en lo penal es el delito.<sup>31</sup> El primer estadio procesal está adecuado a la recepción del conocimiento de las pretensiones contrapuestas del acusador y del defendido. A esta fase postulatoria sigue lógicamente la probatoria, cuyo cometido es la asunción de los medios que dotan de eficiencia a las pretensiones. La postrera fase se identifica por su objeto conclusivo, es aquella en que las partes argumentan justificando finalmente la pretensión respectiva.

Toda esta actividad está tipificada por el debate, y éste es la consecuencia natural de un comportamiento bilateral, que surgiendo en una serie graduada, exige un dinamismo que sólo puede lograrse con la proyectividad del instar de una parte hasta el reaccionar de la otra. El debate es imposible ahí donde no hay instancia que excite la respuesta ajena. Un procedimiento sin debate podrá ser averiguación o ejecución, "jurisdicción" voluntaria o providencia cautelar, pero no proceso. Y para que el debate se presente es indispensable el instar bilateral, no el simultáneo o el conjunto peticionar, sino el actuar proyectivo que nace de una conducta y pasando por el juzgador llega hasta el contrincante. Todo este esquema es el que trata de sintetizar el principio acusatorio; pero si en lugar de realizar la conectiva, del proceso penal al principio jurídico, se hiciera al revés, las posibilidades de mixtura aparecerían de inmediato desnaturalizando lo que tantos siglos de experiencia han mostrado como el más acabado instrumento de juricidad.

#### 4. *Lo inquisitorial*

Si el vocablo inquisitorio se limita a significar la decisión del acusador, la problemática procesal penal en sus tres ámbitos: el metódico, el técnico y el teórico, se simplifica y aclara. Metódicamente no habrá

<sup>31</sup> Para BELING (*op. cit.*, pp. 62 y ss.), el criterio aceptable es el contrario: "La admisibilidad de la persecución penal no se condiciona por la existencia de la punibilidad. La admisibilidad de aquella es por completo independiente de ésta. 'El proceso no nace del delito'. A veces 'brotan' los procesos de simples sospechas, tal vez sin fundamentos, y el derecho permite que se lleve a cabo, sin someter este permiso a la punibilidad verdadera." Se puede decir que en la experiencia, lo general es ver sometido a proceso a un sospechoso, y todavía cabe agregar que el "acusado" es sospechoso mientras no se decida que es responsable; pero verdaderamente resulta monstruoso que en teoría, en lógica y doctrinariamente, se diga que puede privarse de la libertad y comenzar un proceso por simple sospecha. O el acusador "sabe" y prueba, o no debe haber acusación sino investigación, búsqueda, pesquisa.

lugar a confundir investigar con acusar, dictaminar con sentenciar, ni el resto de variaciones y contrastes que surgen de atender sucesivamente cada extremo. De esta manera, quien investiga no necesariamente ha de dictaminar o acusar, quien dictamina no necesariamente ha de investigar o acusar, quien acusa no necesariamente ha de investigar o dictaminar.

El ejemplo inglés ofrece una aplicación positiva de la invariación técnica, al permitir la investigación de la policía, la acusación del abogado (*barrister*), contratado por ésta y la decisión del magistrado, todo lo cual permite que el dictamen se encargue al "General Attorney" sujeto independiente de los anteriores y quien puede opinar sobre la inconveniencia del procesamiento.<sup>32</sup>

Al no ser la investigación el dictamen ni la acusación aislados lo que caracteriza a la inquisición procesal, cuando el juzgador se encuentra dotado de potestades semejantes, sólo podrá hablarse de juicio inquisitorial si ha participado en la acusación. Esto, además de coordinar con la caracterización dada al principio, permite sostener que un juzgador que investiga (ampliación o complementación de la prueba), y un juzgador que dictamina (instructor), no caen plenamente en la actitud inquisitorial.

Naturalmente, no sólo es factible sino deseable que el juzgador se aparte en lo posible de la investigación (sobre todo la oficiosa) y del dictamen (distinción entre instructor y sentenciador). Pero si por exigencias de una regulación positiva, el juez es llamado a intervenir en estos casos; lo menos que puede pedirse es que no acuse, ni directa ni indirectamente.

<sup>32</sup> Del *General Attorney*, y en general del proceso penal inglés se suelen comentar algunas inexactitudes o incomprendiones; por ejemplo, GONZÁLEZ BUSTAMANTE ha dicho: "Al monopolio de la acción penal por el Estado, se opone el monopolio de la acción penal por los ciudadanos, como en la antigüedad sucedió en Roma y actualmente en Inglaterra, con un criterio atenuado. La acción penal es producto de la actividad espontánea de los ciudadanos. Sin embargo, al adoptar la Gran Bretaña al *General Attorney* se ha modificado el principio de que los ciudadanos intervengan directamente en el ejercicio de la acción" (*op. cit.*, p. 87). Por desgracia, las obras que tratan del Derecho inglés, o no son recientes, como la de Francisco BECEÑA (*Magistratura y justicia*, Madrid, 1928), o pasan de largo sobre estos puntos interesantes, como el trabajo de Alipio SILVEIRA (*La justicia inglesa de hoy*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. v, núms. 1-18, enero-junio 1955, pp. 197 a 221). Otras, como la de Gustavo RADBRUCH (*El espíritu del derecho inglés*, trad. Fernando VELA, Madrid, 1958, pp. 101 y ss.), aunque son útiles para conocer la historia de ciertas instituciones, en este caso del jurado (*Stumbling into wisdom* un capítulo de la historia inglesa del Derecho), no llegan a exponer el "sistema" legal. Por ende, conviene revisar otros libros, como el de David FELLMAN (*The Defendant's Rights Under English Law*, London, 1966, pp. 13, 28, 31 y *passim*), donde aparece que el *General Attorney* tiene la misión principal de controlar la procedibilidad de las acusaciones que los particulares y la policía, por conducto de sus respectivos *barristers*, pueden hacer a nombre de la reina y siempre que se trate de delitos privados en el primer caso o públicos en el segundo; pero no hay monopolio por parte de los ciudadanos, ni el *General Attorney* es un Ministerio Público.

Lo último ha acontecido cuando, por una indebida concepción del objeto del auto de formal prisión, se ha llegado a estimar que es el juez quien debe determinar oficiosamente el delito por el que deba acusarse al inculcado. Es verdad que algunos preceptos mencionan el extremo;<sup>33</sup> sin embargo, un criterio sano debe rechazar tal posibilidad, lo mismo que aquellos supuestos en que se habla de la obligación de exigir el ejercicio de la acusación por mandato legal.<sup>34</sup>

Se ha dicho que extirpar lo inquisitorial puede ser prácticamente inconveniente,<sup>35</sup> sobre todo cuando falta un control del acusador; sin embargo el remedio no está en mantener una técnica incorrecta, y el no acusar, el desistirse, el perdonar, no deben ser extremos que controle el mismo juzgador de la causa.

<sup>33</sup> "Art. 297. Todo auto de prisión preventiva deberá reunir los siguientes requisitos: ... II. La expresión del delito imputado al reo por el ministerio público; III. El delito o delitos por los que 'deberá' seguirse el proceso y la comprobación de sus elementos..." (Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales). La doctrina ha llegado a decir en relación a este precepto: "Se observa frecuentemente en la práctica que el juez al dictar el auto de formal prisión, lo puede hacer por un delito o delitos cuya denominación es distinta de la que utilizó el Ministerio Público al ejercitar la acción penal, lo cual es perfectamente procedente, porque lo consignado no son las denominaciones técnicas, sino los hechos, y siendo estos los mismos, no existe impedimento para que el juez en caso de estar mal calificados, les otorgue el nombre correcto" (Guillermo COLLÍN SÁNCHEZ, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, 1964, p. 285, nota 21). Con esto se tendría que admitir una aplicación más del principio inquisitorial, por la que el juzgador puede ordenar al Ministerio Público que pretenda el castigo por cierto delito y no por otro.

<sup>34</sup> "Si las conclusiones del Ministerio Público fueren de no acusación o contrarias a las constancias procesales, el juez, señalando en qué consiste la contradicción, cuando ésta sea el motivo de la remisión, las mandará, con el proceso respectivo, al Procurador de Justicia para que éste las modifique o las confirme" (art. 320, distrital).

<sup>35</sup> Así podrían entenderse las palabras de James GOLDSCHMIDT (*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pp. 68 y ss.) al decir: "El fin del procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia. Pero hay dos distintos caminos para lograr este fin. El uno es que el juzgado criminal, al considerar que hay indicios suficientes de un hecho punible, proceda de oficio y recoja por sí mismo el material, a fin de adquirir el convencimiento de la existencia del delito. Otras personas no se tienen en cuenta sino como medios de información... Esta configuración del proceso es inquisitiva... En atención a lo expuesto, la tesis muchas veces repetida de que el proceso criminal tiene una naturaleza inquisitiva, envuelve una confusión del fin esencial del proceso, a saber, la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia, con uno de los medios posibles para lograr este fin (conforme Planck, Zachariae, Glaser)." Más preciso es Abraham BARTOLINI FERRO (*El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, Santa Fe, 1944, p. 256): "Pero, dejando de lado criterios diferenciales, derivados de características que pueden o no existir o ser variables; y separada, en los dos sistemas, la forma de los principios, el criterio de diferencia entre el sistema acusatorio e inquisitivo, aparece nítidamente, según la manera como las tres funciones fundamentales, que necesariamente se descubren en todo proceso, la función de acusación y su preparación, la función de defensa y la función de decisión, están en él repartidas... Superando la forma de los principios, puede admitirse un proceso en el cual, dominando la forma acusatoria, por encontrarse en él separadas las funciones de acusación y su preparación, de defensa y de decisión,

a) El proceso penal en México se encuentra oficializado, que no es lo mismo que publicizado.<sup>36</sup> En una de las bases de su triangulación aparece el Ministerio Público, que es el órgano estatal legitimado para acusar; en el vértice aparecen los jueces y las cortes penales, que son órganos estatales competentes para sentenciar, y en la otra base se encuentra prevista la figura del defensor de oficio, que es un empleado público más. Rodean a estas burocracias personajes de entidad menor, aparentemente, que pueden alcanzar papeles relevantes, como la policía judicial, los secretarios, los peritos y hasta simples agentes.<sup>37</sup> En la penumbra y a veces en la oscuridad, se encuentran los actores del drama criminal: el delincuente, el ofendido, sus causahabientes y el civilmente responsable.<sup>38</sup>

Aunque la potestad inquisitorial no llegue a ser plena, es decir, por más que quien acuse no sentencie; prácticamente no andaría desencaminado quien viera manifestaciones inquisitivas en alguno o algunos

puedan combinarse principios inquisitivos con aquella forma acusatoria, como en nuestro proceso mixto, en el cual, en una primera faz del mismo, con la procedibilidad de oficio y la investigación de la verdad por el juez de instrucción, con iniciativa y poderes autónomos para ello, con más o menos intervención de la defensa, una limitada contradicción y una mayor o menor publicidad de los actos para las partes, rige el principio inquisitivo y en la otra faz, en la del plenario, tienen aplicación los principios y las formas acusatorias, aunque sin la oralidad y la publicidad popular."

<sup>36</sup> El vocablo publicización es uno de esos neologismos impuestos por necesidades técnicas. Se hablaba de "privadístico" para aludir a lo que corresponde al Derecho Privado, y de publicístico para referirse al Derecho Público. Si se dijera que el proceso es cada vez más publicístico, no sería difícil que se entendiera que se hace más publicidad de él o en él. Por ello, al referirse a la tendencia doctrinaria o legal, de hacer del proceso y sus elementos un objeto de la normatividad pública, Santiago SENTÍS MELENDO, expresa: "A la acción civil dedico Calamandrei uno de los trabajos más interesantes con que cuenta su labor monográfica. En ese trabajo, publicado en 1939, se contempla toda la agitada polémica sobre la publicización del proceso civil..." (*Calamandrei, el hombre y la obra*, en "Teoría y práctica del proceso", Bs. As., 1959, t. I, p. 471). Pero precisamente por ser neologismo, se habla de publicitación y otras expresiones, de entre las cuales parece preponderar la dicha publicización.

<sup>37</sup> "En cuanto al fundamental principio de inmediatividad, que debería regir siempre su recepción, se conculca, por desgracia, en la práctica y lo desconoce el legislador, al consentir que además del juzgador, único que debería hallarse autorizado por asumirla (la prueba), puedan rendirse pruebas ante el Ministerio Público, la policía e inclusive los secretarios (cfr. arts. 30 y 286, en primer término, y 94, 96, 99, 109, 118, 136, 143, 154, 180-I y 249, en segundo lugar —del código procesal penal distrital—)" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama...*, p. 219).

<sup>38</sup> "Tanto la doctrina como los ordenamientos positivos discrepan sobremanera acerca del papel que al ofendido o a quienes a causa de su muerte o incapacidad le sucedan en sus derechos u ostentan la representación legal, se les debe reservar en el proceso penal... Al damnificado se le reserva el papel de coadyuvante del Ministerio Público respecto de la responsabilidad civil directa (arts. 9 y 417 C. P. P.) y el de verdadero actor en cuanto a la subsidiaria (arts. 532-40). Sujeto pasivo lo es, también como regla, el culpable del delito, y pueden serlo terceros, en forma subsidiaria: en este caso, cabe escoger entre dos procedimientos: el incidental penal o el juicio civil independiente (cfr. art. 539)" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama...*, pp. 203-4).

de los sujetos oficiales. Basta el sentido común para predecir las consecuencias de convertir a una de las partes procesales en autoridad extrajudicial. Si en vez de hacer depender a los peritos oficiales de la estructura burocrática del Ministerio Público, se les ubicara en el cuerpo de los defensores de oficio, los resultados serían igualmente funestos y parciales. Sencillamente no tendría posibilidades de éxito una proposición semejante, ni tampoco la que llevara la policía judicial a este sector.

Pero si al juzgador se le ha privado del mando directo de la policía, y a nadie se le ha ocurrido completar la defensoría de oficio con este tipo de agentes, ni siquiera de detectives privados que pudieran auxiliarle en los casos no remotos en que sea conveniente una pesquisa de tal índole; todavía no se sabe por qué el Ministerio Público ha de tener una fuerza pública a sus órdenes y convertirse él mismo en policía para levantar actas,<sup>39</sup> para tomar después el papel de acusador.

Consignadas en el papel, estas atribuciones no se contraponen, y ni siquiera implican lógicamente una manifestación inquisitorial; pero si en vez de usar las palabras Ministerio Público se emplea el término abogado, la reunión de funciones policiales y procesales resulta artificial y forzada. Se comprende fácilmente que no existe la intención de acabar con la policía, ni siquiera con el Ministerio Público acusador, sino con la amalgama, con un estado de cosas que ya tiene carta de naturalización en México.

La unificación de funciones proviene del artículo 21 constitucional y esto le da un cierto carácter de intocabilidad. Tal vez alguien se arriesgaría a penetrar en la exégesis, buscando salidas que no hay, porque el precepto habla de perseguir y de mando inmediato de la policía. Sólo queda modificar el precepto.

b) La radicalidad doctrinaria se impone, no porque la imaginación humana esté impedida para encontrar otras soluciones, sino porque los experimentos mexicanos son lo suficientemente aleccionadores para concluir que la tarea policiaca no puede quedar encomendada, ni al juzgador ni al acusador. Siempre queda la esperanza de mejorar el servicio, de buscar sujetos más capacitados, de seleccionar agentes insobornables. Pero la justicia penal no puede esperar a que los presupuestos se aumenten, a que las generaciones de juristas superen determinados niveles culturales, o a que se descubra una veta de impecables servidores públicos.

El malestar social obedece a una situación general, de manera que

<sup>39</sup> "Las diligencias llevadas a cabo por el Ministerio Público se hacen constar en el acta de policía judicial, documento que recoge todas las actividades, las experiencias y las verdades de la averiguación. El acta no debe ser una simple relación escrita de hechos recogidos en la oficina investigadora de delitos que obedezca a una rutina para el simple cumplimiento de una fórmula obligada legalmente; sino por el contrario, el producto de una labor dinámica y técnico-legal en torno a los hechos y al sujeto autor de los mismos" (COLÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 253).

poco serviría demostrar que hay una mayoría de acusadores eficientes e imparciales. Basta que en el total del cuerpo investigador se infiltren elementos indeseables, para que toda la maquinaria se perjudique, maquinaria que, además, no se limita a los agentes del Ministerio Público, sino que se extiende interminablemente abarcando peritos y policías, oficialías de partes y mecanógrafas, secretarios y vigilantes.

Es suficiente contemplar las oficinas, el aspecto físico de los locales, para exclamar con Carnelutti: no hay pobre más pobre que el pobre preso.<sup>40</sup> Quiérase o no, desde el llamado formal que hace un agente del Ministerio Público, respaldado por la amenaza de la coacción, hay ya un presagio, la incontrolable sensación de la cercanía de ese símbolo que para la justicia eligiera el mismo Carnelutti: las esposas.<sup>41</sup>

Que una cita de la policía sea actividad persecutoria es casi ineliminable, porque su inmediato contacto con las huellas del delito le lleva necesariamente a formarse una opinión, le advierte de los riesgos de perder de vista al presunto culpable, y casi siempre le aconsejará la conveniencia de detenerlo. Pero la policía es instrumento, es apenas el factor material de la privación de libertad. Inmediatamente después ha de intervenir el abogado, el jurista que razona y que pretende el castigo. Su averiguación no está ligada, lógica ni técnicamente a la detención. La integración del cuerpo del delito y la comprobación liminar de la presunta responsabilidad le pueden ser facilitadas por la policía. Por tanto, ni la actividad pesquisidora ni la privación de libertad deben ser de su competencia. La enseñanza inglesa, permitiendo que el detenido obtenga su libertad bajo caución de la misma policía, facilita el argumento en favor de la separación de funciones, y simplifica la técnica del control del verdadero agente de la persecución: la policía, cuyos excesos y abusos pueden ser impugnados ante la magistratura, sin afectar en lo mínimo la posición del Ministerio Público, que estaría limitado al estudio y ejercicio de la acusación.

c) Como están arregladas la composición orgánica y la función procesal del Ministerio Público, ofrecen un caso singular de potestad compleja. No sentencian los agentes ni los procuradores generales, y por ello no se ajusta el caso a las notas definitivas de lo inquisitivo. Pero

<sup>40</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *Las miserias del proceso penal*, trad. Santiago SENTIS MELENDO, Bs. As., 1959, p. 31: "Cada uno de nosotros tiene sus preferencias, aun en materia de compasión. Los hombres son diversos entre sí incluso en el modo de sentir la caridad. También éste es un aspecto de nuestra insuficiencia. Los hay que conciben al pobre con la figura del hambriento, otros con la del vagabundo, otros con la del enfermo; para mí, el más pobre de todos los pobres es el preso, el encarcelado."

<sup>41</sup> *Id.*, p. 32: "Las esposas, también las esposas son un emblema del Derecho; quizá, pensándolo bien, el más auténtico de sus emblemas, todavía más expresivo que la balanza y la espada. Es necesario que el Derecho nos sujete las manos. Y precisamente las esposas sirven para descubrir el valor del hombre, que es, según un gran filósofo italiano, la razón y la función del Derecho."

en la realidad, permitir que este órgano estatal sea el árbitro de la acusación es, por lo menos, dotarle de una facultad para disponer discrecionalmente de la libertad del indiciado.

Es sumamente interesante indagar si el Ministerio Público pertenece de hecho o por derecho a la administración, si depende del Ejecutivo o es un órgano autónomo.<sup>42</sup> Sin embargo, también este tema viene a quedar colocado en un segundo o en un tercer planos, porque la no acusación, con diversos nombres y en distintos momentos procedimentales, queda a la decisión del Ministerio Público y sin el control de otra autoridad, administrativa o no.<sup>43</sup>

Así pues, los perjuicios no se limitan al fenómeno de la anfíbológica mezcla de atribuciones policíacas y procesales, sino que trascienden al más amplio campo de la penalidad, por lo mismo que las finalidades punitivas dependen de un solo sujeto. Si la dicotomía: crimen y castigo ha conducido a un tratamiento jurídico diverso para el delito y la pena, al grado de que la relación de uno no es ya la del otro, entonces conviene pensar en la situación subjetiva de cada hipótesis. En el delito hay delincuente y víctima, el primero pasará a ser acusado para los fines de la punición; pero el segundo no puede ser simplemente eliminado,

<sup>42</sup> En diferentes ocasiones y países y principalmente por representantes de la institución, se ha estudiado la independencia del Ministerio Público. Así, FRANCISQUE GOVET, *Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique* (Paris, 1926, p. 7), expresó: "Après de diverses juridictions, la loi a établi une magistrature spéciale chargée de représenter la Société et, en son nom, de requérir l'application des lois, de veiller à leur observation, de faire exécuter les décisions de justice lorsqu'elles concernent l'ordre public, de défendre les intérêts des incapables." En el "Primer congreso de procuradores en la República Dominicana" (Santo Domingo, 1940, pp. 21 y ss.), se incluyó el Tema A, concerniente a la independencia del Ministerio Público. Con motivo de la Nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, JOSÉ AGUILAR Y MAYA expuso las modificaciones en su estructura (*El Ministerio Público Federal en el nuevo régimen*, México, 1942), y en la parte relativa (p. 18) expresó: "La Constitución de 1917 y las leyes orgánicas de la institución, han venido conformando paulatinamente, cada vez con mayor precisión, al Ministerio Público, como una verdadera magistratura encargada de una función típica inasimilable a la de los otros órganos del Poder."

<sup>43</sup> "La acción penal es irrevocable, es decir, que una vez demandada la jurisdicción, el órgano que la ejercita no está facultado para desistirse de ella, como si fuera un derecho propio. Iniciado el proceso no puede esperarse otra solución que la sentencia" (GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *op. cit.*, pp. 75-6). "Al mantener el desistimiento como forma de terminación de los procesos penales, la nueva ley conserva el único mecanismo compatible con el principio de libertad de apreciación del Ministerio Público —colaborador del sistema acusatorio— a saber: la autorización del Procurador de la República para que los agentes del Ministerio Público desistan de las acciones penales intentadas, o no consignen a los tribunales, los hechos que se les denuncian, y la revisión, por el propio funcionario, de las conclusiones de no acusación. Si, a pesar de tales precauciones y debido a negligencia, equivocación o dolo de los funcionarios de la institución, queda impune un hecho delictuoso, sólo queda abierto un camino, el de exigir, a los remisos, al tenor de las disposiciones relativas de la ley sobre la materia" (AGUILAR Y MAYA, *op. cit.*, p. 65).

ya no de la reparación del daño, sino de la relación de punibilidad. La idea que preside el "sistema" penal mexicano es que el ofendido no puede hacerse justicia por propia mano. Aun si ella resulta indiscutible, cabe sostener que el delito se presenta en la ofensa personal, de modo que si la pena responde a la peligrosidad social, si es ejemplaridad, penitencia o readaptación, no por ello borra la ofensa.<sup>44</sup>

Quando se piensa que el Ministerio Público puede no acusar, se advierte que con independencia de si se cumple o no con el deber público y constitucional, irremediabilmente se deja a la víctima con doble ofensa. Bien está que se proscriba la venganza privada, pero el principio acusatorio no puede implicar un monopolio que mucho se asemeja a lo inquisitorial, por lo menos en el punto en que hay un arbitrio, una facultad incontrolable de no pedir el castigo. Que no sea factible o conveniente introducir una acción popular,<sup>45</sup> no excluye la pertinencia de la acusación particular, así sea con el carácter de coadyuvancia.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Al referirse a la participación del ofendido en el proceso penal, AGUILAR Y MAYA hizo suyas las palabras de Manduca, expresando que "la anomalía orgánica del delito produce una anomalía orgánica en el ofendido o en las personas interesadas, que se mueven siempre aparte del motivo social, por una causa psíquica y económica. El ofendido no es impulsado jamás, por un sentimiento altruista, sino por el egoísmo. Obra por un impulso antisocial, como el odio, la venganza, etc. No puede acariciar la idea de justicia un individuo que, por consecuencia del delito cometido, se encuentra en un estado de exaltación psíquica. Suponer calma en el hijo que tiene presente el cadáver de su padre asesinado; en el robado reducido a la pobreza por el robo; en el interesado que asistió a la ruina de su propia familia, es desconocer la naturaleza humana en su realidad, es sentimentalismo puro demasiado violento" (*op. cit.*, p. 61). Por su parte, CARNELUTTI (*Lecciones sobre el proceso penal*, trad. Santiago SENTIS MELENDO, Bs. As., 1950, t. 1, p. 188), explicando la repercusión del daño, desde el ofendido a sus parientes, a quienes se benefician con su trabajo o sus ganancias, a sus amigos y a la sociedad entera, concluye sosteniendo que: "Por esta vía se llega, precisamente, a concebir la *societas* o el pueblo, si queremos llamarlo así, que constituye la sustancia del Estado, no tanto como el 'sujeto pasivo' cuanto como un 'sujeto pasivo' del daño del delito." De esta manera, la doctrina justifica o al menos explica la exclusión del ofendido en ciertos extremos y apelando a razonamientos más impresionantes que lógicos; pero nada de ello sirve para eliminar totalmente al dañado u ofendido de la relación procesal, así sea para coadyuvar, si no es que para accionar directamente.

<sup>45</sup> "Un proceso, en que cualquier persona puede ser acusador, no es imposible. El proceso romano conocía, por ejemplo, la acción popular: *quivis ex populo*. podía enargarse de la acusación. La misma reglamentación tiene hoy día el proceso penal inglés y el proceso penal español. En contra de ella milita el hecho de que una persona particular no asume el molesto papel de acusador, sino por motivos personales, existiendo, por lo tanto, lo mismo el peligro de que no se acuse, aunque el interés del Estado lo requiera, que el peligro contrario de que el odio, la venganza y otros motivos basarían los orígenes procesos sin fundamento" (BELING, *op. cit.*, p. 65).

<sup>46</sup> "La acusación particular podría subsistir sobre las siguientes bases, fácilmente accesibles: que sea facultativa, en todo caso; que no retarde ni entorpezca la marcha del proceso, y que los gastos de su intervención no repercutan directa ni indirectamente sobre el acusado, quien no tiene por qué sonotrar los costas de una doble acusación. Sobre tal cimiento, el acusador particular puede ser un eficazísimo cooperador no sólo del tribunal, sino en primer término del Ministerio Público, cuya información sobre el hecho punible, sus causas, circunstancias de los protagonistas, etc., ha de presumirse muy inferior a la que posea y suministre el ofendido.

## 5. La acusación

En la órbita penal, la relación jurídica corresponde al título de la clásica novela de Dostoiéwsky: *Crimen y castigo*. Para que el sujeto activo de la primera variable (delito), pase a ser sujeto pasivo en la segunda (castigo), es menester que se sustancie un proceso y el caso quede juzgado inimpugnablemente.

La mediación de un debate, que constituye su objeto característico, se integra con la contraposición de pretensiones. En las regulaciones legales que operan con la acción pública, es la pretensión acusatoria del Ministerio Público la primera nota del debate y a ella debe seguir la pretensión absolutoria del acusado.<sup>47</sup>

En una concepción teóricamente volumétrica, la pretensión estaría ubicada en el centro y vinculada radialmente con un supuesto (delito), un requisito (acción) y un presupuesto (sentencia). En esta estructuración ni es factible que la pretensión se manifieste extraprocesalmente,<sup>48</sup> ni es posible que la sentencia se haga cargo del delito sin el debido sustanciamiento de la acción. Pero esta condicionalidad estaría incompleta si, a su vez, la acción no presupusiera un proceso, en el cual la reacción permita hacer valer una pretensión absolutoria. Tal vez por esta cualidad presupuestal de la pretensión absolutoria, se haya llegado a pensar que para ejercer la acusación es indispensable prever la defensa. En otra forma dicho, la legislación ha de partir del supuesto de que para que se exprese la defensa es necesario que se formule la acusación.<sup>49</sup>

Además, la intervención de ese otro acusador, será un poderoso estímulo para que el Ministerio Público, integrado a fin de cuentas por funcionarios, no se duerma o alérgue en el cumplimiento de su deber. Y si se nos dice que esos resultados se pueden alcanzar mediante la simple constitución del ofendido como actor civil, objetaremos que, o el actor civil se mantiene dentro de los límites estrictos de su papel, y entonces no logrará tales objetivos, o se conduce como genuino acusador, y entonces rebasa la línea de demarcación de su campo, y se implanta en los códigos una ficción, en vez de consagrarse una realidad" (Opinión de ALCALÁ-ZAMORA, contraria a la de LEVENE hijo, que aparece en las pp. 29-30 del t. II, de la obra escrita en colaboración por dichos autores, intitulada *Derecho procesal penal*, Bs. As., 1945).

47 "Además, hay que destacar que los conceptos procedimiento y debate deben separarse con todo rigor. Bien es verdad que el plenario constituye una etapa del procedimiento; pero no lo es menos que las demás etapas procedimentales están estructuradas de forma tal, que, o no corresponden a ningún debate, o aunque puedan tener lugar en ellas diferentes debates esporádicos, no se agota en ellos, ni mucho menos, esta etapa" (BELING, *op. cit.*, p. 264).

48 "Por lo tanto, la primera fase del proceso la constituye el 'procedimiento fiscal', que llega hasta la querrela y que es denominada por la ley también 'procedimiento preparatorio' y 'procedimiento de inquisición'. Después viene el procedimiento judicial..." (*id.*, p. 265).

49 "En primer término, define (el principio de inocencia) la situación del imputado como un sujeto de la relación jurídico-procesal, con poderes y deberes determinados, de manera que nunca puede ser, simplemente, objeto de una desmedida y arbitraria persecución. En consecuencia, este postulado constitucional exige que la declaración indagatoria sea la exposición de una parte, un medio de defensa, un medio para

Se admita o no esta explicación, lo importante está en las implicaciones del concepto acusación. Si un "sistema" positivo establece el llamado procedimiento "mixto" al tiempo que garantiza (aun constitucionalmente) el derecho de defensa; fácilmente acontecerá que la conectiva acusación-defensa se regule con propiedad técnica solamente en la fase procesal, pero ello permitirá la aplicación de medidas privativas de la libertad anteriores a la acusación, que estarían desprovistas de posibilidades de "defensa".

Este riesgo exige un análisis más detenido de la situación procedimental que corresponde a la acusación. Por ejemplo, cuando el artículo 19 constitucional mexicano prohíbe la detención por más de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, literalmente hace referencia al enjuiciamiento; pero la doctrina ha querido ampliar la disposición al caso específico de la detención extrajudicial,<sup>50</sup> y en este punto se invoca la fracción XVIII del artículo 107 que en la parte relativa menciona la aprehensión, la cual, según el artículo 16 del mismo ordenamiento, sólo puede librar la autoridad judicial, sin perjuicio de que la detención se decrete administrativamente.

a) La verdad es que de la terminología constitucional no se puede inferir una técnica acusatoria procesal. El binomio acusación-defensa, entendido en su común expresividad semántica, es realmente intrascendente para el Derecho. Lo que le convierte en concepto técnico procesal es su inclusión en el contexto de la serie de instancias proyectivas que constituyen el mismo proceso.

Fuera de este encadenamiento dinámico, acusación-defensa es una situación que puede darse de hecho y aun en diversos procedimientos no procesales. Propiamente esto vendría a representar en lo penal lo que el litigio, a la manera que lo entiende Carnelutti,<sup>51</sup> representa en lo civil, es decir, una discrepancia y hasta un conflicto, pero no un debate procesal. Sin duda la acusación-defensa es un dato perceptible en la averiguación policiaca, pero la inteligencia del mismo no puede llevar a confundirlo con el contraste de pretensiones que son el objeto del proceso penal.

La razón por la que la acusación-defensa en la averiguación no pasa de

afirmar la falta de fundamento de la imputación o circunstancias que atenúen la responsabilidad criminal, y no un medio de prueba, un medio para arrancar la confesión del indagado, sin perjuicio de que también constituya una fuente de convicción" (Alfredo VÉLEZ MARICONDE, *Proyecto de código procesal penal*, Corrientes, 1966, "Exposición de motivos", p. 16).

<sup>50</sup> Emilio O. RABASA y Gloria CABALLERO, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, México, 1968, pp. 72 y ss.

<sup>51</sup> "Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro" (Francisco CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO y Santiago SENTÍS MELLENDO, t. I, Bs. As., p. 44).

ser algo fáctico, es porque las imputaciones del agente, aun en caso de ser contradichas por el indiciado, no conducen a resolución alguna. Si acaso sirven para crear convicción en el investigador; pero esta actitud implicará una manifestación de autotutela, esto es, algo semejante a lo que sucedería si el deudor requerido se sostuviera en su negativa de pago: se reforzaría la intención de llevarlo a juicio.

Para que el binomio tenga "sentido" jurídico es menester que se integre dentro del proceso. Ello provocará el deber judicial de sentenciar, puesto que el dilema pretensional es un fenómeno conflictivo que contraría al orden público, esa estabilidad jurídica que conduce al castigo del culpable y a la absolución del inocente. Marginalmente cabe afirmar que si el crimen trastorna la paz social, la autotutela de la acusación trastorna al orden jurídico, porque o queda en mera imputación de la que parte la ley para imponer el deber de procesar, o se transforma en castigo sin proceso. El orden positivo que relaciona la imputación de culpabilidad con la acusación procesal, se vería quebrantado si dada la primera no siguiera la acción.

Ahora bien, cuando la Constitución habla de procesamiento, lo hace refiriéndose al auto de formal prisión en el artículo 19, y cuando se refiere a la detención por autoridad administrativa ordena poner al acusado inmediatamente a disposición de la autoridad judicial, según el artículo 16. Debería entenderse, por tanto, que el término "detenido", relacionado con el vocablo "inmediatamente", señalan ese plazo máximo de veinticuatro horas sacado del tercer párrafo del artículo 107, fracción XVIII. Lamentablemente, en este último se emplea la palabra "aprehensión", que está vinculada a la orden judicial y no a la "detención" administrativa.<sup>52</sup>

b) Si en lugar de conectar la "acusación" (procesal) con la detención, se le relacionara con la presunta responsabilidad, cobrarían sentido las palabras "inmediatamente" y "averiguación". En efecto, las pesquisas policíacas han de servir para la integración del cuerpo del delito, logrado lo cual no debe retrasarse la acusación.

El caso de urgencia, que ha originado los abusos de la práctica, quedaría igualmente precisado, porque sin la previa integración del cuerpo del delito, la privación de libertad carecería de justificación.

<sup>52</sup> "Aunque los términos de aprehensión y detención suelen usarse como sinónimos sin que en la práctica tenga gran trascendencia la confusión; para distinguirlos propiamente hay que considerar como aprehensión el acto mismo de la captura del reo, el hecho material del apoderamiento de su persona. La detención en cambio es un estado: el estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento y termina con la formal prisión o la libertad por falta de méritos a las setenta y dos horas siguientes. Por eso cuando un juez después de la declaración de un individuo que comparece por citación que se le hace, juzga necesario restringir su libertad, no se dice que lo aprehende, faltando todo elemento de violencia o sorpresa, sino que lo detiene" (Julio ACERO, *Procedimiento penal*, Puebla, 1956, p. 129).

Todo ello permite distinguir entre imputación de responsabilidad y necesidad de una medida precautoria. La acusación no se enlaza directamente con la última sino con la primera, de modo que no se ve razón alguna para que el titular de la acción tenga que tomar determinaciones sobre la detención. En el "sistema" positivo mexicano, tal hecho se explica por la circunstancia de que la policía judicial se encuentra bajo las órdenes del Ministerio Público, órgano de la acusación; pero deslindada la materia netamente procesal de los procedimientos cautelares, este arreglo legal carece de apoyo.

Naturalmente, la privación de la libertad puede efectuarse con distintas denominaciones. Cabe desde una orden de comparecencia para investigar, lo que permite mantener al sujeto en un local determinado, hasta la presentación de la persona por la policía, lo que también permite la incomunicación.<sup>53</sup> Se puede añadir que la composición burocrática auspicia el alargamiento de la detención de hecho, en virtud de que la remisión de los individuos puede hacerse de agente a agente, subiendo las escalas y pasando de un cuerpo a otro, de manera que a partir de la efectiva privación y para llegar a la consignación, sin dificultad pueden transcurrir no sólo las veinticuatro horas que marca la Constitución, sino un plazo exageradamente mayor.

Podría, pues, sugerirse la sustitución terminológica, para emplear precisamente las palabras "privación de la libertad", que, sea cualquiera el medio utilizado, la causa o el fin, siempre se producirá si el sujeto se encuentra a disposición de una autoridad o un agente. Esa privación, tanto si se conecta con una medida cautelar, como si se vincula con un procedimiento indagatorio, debe tener señalado un momento final. Las veinticuatro horas constitucionales son suficientes para que el Ministerio Público elabore la acusación, por lo que carecería de justificación un alargamiento del plazo con cualquier pretexto. Pero debe insistirse en que las funciones jurídicas del acusador y las del investigador son lógicamente diferentes, y que técnicamente es preferible que la integración del cuerpo del delito sea tarea de la policía, para limitar la del Ministerio Público al dictamen de la presunta responsabilidad, antecedente de la acusación.

<sup>53</sup> Explicaba FRANCO SODI (*op. cit.*, pp. 195 y ss.) que el plazo constitucional de setenta y dos horas comenzaba a correr a partir del momento de recibida la consignación (de actas y detenido, se supone). Ahora bien, el primer plazo constitucional de cuarenta y ocho horas tiene por objeto tomar al detenido su declaración preparatoria en audiencia pública, de manera que la llamada garantía que prohíbe la incomunicación (art. 20, frac. II constitucional), viene a surtir efectos hasta iniciado el proceso ante el juez; pues como observa el mismo autor, "el periodo llamado averiguación previa, que en mi concepto no forma parte del proceso penal judicial, puesto que sirve precisamente para preparar la acción penal", no queda dentro de la garantía constitucional y, por ende, opera de plano la incomunicación del detenido.

c) Si han surgido discrepancias respecto al momento en que se expresa la "acusación" (procesal), es porque la mixtura procedimental ha propiciado una desorientación funcional. La averiguación, que razonablemente debería corresponder tan sólo a la policía, se ha convertido en tarea, no ya del Ministerio Público, sino del mismo juzgador, a quien se le ha encomendado una fase denominada instrucción, cuyo objeto parece ser una indagación.<sup>54</sup>

La complicación entre lo procesal y lo policiaco, obedece principalmente a esa circunstancia peculiar de lo penal, que por diversas causas desemboca inmediatamente en la privación de libertad. De esta manera, el juzgador mexicano tiene una primera misión: el estudio de la justificación de la detención. A una resolución inicial, consistente en la orden de aprehensión, sigue más tarde otra preponderantemente cautelar de formal prisión. Las actuaciones en este procedimiento tienen relevancia especial para la libertad del indiciado, de manera que fácilmente se inclinan los doctrinarios por el aspecto cautelar, y llegan a disminuir la trascendencia procesal de las instancias.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> En realidad, la doctrina ha presentado una explicación discutible o, al menos, confusa al decir: "La carga de la prueba o sea la determinación de la persona obligada a aportar pruebas, no existe en materia penal, pues nadie, en particular, está obligado a aportar determinadas pruebas para acreditar ciertos hechos y todos están obligados a ayudar al esclarecimiento de la verdad histórica. Así, pues, no es válido el principio: quien afirma está obligado a probar, pues la búsqueda de la verdad, en materia penal, es independiente de que, quien afirme pruebe o no su aseveración. El artículo 248 del código del Distrito Federal es una supervivencia de sistemas pretéritos sin ninguna vigencia en el presente. Afortunadamente, como dice Franco Sodi, la presencia del artículo 314 del mismo código, que consagra el principio de la libre iniciativa del juez en la búsqueda de la verdad, salva a ésta (y hace nugatorio el artículo 248), ya que si el juez estuviera maniatado para hacerse de pruebas, tendría que conformarse, no con la verdad histórica, sino con las afirmaciones demostradas por las partes" (Manuel RIVERA SILVA, *El procedimiento penal*, México, 1944, p. 168). Pero más adelante (*id.*, p. 170) el autor dice: "Si el juez no puede ser órgano de prueba, todos los demás sujetos procesales sí lo pueden ser con excepción del Ministerio Público que, por la naturaleza de su función, no puede tener ese carácter." La idea, según Rivera Silva, es que el órgano de prueba es, siguiendo a Florián, quien ministra en el proceso el objeto de prueba (p. 169). De todo este complicado panorama, resulta que todos deben buscar la prueba, que el Ministerio Público no es órgano de la prueba, y que en el órgano de prueba se distinguen dos momentos: a) el de percepción, y b) el de aportación (p. 170). Como el juez no puede ser órgano de prueba, no se entiende cómo tiene iniciativa probatoria, ni siquiera considerando que no sea él personalmente quien aporte la prueba (lo cual sí puede hacer, pues el artículo 124 distrital dice: "Para la comprobación del cuerpo del delito, el juez gozará de la 'acción' más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta").

<sup>55</sup> "Menos exigente es y tenía que ser en lo que toca a los datos sobre la intervención y la responsabilidad de tal o cual persona detenida. Ninguna comprobación completa podría pedirse en este punto. Aun se puede opinar que contrariamente al principio general de que en caso de duda debe estarse a lo más favorable al reo;

Pero en una comprensión abstracta del fenómeno, no puede admitirse que un sujeto sea consignado ante un juez penal para el dictado de una medida cautelar que le priva de la libertad, sin que medie una acusación. Que ésta sea más o menos suficiente para pretender el castigo final, que se le entienda como la presentación de un caso *prima facie*, es totalmente secundario. Un presunto responsable de la comisión de un delito podrá tener el carácter técnico de indiciado, en vista de que las pruebas no son suficientes para llegar al fallo definitivo; sin embargo, el Ministerio Público, en el "sistema" de acción pública, ha de ejercer la acusación desde el inicio de este procedimiento, porque de otro modo faltaría justificación a todo el trámite judicial, sobre todo mediando la privación de libertad.<sup>56</sup>

Más aún, si el Ministerio Público no tiene detenido al indiciado y promueve su privación de libertad, la promoción no puede tener naturaleza policial. El Ministerio Público ha de estar convencido de la presunta responsabilidad, y la policía ha de contar con la integración del cuerpo del delito, porque incoar un procedimiento de molestia sin razón suficiente es totalmente contrario al principio constitucional. La solicitud de orden de aprehensión es ya una "acusación", es indudablemente una declaración de voluntad y no un mero pedido de auxilio judicial. No se intenta que el juzgador coopere con el acusador para que éste pueda tener a mano al indiciado. Se quiere procesar y se pide algo que tiene para el Derecho la mayor trascendencia, la privación de libertad. Si el juzgador accede a lo pedido, no puede ignorar la imputación que hace el Ministerio Público, imputación que tiene todo el sentido procesal por hacerse ante el tercero imparcial.

aquí se debe estar a lo más desfavorable. Sólo habla aquí la ley de una presunta, de una probable responsabilidad que puede acreditarse quizá con los mismos datos que bastaran para la aprehensión. La probabilidad por lo demás no excluye la duda sino que por el contrario la implica" (ACERO, p. 137).

56 "En todo caso, la detención y la prisión preventiva deben tener un carácter estrictamente cautelar, y jamás el significado de un comienzo de castigo. El Estado no tiene 'derecho' de punir a quien todavía es inocente; sólo tiene el 'derecho' de asegurar la efectiva vigencia del orden jurídico, de evitar que la ley no se pueda cumplir. Por consiguiente, la desmedida coerción que autoriza el código vigente (con respecto a la detención y a la prisión preventiva) no se ajusta a los conceptos antes expresados. No hay limitación alguna que derive de la gravedad del delito que se investiga, deducida de la cantidad y calidad de la pena amenazada. La ley responde a la idea medieval de que el proceso no puede sustanciarse si el imputado no está preso, y se nutre de un olímpico desprecio a la libertad. La policía y el juez de instrucción tienen autorización para ordenar automáticamente la prisión del denunciado, como si los antecedentes de éste o la levedad del hecho que se le atribuye no justificaran muchas veces sólo una simple citación" (VÉLEZ MARICONDE, *Exposición de motivos del Proyecto de Código procesal penal para la Provincia de Corrientes, op. cit.*, p. 17).

## 6. El complejo de pretensiones

En una organización como la mexicana, donde las estructuras se multiplican y dividen, la competencia se ve también multiplicada en un sentido y reducida en otro. Esta proliferación incluye, naturalmente, códigos procedimentales y leyes de los distintos órganos. La variedad ha sido motivo de consideración en anteriores congresos<sup>57</sup> y se ha recomendado la uniformación si no es que la unificación.<sup>58</sup> Pero mientras se alcanza la meta, el fenómeno trasciende hacia el significado de las pretensiones, y es necesario recapitular sobre su pluralidad que, en cierto momento, produce un complejo.

Realmente no se trata ni de la conocida acumulación de pretensiones civiles y penales, ni siquiera del problema de la tripartición de órdenes jurídicos: federal, distrital (que abarca los territorios federales) y estatales; sino de una situación que se supondría totalmente desaparecida en cuanto el artículo 13 constitucional ha proscrito los tribunales especiales, aunque ya desde este precepto se prevé el llamado "fuero de guerra".

Desde luego debe recordarse el régimen disciplinario que, si bien alguna parte de la doctrina<sup>59</sup> excluye de lo estrictamente penal, no deja

<sup>57</sup> Cfr. "Revista de la Facultad de Derecho de México", núms. 37-40, enero-diciembre 1960, *Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales*, ponencia a cargo de Niceto ALCALÁ-LAMORA y CASTILLO, pp. 265-309.

<sup>58</sup> "Al reanudar la sesión el Presidente sometió a votación los puntos resumidos por el relator (Lic. Abelardo Casas) como sigue: 1º Sí se considera conveniente que existan códigos procesales únicos, tanto civil como penal. 2º Sí se considera conveniente llegar a tal unificación por una reforma constitucional que faculte al Congreso General de la República para expedir tales códigos únicos. 3º Sí se considera conveniente llegar a la uniformidad de los códigos procesales por la expedición que haga cada entidad federativa de códigos procesales iguales. 4º Si se recomienda que profesores y profesionales del Derecho creen un clima favorable para el medio de unificación aprobado. Se hace constar que la votación se tomó de acuerdo con el Reglamento, en primer lugar a los congresistas mexicanos, con el resultado que se asienta en seguida, y, en segundo lugar, a los congresistas de otras nacionalidades. El punto primero se aprobó sólo con un voto en contra emitido por el Dr. Gabriel García Rojas, que lo razonó diciendo que no se le había demostrado la necesidad de la unificación de los códigos, que se discutió. El punto segundo fue rechazado por votación unánime. El punto tercero se aprobó con sólo un voto en contra, emitido por el Dr. García Rojas. El punto cuarto se aprobó igualmente con sólo un voto adverso del Dr. Gabriel García Rojas" (*Debate sobre la unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales*, "Rev. de la Fac. de Der. de México", *op. cit.*, p. 345).

<sup>59</sup> "El proceso penal se distingue también del procedimiento disciplinario por su naturaleza jurídica y por las consecuencias que de ella derivan, por más que ambos tengan carácter jurisdiccional, cuando la sanción disciplinaria no sea aplicable sin un juicio previo (no es al objeto del procedimiento a lo que se debe atender, sino a las formas, para admitir o excluir el carácter jurisdiccional). Los dos procesos se diferencian con ocasión del diverso objeto, que, respecto del primero, es una pretensión punitiva derivada de un delito, o sea de un hecho previsto por la ley de manera precisa, prohibido a todos sobre la base de la sola relación de sujeción general de los particulares frente al Estado y sancionado con 'pena'; en cuanto al

de repercutir en el tema de la privación de libertad a través del arresto, ya sea el que dictan los tribunales o el que impone la autoridad administrativa.<sup>60</sup> A su lado se encuentran las medidas de seguridad que aplicables *ex delictum* y por la autoridad administrativa, según entiende también cierta doctrina,<sup>61</sup> conforme al artículo 24 del Código Penal son de la competencia judicial.<sup>62</sup>

Pero aun dentro del sector específico de las penas, las hay que tienen un verdadero tribunal especial, y otras que pueden dictarse aun sin juicio penal. Como el catálogo que ofrece el citado artículo 24, contiene penas propiamente dichas como: la prisión, la relegación, la sanción pecuniaria, la suspensión, privación de derechos, la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, la publicación especial de sentencia y la suspensión y disolución de sociedades;<sup>63</sup> resulta que tales sanciones requieren, en determinadas hipótesis, la intervención de jurados<sup>64</sup> y, en otras, se encuentran reguladas como medidas de tipo, si no cautelar, al menos provisional, que pueden ser impuestos oficiosamente y de plano.<sup>65</sup> Son todas estas circunstancias las que obser-

segundo, en cambio, es una pretensión punitiva que nace de una infracción de especiales deberes funcionales o profesionales, o sea, de un hecho por lo común no precisado por la ley, prohibido solamente respecto de los que se hallan con el Estado en una relación de sujeción particular, y reprimido con sanción diferente de la pena" (MANZINI, *op. cit.*, vol. I, p. 111).

<sup>60</sup> "Las penas se fundan en la culpabilidad; las medidas de seguridad en la peligrosidad. Por ello las penas sólo corresponde aplicarlas *post delictum* y por determinación de los tribunales penales; y las medidas de seguridad son aplicables *ex delictum*, correspondiendo su aplicación a la autoridad administrativa. El c.p., confundiendo penas y medidas de seguridad, autoriza también la aplicación de estas últimas por los tribunales penales" (Raúl CARRANCA TRUJILLO, *Código penal anotado*, México, 1962, p. 144).

<sup>61</sup> "El art. 24 comentado cataloga las penas y medidas de seguridad, pero sin clasificarlas, lo que sí hacen otros códigos. De ellas sólo no son aplicables por los tribunales penales las señaladas en el apartado 17... Mientras el C.P. de 1871 contenía también la materia de las faltas, el de 1929 y el vigente la han erradicado, con buen acuerdo por no ser su lugar adecuado el C.P. No así en cuanto a lo relativo a los menores infractores no obstante corresponder ello al Código de Menores y no al Penal" (CARRANCA, *op. cit.*, pp. 144 y 292).

<sup>62</sup> "Del catálogo contenido en el art. 24 comentado sólo son medidas de seguridad las correspondientes a los apartados 3 y 17. Tienen carácter mixto de penas y medidas preventivas las de los apartados 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 15. Y son propiamente penas las de los apartados 1, 2, 6, 12, 13, 14 y 16" (CARRANCA, *op. cit.*, p. 144).

<sup>63</sup> Ver nota 62.

<sup>64</sup> "Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:... VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y Partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa, contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación" (*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, dada en el Salón de Sesiones del Congreso Constituyente en Querétaro, a 31 de enero de 1917).

<sup>65</sup> El artículo 24 del Código penal considera como penas y medidas de seguridad, las que CARRANCA TRUJILLO (*op. cit.*, p. 145) califica de penas o medidas preventivas accesorias, a saber: la pérdida de los instrumentos del delito (apartado 7), la con-

vadas desde el exterior de la "sistematización" positiva, ofrecen un panorama complejo en alto grado y, obviamente, susceptibles de contradicciones y lagunas, de errores técnicos y de inadecuada regulación, lo que, también manifiestamente, produce desconcierto y repulsa del observador, pues no sólo el justiciable, sino la misma autoridad se ven sometidos a un régimen impreciso e ineficaz.<sup>66</sup>

a) Los dos cometidos del Derecho Penal quedan concentrados en los conceptos de la reparación del daño y de la ejemplaridad. Las variaciones que ha venido ofreciendo la doctrina,<sup>67</sup> desde hace mucho tiempo, pueden inducir a una polémica en torno al alcance de cada término y aun respecto a la conveniencia de modificarlos; pero a menos de restar significación verificable al vocablo pena, habrán de considerarse las dos posibles consecuencias del delito, hacia el ofendido y respecto a la sociedad, como los fines lógicos de la pretensión punitiva.

La relación jurídica crimen-castigo, responde a la "lógica" función de interdependencia, formada por el daño y la expiación. Estas variables han sido efectivamente "invariadas" legal y doctrinariamente, de manera que, no siempre con respeto riguroso del método, se han conectado: el daño con la represión o con la prevención, y la expiación con la culpa o el peligro. Ello sin mencionar posteriores variantes, que excluyen la culpa aun existiendo el daño o la expiación aun habiendo responsabilidad. El producto final ha sido un cuadro discutible y caustico que distorsiona y dificulta la acusación.<sup>68</sup>

fiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas (apartado 8), la amonestación (apartado 9), el apercibimiento (apartado 10), la caución de no ofender (apartado 11), la suspensión o privación de derecho (apartado 12), la inhabilitación, destitución, o suspensión de funciones o empleos (apartado 13), la publicación especial de sentencia (apartado 14), la vigilancia por la policía (apartado 15) y la suspensión o disolución de sociedades (apartado 16). Ahora bien, otras leyes y reglamentos administrativos como los atinentes a la materia aduanera, sanitaria, etcétera, autorizan muchas de estas medidas: destrucción de sembradíos de estupefacientes, comiso de contrabando, y aun la ley de amparo regula la suspensión del funcionario que desobedece las resoluciones de los juzgadores.

<sup>66</sup> "La responsabilidad penal de los funcionarios del Poder Judicial del orden común se encuentra comprendida en las leyes antes mencionadas, con los defectos que señalaremos; y, con relación a la responsabilidad administrativa, puede decirse que existe una anarquía e indefinición manifiestas en las normas legales que a la misma se refieren: no pueden determinarse, con exactitud, las infracciones consideradas como faltas, ni, mucho menos, señalar cuáles de estas últimas son graves o leves, pues la Ley Orgánica de los Tribunales deja esta apreciación al juicio del funcionario que impone la sanción. El Código de procedimientos penales, en su artículo 668, toma en cuenta la sanción para considerar las infracciones como faltas o delitos" (Alberto BREMAUNTZ, *Por una justicia al servicio del pueblo*, México, 1955, pp. 110-1).

<sup>67</sup> "Reducida en un principio a la simple represión mecánica —mera contención, pudiéramos decir—, la pena privativa de la libertad ha evolucionado aceleradamente hacia horizontes técnicos" (Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Asistencia a reos liberados*, México, 1966, p. 29).

<sup>68</sup> "La dogmática jurídica moderna fija el concepto de delito a los efectos técnico-jurídicos, así: es la acción antijurídica, típica, imputable, culpable y punible, en

En efecto, acusar es imputar el crimen cometido a un sujeto determinado, con la doble finalidad de la reparación del daño y la ejemplaridad del castigo. Pero cuando la expiación pasa por los grados de la venganza y la composición al nivel de la represión, la ideología dominante puede entender por reprimir una nueva mixtura de castigo y prevención, como cuando el artículo 2º del Código Penal habla de confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado, pérdida de los instrumentos del delito, confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas, amonestación, apercibimiento, caución de no ofender y vigilancia de la policía.<sup>69</sup>

las condiciones objetivas de punibilidad. Acción quiere decir acto u omisión, elemento físico del delito. La acción antijurídica es la que se opone a la norma cultural, subsumida en la penal. La acción típica es la que se adecúa al tipo legal, hipótesis de conducta humana consagrada en la ley. La acción imputable es la atribuible a un sujeto en vista de su capacidad penal. La acción culpable es la imputable y responsable, es decir, la que corresponde reprochar al sujeto. La acción punible es la que en la ley está conminada con una pena, la que sirva de presupuesto a la pena, requiriéndose en la ley condiciones objetivas para su justificación, como son todas aquellas que con tal carácter se incluyen en el tipo..." (CARRANCA, *op. cit.*, p. 33). Después de estas discriminaciones sobre la conducta punible, vienen los estudios sobre la finalidad de la pena y se entra en el Derecho penitenciario, donde ha cobrado "vigor bajo la decisiva influencia del positivismo, estudioso de la etiología criminal y persuadido, por tanto, de la urgencia de remover en lo posible, o al menos neutralizar por vía de prevención especial, las causas que determinan en el hombre concreto la conducta delincuente" (GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 30). No es de extrañar, entonces, que se llegue a concebir la finalidad del proceso penal como la búsqueda de medios de rehabilitación o readaptación del delincuente. En esta vía, la separación entre falta y medida de seguridad se hace más nebulosa tratándose de menores, enfermos mentales, etcétera. Es sintomático el pensamiento de CARNELUTTI (*Prolesión. La lucha del Derecho contra el mal*, en "Lecciones sobre el proceso penal", *op. cit.*, I, p. 46), que expresa: "Verdaderamente, para ejercer una eficacia represiva del delito, la pena debe ser penitencia. He aquí, entre tanto, el segundo término a contraponer a la medida de seguridad: mientras a ésta se opone la pena, lo menos que se puede decir es que también pena se convierte en una palabra ambigua, la cual una vez se contrapone a la medida de seguridad y otra vez la comprende; se contrapone a ella cuando quiere significar el medio de represión del delito, la comprende cuando quiere denotar, en cambio, el medio de lucha contra el delito. Estas ambigüedades, dentro de los límites de lo posible, deben ser evitadas. Y aquí la posibilidad salta a la vista; de la diagnosis, en efecto, que hemos tratado de llevar a cabo sobre la medida represiva, surge espontánea la palabra que ha de sustituir a pena en este segundo sentido más restringido; puesto que la pena reprime el delito a través de la penitencia, ¿por qué no hablaremos, pues, en antítesis a la medida de seguridad, de medida de penitencia o medida penitencial?"

<sup>69</sup> "La naturaleza jurídica de las medidas de seguridad es aún discutida. La dificultad del problema consiste en que dichas medidas —las últimas en llegar al campo de la dogmática penal— están limitadas, por un lado con las penas, y por otro con las medidas de policía, de las que al mismo tiempo pretenden distinguirse... En definitiva, las penas y las medidas de seguridad forman dos grandes sectores, paralelos y yuxtapuestos, si no contrapuestos, del Derecho penal en sentido amplio: el uno realiza el Derecho represivo; el otro, el Derecho preventivo (administrativo, no penal propiamente)" (Giuseppe MAGGIORE, *Derecho Penal*, trad. José J. ORTEGA TORRES, Bogotá, 1954, vol. II, pp. 397 y 401).

Un poco más adelante, el castigo puede perder el cometido de ejemplaridad, para quedar en la finalidad penitenciaria de resocialización, readaptación o rehabilitación;<sup>70</sup> lo cual induce a una paralela modificación en el acusar, que a través de una abstracción del derecho de acción, logra una posterior conectiva entre ésta y la pretensión absoluta, lo que permite hablar de sentencias penales de condena, declarativas y constitutivas.<sup>71</sup>

Así pues, con sólo el movimiento lógico de las variantes, la pretensión en lo penal, ese centro de la estructura volumétrica que explica las relaciones entre el crimen, el proceso y el castigo, se muestra compleja y complicada. Compleja como término unitario en el que se funden fines y finalidades de diversa índole; complicada por cuanto sirve para prevenir o reprimir, condenar o absolver, reparar o readaptar, según los casos, los individuos, las circunstancias y la política legislativa o de la doctrina dominante.

b) Un primer paso hacia la sistematización lógico jurídica ha sido dado, cuando la doctrina<sup>72</sup> proclama que los delitos llamados privados

<sup>70</sup> "El objetivo técnico y rehabilitador que venimos analizando, se ha concretado en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955)" (GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 32).

<sup>71</sup> "Si la acción es un Derecho abstracto de promover la actuación y la decisión jurisdiccionales con respecto a una determinada relación de Derecho material, la que se ejercita en el proceso penal (cuya esencia no difiere de la atribuible a la acción en general) tendrá por finalidad, justamente, la promoción de tales actividades del órgano jurisdiccional. Aun cuando es cierto, como algunos autores han sostenido, que la acción penal (en estricto sentido) es siempre de condena, y que a través de la misma se hace valer la pretensión punitiva, orientada al castigo del culpable, también es preciso tomar en cuenta que al M. P. incumbe un preciso saber de objetividad (de donde su paradójico carácter de parte 'imparcial' o de buena fe) y que no ha de procurar, a todo trance, sólo la condenación del culpable, sino con el mismo empeño la absolución del inocente. Por todo ello, preferimos ver en la acción que se ejercita en el proceso penal, el medio de hacer valer, no ya simplemente y en todo caso la pretensión punitiva, sino mejor, la llamada pretensión de justicia penal. De tal suerte, el objeto de la acción sería tanto condenatorio como absolutorio (esto es, acciones de condena y declarativa; aún podría agregarse otra de carácter constitutivo), porque no es ya la condena lo que siempre se busca, sino la realización de la justicia penal" (Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *La acción en el proceso penal*, ponencia al Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, *cfr.* "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. XII, enero-marzo 1967, núm. 65, pp. 158 a 160). Así expresado, parecería que en el proceso civil no se busca la justicia civil, pues no hay acto que demande para que se absuelva al demandado; por lo demás, el Ministerio Público queda convertido en conjuer, sin dejar de ser acusador, o por lo menos, mientras no deja de serlo para tomar el otro papel.

<sup>72</sup> "Nosotros siempre hemos creído que no deben existir delitos perseguibles por querrela necesaria, debido a que el Derecho penal tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y, por tanto, no debe abrazar situaciones que importan intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe éste perseguirse independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida y si el acto, por cualquier razón, vulnera únicamente intereses particulares, este acto debe desaparecer del catálogo de los delitos para irse a hospedar a otra rama del Derecho" (Manuel RIVERA SILVA, *El procedimiento penal*, México, 1944, p. 97).

no deben considerarse tales delitos. La propuesta es razonable, porque si el cometido penal se integra, tanto por la reparación del daño como por la ejemplaridad, cuando el primero sólo interesa a un particular, al grado de que además de hacerse necesaria su querrela, cabe el desistimiento de la acusación por el perdón del ofendido, entonces la finalidad social se ha perdido.

La experiencia de otros países, especialmente los anglosajones, permite asegurar que aun en los supuestos de daños graves, no sólo a los bienes sino a las personas,<sup>73</sup> la reparación por vía civil es más efectiva y satisfactoria. Eventualmente debe recordarse que los medios de apremio en lo civil<sup>74</sup> pueden alcanzar niveles adecuados a la obtención del mandato judicial, de modo que no cabe siquiera suponer que al perder su calificación penal, la pura reparación deja de contar con las seguridades jurídicas necesarias.

Desde luego no se intenta eliminar totalmente la acumulación de pretensiones, porque hay casos en que la reparación depende casi por entero de la responsabilidad penal, y tal vez en ello se haya fundado la jurisprudencia al indicar que si no existe culpabilidad del procesado, es antijurídico pretender que se le condene a la indemnización civil;<sup>75</sup> pero de ahí no se sigue, ni que siempre deban ir unidas ambas pretensiones, ni que sea necesario, como quiere el Código Penal en su artículo 29, que la reparación sea parte de la sanción pecuniaria que, por ende,

<sup>73</sup> "La indemnización más característica (y quizá la más antigua) de las proporcionadas por nuestros tribunales, es la determinación de la suma de dinero que deberá ser pagada a la parte dañada por el autor del daño (utilizando el término en su más amplio sentido, de modo de incluir también a quien haya dejado de cumplir con una obligación contractual). El fallo toma la forma de un fallo monetario, idéntico al que se dicta en caso de deuda, y por lo general es posible implementarlo, como en ese caso, sólo por procedimientos contra la propiedad del deudor. Sin embargo, en ocasiones por daños personales físicos, y en algunos casos por otras clases de acciones por daños, es posible disponer la prisión durante tiempo limitado por falta de cumplimiento del fallo que ordenaba el pago. Este caso debe ser estudiado posteriormente. En ciertos casos (especialmente los de accidentes que ocupan tanto tiempo en nuestros tribunales civiles) la determinación de la suma que deberá pagar para compensar al actor por las heridas recibidas requiere un pronóstico del futuro" (Lewis MAYER, *El sistema legal de los Estados Unidos*, trad. Ernesto WEINSCHELBAUM, Bs. As., 1958, pp. 208-9).

<sup>74</sup> "Podemos, por otra parte, afirmar que el apremio es un medio de hacer cumplir cualquier determinación judicial, sea ésta dictada antes del juicio, en el juicio o en ejecución de sentencia; en cualquier jurisdicción, sea contenciosa o mixta; en cualquier fuero, civil, mercantil o penal; en cualquier categoría del tribunal; aun en asuntos de menor cuantía; en materia de trabajo, de amparo y fiscal; hasta el Ministerio Público tiene facultad para usar medios de apremio para hacer cumplir sus determinaciones" (Roberto MOLINA PASQUEL, *Contempt of Court*, op. cit., p. 227).

<sup>75</sup> "Si no existe certeza de la culpabilidad del quejoso en el delito que se le atribuye, lo que únicamente puede establecerse en la sentencia definitiva que en su oportunidad se dicte, es antijurídico pretender que le condene a la indemnización civil proveniente de un delito del que no se le ha declarado responsable" (tesis 918, p. 1706, Apéndice al t. CXVIII del *Semanario Judicial de la Federación*).

deba ser perseguida exclusivamente por el Ministerio Público, en cuanto único titular del accionar.

Es cierto que cuando la misma reparación deba exigirse a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará como accidente; <sup>76</sup> pero con esta explicación legal no se resuelve el problema inicial de la indemnización por parte del acusado que, prácticamente, queda en manos del Ministerio Público, ni la cuestión anotada de los supuestos delitos privados, en que ese mismo Ministerio Público es utilizado como cobrador judicial y extrajudicial.

Esto es verdaderamente lo importante, el determinar cuándo un daño integra un delito, y cuándo tiene tal autonomía que fuerza a considerarlo como antecedente de una indemnización puramente civil. Ni conviene que toda reparación forme parte de la pena, ni es natural que sea el Ministerio Público quien accione en el mismo proceso penal como único titular de la instancia, aunque la pretensión, por obra de una complicación innecesaria, se ofrezca complejamente unitaria. Esta manera de mezclar dos relaciones de campos diversos, da lugar a serias anomalías, no siendo la menor el que el ofendido pierda toda posibilidad procesal de obtener una reparación merecida.

c) Al hablar de acumulación no puede olvidarse que el artículo 18 del Código Penal mexicano prevé el juzgamiento por varios delitos; que el artículo 58 se refiere a la pluralidad de conductas y de resultados, lo que se llama concurso ideal o formal, el cual lleva a la acumulación de sanciones; ni que la pluralidad de conductas con un solo resultado origina el delito continuado de que habla el artículo 19 o permanente según la explicación doctrinaria. <sup>77</sup>

Este fenómeno de acumulación es comprensible y justificado, y ofrece

<sup>76</sup> Generalmente se habla del incidente de reparación del daño exigible a terceros que "tiene el carácter de responsabilidad civil aun cuando sólo puede condenarse su pago a petición de parte" (Javier PIÑA Y PALACIOS, *Recursos e incidentes en materia procesal penal y la legislación mexicana*, México, 1958, p. 180); pero la palabra accidente resulta más apropiada para un problema que siendo conexo con el supuesto (delito) o el presupuesto (punicción), no es anexo del proceso penal. Por lo demás, la voz ha sido ya empleada antes en este sentido: "Que la oposición y la acción revocatoria muestren en Italia ciertas especialidades procedimentales (que, además, se podrían haber eliminado del todo o en gran parte), no es obstáculo para que, impulsado por una misma unidad teleológica, el proceso pueda ir más allá de ellas y para que, en todo caso, ambas no sean, como el propio autor (Girolamo BELLAVISTA, en "Il processo penale monitorio", Milán, 1938, reseñado por ALCALÁ-ZAMORA), sino procedimientos 'accidentales' (p. 47) del juicio" (Nicoletto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Acerca del juicio monitorio penal*, en "Ensayos de Derecho procesal, civil, penal y constitucional", *op. cit.*, p. 248).

<sup>77</sup> "Un examen sereno y profundo del problema que, en primer término, supere la antibiología que resulta de la expresión 'delito continuo', que el art. 19 emplea, arroja como irrefragable conclusión la de que el mencionado precepto hace referencia al delito 'permanente' y no al 'continuado', como hasta ahora se ha creído, merced al error producido por la antibiología indicada" (Mariano JIMÉNEZ HUERTA, *Panorama del delito*, México, 1950, p. 64).

un contraste respecto al concerniente de pretensiones civiles y penales, señalando el extremo opuesto de la escisión procesal que tampoco está ayuna de críticas.<sup>78</sup> Pero a los efectos de una teoría de la pretensión punitiva, lo que en las leyes que como la mexicana, resulta de difícil sistematización, es el hecho de que por pena se comprendan también medidas preventivas o de seguridad.<sup>79</sup>

No sólo en las leyes y doctrinas mexicanas, sino en las extranjeras, se presenta el caso de la invariación penas-medidas de seguridad. Esto crea un equilibrio inestable y una complicación de pretensiones que ofusca el sentido de la acusación. En efecto, si la realización del delito se toma como la variable independiente en la relación jurídica penal, acontece que, lógicamente, cometido el crimen sólo queda al Ministerio Público acusar. Pero resulta que en virtud de esta combinación de pena y medida de seguridad, la sentencia que castigue un crimen puede limitarse a imponer la medida.

El criterio adoptado en tres regímenes<sup>80</sup> resulta más congruente, porque siendo las medidas de seguridad de aplicación administrativa, ni las instancias pueden ser procesales, ni es conducente una acusación. En cambio, en el código mexicano, tanto la reclusión de locos, sordomudos, degenerados o toxicómanos, como las medidas tutelares para menores, se califican de penas y, obviamente, son el contenido acusatorio de una pretensión punitiva que de triunfar no logra el castigo sino la medida.<sup>81</sup>

Bastaría cambiar la invariación para establecer como constante independiente a la punición, de manera que la acusación sólo correspondería a una pretensión procesal en el caso de aquellos delinquentes que legalmente resulten imputables.

Las medidas de seguridad quedarían como la variable independiente de una distinta relación jurídica, de aquella en que el delincuente no es imputable o de una diversa formada por la simple peligrosidad. Con esto no se persigue eliminar la garantía de audiencia, ni menos introducir un procedimiento inquisitorio en el ámbito administrativo.

<sup>78</sup> "A diferencia de la acumulación, que responde al principio de economía y tiende a evitar fallos contradictorios, la escisión, de signo opuesto, presenta más inconvenientes que ventajas y deberá, por tanto, ser decretada con sumo cuidado" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama*, p. 197).

<sup>79</sup> *Supra*, nota 60.

<sup>80</sup> CARRANCA TRUJILLO, *op. cit.*, p. 144: "El Código italiano o Código Rocco (1930) enumera las siguientes medidas administrativas de seguridad: a) con detención: el aseguramiento en una colonia agrícola o en una casa de trabajo, la reclusión en una casa de salud o de custodia, la reclusión en manicomio judicial y la reclusión en reformatorio judicial; y b) sin detención: la libertad vigilada, la prohibición de ir a una o varias comunas o a una o varias provincias, la prohibición de frecuentar cantinas y lugares públicos donde se expendan bebidas alcohólicas y la expulsión del territorio nacional de los extranjeros (art. 215)."

<sup>81</sup> *Supra*, nota 62.

Lo que se busca es deslindar los campos a fin de que las pretensiones mantengan sus respectivas autonomías, pues siempre podrán implantarse los adecuados recursos y medios de control en vía judicial.

### 7. *El principio acusatorio en el proceso penal*

El significado del principio (supra 1) acusatorio (supra 3. c) se ha presentado a la manera de una proposición, que tiende a la coincidencia en la intuición intelectual del objeto mentado. No se ha querido imponer una definición, sino elegir uno de entre los fenómenos jurídicos que comúnmente se mencionan al usar el vocablo. Es por ello que se ha escogido al debate procesal proveniente del instar bilateral. Cualquiera otra aplicación doctrinaria que del principio se haya hecho queda automáticamente descartada y, en consecuencia, resultaría impertinente ahora hablar de "sistemas" mixtos, lo que no implica negar las potestades jurisdiccionales que han recibido la denominación de inquisitoriales.

En el proceso penal, como en todo proceso, hay elementos, condiciones, factores, grados y fases. Los elementos, por simples e indivisibles, son los actos indispensables para que el proceso exista; de manera que responden a esta cuantificación las instancias y los proveimientos jurisdiccionales. Las condiciones son las circunstancias de eficacia y eficiencia relacionadas con los elementos, y se clasifican en supuestos, requisitos y presupuestos. Los factores son los datos técnicamente contingentes, invariados por la normatividad positiva para hacer empíricamente realizable el proceso; tales son las reglas sobre la temporalidad y la especialidad, la comunicación y la formalidad, la organización y la división de trabajo. Los grados son la unidad compleja resultante de la invariación de los actos elementales. Y las fases son los cortes procesales, consecuencia del peculiar y distinto cometido que lógicamente se asigna a cada uno; en proceso normal, los cortes son tres: fase postulatoria, fase probatoria y fase conclusiva, pero es factible que al no mediar cuestiones de hecho, se reduzcan a dos: postulatoria y conclusiva.

Si el principio acusatorio alude al debate, y éste se forma con la contradicción de postulaciones, probanzas y conclusiones, su presencia en el proceso sólo puede darse en cuanto se respete la trilateral participación de los sujetos esenciales: juez y partes. Esta trilateralidad no es propia de otros procedimientos, como el de averiguación o el de ejecución, el cautelar o el preventivo. En éstos es observable el fenómeno de la conversión del individuo en objeto<sup>82</sup> de la conducta ajena; así

<sup>82</sup> "Bajo el dominio del principio acusatorio formal, el proceso penal se convierte en un 'proceso de partes'. En él no se enfrentan ya, como antes, el juez ('inquirente', tribunal inquisitivo) como único sujeto del proceso y el inculcado ('inquirido') como el objeto de la inquisición, sino que desde el acto de la acusación y durante todo el proceso hay tres personas en el mismo: el tribunal (el Estado, como persona

resulta apenas natural que el agente o sujeto activo, opere con el justificable sin necesidad de la espontánea colaboración de éste, quien se reputa sujeto pasivo: lógicamente es el objeto de la averiguación, de la ejecución, de la medida cautelar o del procedimiento preventivo. Sería erróneo teóricamente, inoperante desde el punto técnico e injusto en la práctica, calificar estos procedimientos de procesales.

a) Hay en la doctrina una clara discrepancia respecto al momento inicial de la acción en lo penal.<sup>83</sup> Obviamente, el sostener que se ubica con ocasión de la averiguación o de la consignación, del auto de procesamiento o de las conclusiones, lleva implícita la afirmación de que el principio acusatorio rige de modo diverso. Por ejemplo, para quienes vean el ejercicio de la acción en la primera intervención del Ministerio Público, la "reacción" procesal del indiciado se presentará desde luego, y forzosamente habrá que garantizarla legalmente. En cambio, quienes consideren que la acción comienza con la consignación, la "reacción" que concrete el principio acusatorio sólo tendrá cabida en esta oportunidad. Si se cree que el Ministerio Público acciona hasta después de dictado el auto de procesamiento, el principio acusatorio no podrá operar sino a partir de la "reacción" del acusado ligada a este momento. Y si se quiere ver en las conclusiones el verdadero accionar del Ministerio Público, será entonces que proceda el "reaccionar" procesal.

Puesto que la finalidad práctica del principio acusatorio es alcanzar la igualdad de oportunidades procesales para las partes, de nada serviría llevarlo a un procedimiento en el que técnicamente es inadecuado, como sería la averiguación policiaca. Así pues, cabe pugnar porque en esta ocasión, el indiciado está asistido de abogado, que se respeten ciertas condiciones mínimas de trato humano y legal, como son la espontaneidad en las declaraciones, el destierro de cualquier tipo de violencia, advertir al indiciado sobre sus derechos y obligaciones; pero no es acón-

imparcial), el acusador y el inculpado" (BELING, *op. cit.*, p. 64). Bartoloni FERRO (*op. cit.*, p. 50) recuerda que: "Se ha criticado la facultad que se concede al juez de iniciar el sumario de oficio, considerándose inadmisibles que la persona que ejercita aquellas funciones se convierta en una de las partes del procedimiento, ejercitando la acción que emana del delito y se sostiene que el proceso penal, para ser una garantía de justicia, debe asentarse sobre el principio *ne proceda iudex ex officio.*"

<sup>83</sup> "Equivalen (los escritos de conclusiones) a la demanda y contestación del proceso civil, pero debido a la distinta marcha de ambos enjuiciamientos, mientras éstas (salvo mediar diligencias preparatorias) inician el juicio, las conclusiones penales recaen normalmente al cabo de bastante tiempo (en ocasiones, años) de comenzada la instrucción. Coinciden, en cambio, en ser escritos polémicos, con juego de pretensiones y existencia de relación procesal entre verdaderas partes, dudosa o inexistente durante la instrucción" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama...*, p. 353, nota 805). "La jurisprudencia y la doctrina dominante se orientan en el sentido de que el ejercicio de la acción penal se inicia con el acto de consignación, que requiere la satisfacción previa de los requisitos del art. 16 Const., precepto que, sin embargo, no habla de consignación ni de acción penal, sino sólo en la porción que ahora nos interesa, de los supuestos de libramiento de orden de aprehensión" (Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *La acción en el proceso penal*, "Rev. Fac. de Der. de Méx.", *op. cit.*, p. 141).

sejable que sea entonces que se prevea el ejercicio de la "defensa", tanto porque realizada ante el investigador sería una declaración más, cuando porque hacerlo llevaría a implantar el inquisitorio puro.<sup>84</sup>

Pero consignado el sujeto ante el tribunal, no es prudente ignorar el sentido del envío de las actas con el dictamen del ministerio sobre la presunta responsabilidad. Si no se ubica el accionar en esta ocasión, se llega al absurdo de estimar que el juez efectúa nuevamente una indagación propia de la policía, y también que el acusado sigue siendo mero indiciado y por ello privado lógicamente de defensa, puesto que "reaccionar" fuera de proceso es intrascendente para el juzgador.<sup>85</sup>

Por razones derivadas de la complicación procedimental, el proceso penal mexicano se encuentra mezclado con un accidente de liberación. De ahí que esta primera parte ante el tribunal concluya con una resolución denominada auto de formal prisión (si procede). Tal circunstancia lleva a la doctrina a pensar en un procedimiento cautelar más que en uno procesal.<sup>86</sup> La brevedad de su plazo y la sumariidad del conocimiento, inducen a concluir que no se está procesando al sujeto,

<sup>84</sup> "La necesidad de separar las funciones de la instrucción de las del juez del crimen, que tiene la facultad de condenar o absolver, es indiscutible. El juez que dirige la marcha del sumario, que practica todas las diligencias que en su concepto han de conducir a la investigación del delito y de sus autores y cómplices, está expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que puedan impedir discernir con recto criterio la justicia y, por lo tanto, la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados, decía el Dr. Obarrio, en su proyecto de Código. Nos parece absurdo e incoherente reunir en una misma persona —dice Lucchini— las atribuciones de instructor y de juez; el cometido, naturalmente agresivo, pugnaz y fácilmente pasional de investigar y descubrir a los culpables de los delitos, sobre rastros más o menos aparentes y la función que debería ser toda objetiva, neutral y serena, de juzgar. En el desdoblamiento, así, de esta personalidad, las apreciaciones y las resoluciones judiciales del magistrado instructor, se refieren, más que a hechos ajenos, como debería ser, a la obra propia; y fácil es comprender cuanto deba prevalecer, aun sin quererlo, la tendencia a poner en evidencia y a tener por ciertos los útiles resultados de tal obra propia. Y para colmo de incoherencia se hace obrar al juez instructor en el secreto y con el concurso prevalente de funcionarios de policía y del Ministerio Público, cuya intervención en sus operaciones es la única que se reputa necesaria, con la facultad que se les reconoce de promover las actividades y de oponerse a su ejecución" (Bartoloni FERRO, *op. cit.*, pp. 205-6).

<sup>85</sup> "La investigación (como se llama en nuestra "jerga judicial", tomando el producto por la facultad misma), la hace el Ministerio Público ante sí y por sí, ya que a él sólo corresponde hacer uso del elemento que le permite preparar el ejercicio de su acción. En consecuencia si la investigación es el producto de la facultad de policía judicial no puede formar parte del ejercicio de la acción penal: nunca el medio preparatorio del ejercicio de la acción es el ejercicio de la acción misma. Así es que la teoría francesa por lo que respecta a la divisibilidad del ejercicio de la acción no es aplicable a México" (PIÑA Y PALACIOS, *Derecho Procesal Penal, op. cit.*, p. 97).

<sup>86</sup> *Supra*, nota 15. En torno al problema de la prisión preventiva, deben recordarse siempre las palabras de CARRARA: "Todos reconocen que la encarcelación de los imputados antes de la condena es una injusticia, ya que por sospechas demasiadas veces falaces se lleva la zozobra a las familias, y se priva de su libertad a ciudadanos que a menudo resultan honradísimos, y de los cuales el sesenta por ciento al final del proceso o al final del juicio son declarados inocentes. Pero se ha añadido que ésta es una injusticia necesaria; y la custodia preventiva ha debido ser admitida

que no hay todavía acusación, sino una petición de medida cautelar. Por supuesto que la práctica muestra algo diverso, pero la teoría se apega más a la letra que a la realidad.

b) Si el proceso se hace consistir en el juicio sinónimo del procedimiento destinado a la obtención de la sentencia de fondo,<sup>87</sup> entonces la actividad procesal del Ministerio Público se limita a pedir, probar, oponerse y recurrir.<sup>88</sup>

Lo que interesa es, consecuentemente, que la actividad de inspección se sale de lo acusatorio para ubicarse en la averiguación; y por esta circunstancia, en el momento de la consignación sólo puede pensarse en una de las actitudes restantes, es decir, en la petición, en la oposición, en la probanza o en la impugnación; y al enumerar tales posibilidades, razonablemente sólo puede optarse por el pedir.

Y no podría ser de otra manera, porque si bien la consignación no tiene una forma especial,<sup>89</sup> y en la práctica basta un oficio de remisión de constancias y la presentación del indiciado si ya está detenido, de

por las leyes penales. Necesaria, para formar el proceso escrito, para que el juez pueda interrogar al imputado por cualquier necesidad de la instrucción. Pero esta razón cesa cuando terminan los interrogatorios. Necesaria, para alcanzar la verdad, sacando al imputado los medios de sobornar o atemorizar a los testigos, o destruir los vestigios y las pruebas de su delito. Pero esta razón cesa cuando concluye el proceso. Necesaria, por la seguridad, a fin de que el imputado no tenga potestad, pendiente el proceso, de continuar en sus delitos. Pero esta razón no ha lugar cuando se trata de delitos cometidos por una ocasión o pasión especial que no ofrece los caracteres de la habitualidad. Necesaria, para lograr la pena a fin de que el reo no se sustraiga a ella con la fuga. Pero esta razón no ha lugar cuando se trata de delitos por los que se amenaza un castigo que es proporcionalmente menos grave que el destierro perpetuo de la patria. Si tales necesidades son la sola justificación posible de aquella injusticia, es manifiesto que ésta no es tolerable, y es un acto de verdadera tiranía en los casos en que cesan las razones antedichas" (cfr. Marcelo FINZI, *La prisión preventiva*, Bs. As., 1952, pp. 5 a 7, donde figura la traducción de los escritos de Francesco CARRARA que aparecieron en sus *Opuscoli di diritto criminale*; y también el *Programa de Derecho criminal*, trad. de Sebastián SOLER, Ricardo C. NÚÑEZ y Ernesto R. GAVIER, párrafos 896 a 899).

<sup>87</sup> "Alternando con 'juicio' encontramos en diversos artículos (17, 18, 23, 34, 341, 343, 363, 399) del A.Z. la palabra 'juzgamiento', que acaso conviniera incorporar a nuestro léxico jurídico, para diferenciar el juicio como acto capital del proceso, del juicio como procedimiento" (ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma procesal penal en el Perú*, op. cit., pp. 302-3).

<sup>88</sup> "Inspeccionar, pedir, oponerse, recurrir; he aquí la actividad propia del Ministerio Público durante la instrucción; decidir, en cambio, debe ser incumbencia privativa del juez" (ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma procesal penal en el Perú*, op. cit., p. 350).

<sup>89</sup> "Formalidad en el sentido de solemnidad especial, ninguna. Ni la Constitución, ni las leyes orgánicas correspondientes, ni los códigos de procedimientos penales señalan requisitos especiales, solemnidades o formas expresas a que deba ajustarse el Ministerio Público invariablemente y cuya inobservancia tuviera como resultado, por ejemplo, la nulidad de la consignación. El apéndice referido (al t. xxvii) del Semanario Judicial transcribe la siguiente ejecutoria de la Corte, íntegramente contenida en el tomo III, pág. 1402 del Semanario: 'Ninguna ley establece una solemnidad especial para formular la acción penal: basta con que el Ministerio Público promueva la incoación de un proceso para que se tenga por ejercitada la acción penal

ello no puede seguirse que todavía no haya acusación, porque la llamada primera parte de la instrucción no debe tener por objeto una averiguación.<sup>90</sup>

De otra manera expresado: existe una propensión a considerar que el juez instructor se conduce en cierta forma administrativa y que no hay propiamente ejercicio de la jurisdicción.<sup>91</sup> Si esto fuera cierto, la averiguación de los hechos se duplicaría y habría necesariamente una actividad inquisitorial del Ministerio Público y otra del juzgador.

Poco interesa reconocer que efectivamente el instructor se comporta como un pesquisidor. Esta experiencia no se compagina con la teoría del proceso y debe ser eliminada tajantemente. El auto de formal prisión no puede estimarse como una simple medida cautelar o provisional. Si se dicta es en virtud de datos que atañen al procesamiento mismo, se tiene en cuenta la presunta responsabilidad, y ésta no sale en la instrucción judicial, viene dada ya por el Ministerio Público y debe entenderse que es el supuesto de la pretensión punitiva. Si el Ministerio Público no realiza un acto específico de acusación, esto es verdaderamente secundario, pues sería contrario al sentido común suponer que una persona ha sido detenida y remitida al juez con las constancias de la averiguación, para que el instructor vuelva a revisar el expediente y lo complete con nuevas averiguaciones.

Definitivamente, la acusación se ejerce en el momento de la consignación, sea de las actas solamente o de ellas y el detenido. En el primer caso, porque no podría prosperar un pedido de aprehensión sin el fundamento constitucional que lleva a la acusación real, y en el segundo

relativa; tanto más cuanto que el exceso de trabajo en los tribunales penales, no aconsejaría ni permitiría juzgar con un criterio muy riguroso la forma de esa promoción bastando para los fines de un procedimiento regular, con que exista el pedimento respectivo" (FRANCO SODI, *op. cit.*, p. 182).

<sup>90</sup> "Si el Ministerio Público envía al juez competente las diligencias que practicó durante la averiguación previa, diciéndole tan sólo: 'Ahí tienes estas actuaciones. resuelve conforme a derecho', propiamente hablando no ha ejercitado la acción penal. Su 'consignación' realizada en tal forma, aparentemente autorizada, pues como acabo de indicar no se requiere legalmente formalidad expresa, carece sin embargo de valor porque no tiene contenido, de donde resulta indispensable determinarlo. La acción penal tiene como presupuestos un delito y un delincuente, por lo mismo su ejercicio debe, en todo momento, desde el principio hasta el fin, desde la 'consignación' hasta las conclusiones, referirse a ellos. De esto resulta que el Ministerio Público, al consignar, tiene la obligación de manifestar a quién consigna y por qué consigna, es decir, debe expresar los nombres del delincuente y del delito que motivan el ejercicio de la acción penal" (FRANCO SODI, *op. cit.*, pp. 182-3).

<sup>91</sup> "Lo que ocurre es que, en ciertos casos, la función averiguadora no la puede realizar el futuro demandante, o no le interesa hacerlo; y entonces la ley, algunas leyes, han encomendado al juez, al funcionario judicial esa labor. Ese funcionario, al actuar así, no está realizando función judicial, que es función juzgadora. Esa labor, a lo más, correspondería a otra magistratura, que sería la que, ampliamente, integra el Ministerio Público" (SENTÍS MELENDO, *Iniciativa probatoria del juez*, en "Estudios", *op. cit.*, I, p. 623, y todavía agrega en la nota 50 que el instructor en su averiguación no debe ser un juez sino un magistrado del Ministerio Público).

porque sería más censurable privar de la libertad a un sujeto con el propósito de que sea el juez quien opine sobre su presunta responsabilidad y para que ordene se proceda a la acusación.

c) Podría argumentarse que la primera parte de la "instrucción" o averiguación judicial, se justifica porque se trata de dictar una medida cautelar. Pero además de que toda medida precautoria es conexas con la pretensión punitiva por su índole penal (peligrosidad), lo cierto es que no puede decretarse una privación de libertad relacionada con un delito, si éste no ha quedado probado *prima facie*.

En el enjuiciamiento penal mexicano la mixtura ha llevado al desarreglo técnico, de manera que tal parece que se consigna para averiguar, se instruye para probar y se "concluye" para acusar. Frente a esta práctica, la teoría resulta imposible, porque no cabe explicar que se ejerza jurisdicción sin el indispensable accionar, que se pruebe sin conocer la pretensión, ni que se demande o renuncie hasta después de conocida la probanza. Estos imposibles se refieren a la teoría del proceso, no a la teoría del procedimiento, de un procedimiento cualquiera, porque la experiencia está demostrando que la mixtura mexicana además de posible es ya casi natural.

En la realidad del procedimiento penal mexicano, el principio acusatorio se ha desvanecido, y en su lugar se ha implantado aquella idea anterior a la Revolución Francesa que recordara Vélez Maricónde;<sup>92</sup> si el imputado es inocente no necesita defensor y si es culpable no lo merece. Sólo así se explica que el procesado sea mero indiciado en la instrucción judicial. Sólo así es admisible que el Ministerio Público no "acuse" al consignar y que el lapso de tres días, que como máximo establece el artículo 19 constitucional, para justificar la "detención" con un auto de formal prisión, sirva para que el detenido pruebe en descargo de algo que no se le "acusa", pero que surge de las actas policíacas.

Si el Ministerio Público no tiene verdadera intervención sino hasta las llamadas "conclusiones", y como institución de buena fe, cabe que reconociendo la eficiencia de la prueba del indiciado las formule no acusatorias;<sup>93</sup> todo ese periodo judicial ha sido inícuo, pues ha tenido

<sup>92</sup> "Esa fue la senda que condujo a proclamar, antes de la Revolución Francesa, que el imputado, si era inocente, no necesitaba defensor, y si era culpable, no lo merecía" (*Exp. de Motivos, op. cit.*, p. 14).

<sup>93</sup> "No se me oculta que en otras legislaciones se ha derivado del principio de inmutabilidad del objeto del proceso, el de irrevocabilidad en el ejercicio de la acción penal; por manera que una vez intentada por el Ministerio Público, no puede éste desistirse de él. Mas si se toma en cuenta que, entre nosotros, el sobreseimiento es una forma genérica de conclusión del proceso con análogos efectos a los de la sentencia, se advertirá la inutilidad de importar a nuestro derecho procesal una exótica figura jurídica que es incompatible en última instancia, con la esencia misma del sistema acusatorio. Por ello, en la nueva ley se conserva la norma de

por objeto castigar primero y "acusar" después, lo que se demuestra por la circunstancia de que el tiempo de detención ha de computarse en el correspondiente a la pena. En estas condiciones, de nada ha servido el esfuerzo doctrinario, poca importancia tienen los estudios históricos que se esgrimen como ejemplaridad de los yerros de la inquisición. ¿Por qué no volver lisa y llanamente a la pesquisa judicial? ¿Por qué no combinar la averiguación policiaca, la del Ministerio Público y la del juez? Al menos así serían tres a responsabilizar por los abusos de poder. Tres que se vigilarían recíprocamente o que harían más pesada la carga del indiciado, pero sin careta, sin encubrimientos y, posiblemente, con medios judiciales de impugnación. ¿Para qué un juez que averigua lo averiguado y detiene al detenido?

### 8. *Cuerpo del delito y presunta responsabilidad*

En dos momentos procedimentales tiene importancia la determinación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, que son al consignar y al decretar la formal prisión.

Las dos figuras son realmente manifestaciones de presunción subjetiva. Podrá decirse doctrinalmente que su consistencia y su función son otras,<sup>94</sup> pero vista la experiencia, cualquier acta policiaca y cualquier acto de formal prisión, acreditan que las autoridades se han dejado llevar por su personal criterio.

No importa que el título segundo del código procesal distrital, dedique su capítulo primero al cuerpo del delito (huellas y objetos del mismo), ni que haga lo mismo el federal en el título quinto, tanto en su capítulo primero: comprobación del cuerpo del delito, como en el segundo:

que el Ministerio Público puede desistirse de la acción penal, previa consulta y autorización del Procurador General de la República" (AGUILAR Y MAYA, *op. cit.*, pp. 24-5). "En otros términos: que ni el Ministerio Público, ni el acusado, ni el juez ni la defensa, pueden paralizar la marcha del proceso o darle otra solución distinta de aquella que se determine en el mandamiento judicial. Al hablar del principio dispositivo en la teoría general de la acción, hicimos la crítica de que se mantenga en el procedimiento penal mexicano el desistimiento de la acción, como si ésta tuviera, en manos del Ministerio Público, un carácter privatístico. El Ministerio Público actúa en el proceso, como representante de la sociedad que le encomienda la defensa de sus intereses. Reclamada la jurisdicción en un caso concreto, la relación jurídica planteada no debe tener otra solución que aquella que se le dé en la sentencia" (GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *op. cit.*, pp. 213-4).

<sup>94</sup> "Explicado el todo, ya podemos indicar que el cuerpo del delito se integra únicamente con la parte que empotra con precisión en la definición legal de un delito. Así pues, el cuerpo del delito es el contenido del delito real que cabe en los límites fijados por la definición de un delito legal... Para eludir la engorrosa teoría, que en este punto es sumamente intrincada y la cual no hace sino oscurecer nuestras ideas, podemos aceptar como responsabilidad la obligación que tiene un individuo, a quien le es imputable un hecho, de responder del mismo" (RIVERA SILVA, *op. cit.*, pp. 123 y 132).

huellas del delito; aseguramiento de los instrumentos y objetos del mismo. Lo cierto es que si se trata de las actuaciones policíacas, éstas se reducen a la recolección de vestigios, y si se consideran las judiciales el resultado es igual, primero porque vienen condicionadas por las anteriores y segundo porque se trata de una cuestión prejuiciada.

Ya Alcalá-Zamora ha calificado la noción de cuerpo del delito como anticuada e imprecisa,<sup>95</sup> agregando que no está legalmente deslindada de los otros dos conceptos: huellas y objetos. El verdadero cuerpo del delito, agrega más adelante,<sup>96</sup> estaría constituido por la persona o cosa objeto del mismo (el cadáver o el bien sustraído); los instrumentos serían los medios utilizados en su comisión, y las piezas de convicción, las huellas o vestigios de su perpetración. Sin embargo, el mismo autor admite que el deslindar no siempre es fácil, sobre todo en el caso de un delito medio para efectuar un delito fin, o bien cuando el instrumento para delinquir es la pieza de convicción.

Aunque resulte perogrullesco, acontece que para la existencia del llamado cuerpo del delito, es necesario que haya delito. Ni el objeto, ni los instrumentos, ni las piezas de convicción conducente al descubrimiento, sino que frente al resultado, es la sospecha o la noticia lo que inducen a la pesquisa. Si el descubrimiento se realiza porque la policía sospecha o porque alguien denuncia o se querrela, la búsqueda de los objetos, instrumentos y huellas está ya prejuiciada. En otros términos, no es el cuerpo del delito una consecuencia lógica del delito; puede ser un encuentro cronológicamente posterior, pero no científicamente necesario. Es por ello que teóricamente ha de preferirse aludir a los vestigios, noción a la que se acomodan, lo mismo el cadáver que las huellas digitales, los síntomas de una enfermedad ocasionados por delito, que el estado del paciente en las lesiones, los restos de medicinas, alimentos y bebidas en el envenenamiento, que las fracturas y horadaciones en los robos y allanamientos.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> "Forzado por el artículo 19 de la Constitución, que a él se refiere sin necesidad alguna, el C. P. P. no sólo conserva el anticuado e impreciso concepto de cuerpo del delito, sino que no lo deslinda bien respecto de los otros dos, huellas y objetos, con que aparece asociado en el capítulo inicial del título II..." (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama* . . . , p. 214).

<sup>96</sup> "En principio, el verdadero cuerpo del delito estaría constituido por la persona o cosa objeto del mismo (el cadáver, en el homicidio; el bien sustraído, en el robo); los instrumentos serían los medios utilizados para su comisión (el arma empleada, en aquél; la ganzúa o palanqueta, en éste); y las piezas de convicción, las huellas o vestigios de su perpetración (impresiones digitales, objetos o prendas del delincuente dejados en el lugar del crimen); pero el deslindar no siempre resulta fácil: pensemos en la realización de un delito medio para efectuar un delito fin (falsificación de un documento para llevar a cabo una estafa), o bien en el caso de que el instrumento utilizado para delinquir sea a la vez pieza de convicción (arma homicida que lleve marcadas las iniciales o el nombre del presunto culpable)" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama*, p. 347, nota 745).

<sup>97</sup> "Se concluye de lo anterior que el cuerpo del delito en todos los casos, sin excepción alguna, puede legalmente demostrarse no sólo en la forma preestablecida

a) Es también Alcalá-Zamora quien indica que el requisito de la presunta responsabilidad imprime carácter al procesamiento y corresponde a los indicios de criminalidad o culpabilidad de otros códigos hispánicos.<sup>98</sup>

En verdad la última denominación parece más adecuada, en especial porque tratándose de delinquentes inimputables, queda la posibilidad de señalar al "responsable" de la reparación del daño, que el Código Penal discutiblemente ha incluido en la pena.

De cualquier manera, lo que ahora interesa es precisamente esa circunstancia de que tal presunción o indicio venga a imprimir carácter al procesamiento. De aceptar la afirmación,<sup>99</sup> no sólo la detención anterior al auto (de procesamiento o de formal prisión como dice la ley mexicana), sino, lo que es trascendental, esa apariencia de contradictorio que tiene la instrucción en su primera fase, según palabras de Alcalá-Zamora,<sup>100</sup> vendría a ser un procedimiento inquisitivo.

Es el propio Alcalá-Zamora quien opina que las "conclusiones" de las partes vienen a ser la demanda y contestación del proceso en lo civil; pero mientras éstas inician el juicio, las "conclusiones" penales recaen al cabo de bastante tiempo de comenzada la instrucción.<sup>101</sup> Quedaría entonces reforzada la impresión antes mencionada, en el sentido de que el proceso penal mexicano comienza con pruebas y sigue con demanda (acusación). Pero esto conduce a admitir que se ha detenido al presunto culpable sin ejercer todavía pretensión punitiva y, además, que se ha probado o intentado probar algo que todavía está por precisarse.

por la ley, sino en cualquiera otra y no nada más utilizando los medios probatorios considerados expresamente por la ley, sino a discreción del juez, en el sentido lato del término, por cualesquiera otros con la única condición de que no estén legalmente reprobados tales medios" (*Anales de Jurisprudencia*, núms. 339-344, año xv, t. LVII, 2ª época, abril-julio, México, p. 123).

<sup>98</sup> "Este requisito, consignado en la fracción V del artículo, es el que imprime carácter al procesamiento y el que se corresponde con los indicios de criminalidad o de culpabilidad de otros códigos hispánicos (véanse, por ejemplo, el art. 384 ley enjto, crim. española o el 274 del cód. proc. pen. chileno de 1906, texto de 1944)" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama*, p. 348, nota 755).

<sup>99</sup> "El auto de formal prisión, o de procesamiento, como sería mejor denominarle, de acuerdo con su ascendencia hispánica y con el propio criterio del C. P. P., que en diversos lugares habla de 'procesado' (cfr. arts. 63, 80, 225-6, 487, 505, 647), sirve esencialmente para darle un destinatario a la instrucción..." (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama*, p. 217).

<sup>100</sup> "...y, por lo menos, una apariencia de contradictorio a la misma, aún sin erigirla en proceso entre partes" (*id.*).

<sup>101</sup> "Equivalen a la demanda y contestación del proceso civil, pero debido a la distinta marcha de ambos enjuiciamientos, mientras éstas (salvo de mediar diligencias preparatorias) inician el juicio, las conclusiones penales recaen normalmente al cabo de bastante tiempo (en ocasiones, años) de comenzada la instrucción. Coinciden, en cambio, en ser escritos polémicos, con juego de pretensiones y existencia de relación procesal entre verdaderas partes, dudosa o inexistente durante la instrucción" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama*, p. 353, nota 805 y nota 699).

Y no falta razón a la tesis de Alcalá-Zamora, porque las "conclusiones" son realmente escritos polémicos, con juegos de pretensiones y existencia de relación procesal entre verdaderas partes, como él expresa. Lo que impresiona es que durante la llamada instrucción haya dudosa o inexistente relación procesal entre verdaderas partes. De ser así, el inculcado ha sido obligado o más propiamente dicho, ha sido constreñido a probar en descargo sin tener frente a sí parte acusadora ni poder hacerlo ante juez que ejerza realmente jurisdicción. Puede agregarse a esto que las pruebas se han asumido por un sujeto que tiene la misión más destacada de buscar los vestigios o huellas del delito, de manera que el inculcado tendrá dos pesadas tareas principales: probar que no hay delito y probar que de haberlo él no lo cometió, sin perjuicio de tener que aducir excepciones y defensas, desde las circunstancias excluyentes de responsabilidad, simples atenuantes, causas que extinguen la pretensión, a las estrictamente procesales que impliquen impedimento al ejercicio de la jurisdicción. Y todo ello sin que se haya ejercido la acción acusatoria; pero sí estando privado de libertad, con prisión que (irónicamente), todavía no es pena sino detención por sospechas.<sup>102</sup>

b) Se puede creer que el legislador mexicano ha tenido la singularísima idea de dar unidad a un procedimiento versátil y flexible, que comenzando por la averiguación, sigue por la instrucción, entra en el juicio y termina en la punición.<sup>103</sup> Con la mirada puesta en la "sistematización" legal, esa creencia resulta un hecho. Sólo que al conseguir la unidad se ha sepultado el principio de acusación, porque en la mixtura ha concluido por ser preponderante la inquisición. El código mexicano, según palabras de Alcalá-Zamora,<sup>104</sup> dentro de los muchos

<sup>102</sup> Marcelo FINZI, *op. cit.*, propone en reemplazo de la prisión preventiva todas o las siguientes obligaciones particulares: "no ausentarse de determinado lugar; no concurrir a determinado sitio; presentarse a la autoridad los días que fije; no salir de su domicilio o no hacerlo en horas determinadas. Si es aplicable alguna inhabilitación especial, podrá disponer, también preventivamente, que se abstenga de esa actividad. Las obligaciones indicadas se decretarán en el auto de procesamiento o posteriormente. Dichas obligaciones no podrán imponerse sin que se haya llamado al imputado para ser oído al respecto. A los fines de la vigilancia se remitirá copia del auto a la policía. El auto no causa estado; el juez puede, con arreglo a su criterio, eximir al imputado de las obligaciones que le ha impuesto, o atenuarlas o agravarlas, o dictar prisión preventiva. Esta deberá ordenarse si el imputado no cumple las obligaciones impuestas".

<sup>103</sup> "El procedimiento penal, contemplado en su estructura externa, está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas del Derecho procesal penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal" (GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *op. cit.*, pp. 189-90).

<sup>104</sup> "A propósito del 'sistema' (acusatorio, inquisitivo o mixto) a que responda el enjuiciamiento criminal del Distrito, media notoria divergencia entre las bases constitucionales, que se orientan hacia el sistema mixto, con tendencia al acusatorio, y su desenvolvimiento en el C. P. P., donde se han acentuado los rasgos inquisitivos.

códigos que en el mundo se inspiran en el "sistema" mixto, es de aquellos que con mayor predominio inquisitivo manifiestan desequilibrio entre la posición del Ministerio Público y la del inculpado.

Y esto que el autor comenta, respecto a la llamada instrucción, puede extenderse a toda la unidad fáctica. ¿No será la causa el concepto que se tiene de la función del "cuerpo" del delito y de la presunta "responsabilidad"? Es muy posible, porque el juez instructor no es un sujeto imparcial, está más cerca de la acusación cuando, por ejemplo, el artículo 124 del código distrital, indica que para la comprobación del "cuerpo" del delito, el juez gozará de la más amplia "acción" para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella.

Por contrapartida, al recibir el Ministerio Público diligencias de policía judicial, si hubiere detenidos y la detención fuere injustificada, podrá ordenar que queden en libertad,<sup>105</sup> con lo cual su autoridad no es ya de dictamen, sino de juicio, que apenas cuenta con recurso jerárquico ante el procurador general.

Como éstas, otras invariaciones de las reglas vigentes permiten advertir que la "sistematización" ofrece conexiones discutibles, al permitir que el juez investigue, el inculpado comience por defenderse y el Ministerio Público juzgue. Quizás el defecto nazca en la Constitución, cuando permite en su artículo 16 que se libre orden de aprehensión, no de detención, con sólo preceder denuncia, "acusación" o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, si están apoyadas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

¿Para qué el cuerpo del delito si es suficiente la declaración de persona digna de fe? Digna según el subjetivo criterio de quien la recibe, mismo que ordena integrar el cuerpo del delito y que puede no ejercer la acción porque después considere que la detención efectuada es injustificada: todo sin intervención judicial y sin proceso.

c) Si, como debiera ser, la policía se ocupara de lo concerniente a la investigación del delito, determinado su objeto, recogiendo los instrumentos e integrando las piezas de convicción (huellas o vestigios);

Es, por tanto, inexacto que el proceso penal refleje en él el sistema acusatorio. No sólo no lo es, sino que dentro de los muchos códigos que en el mundo se inspiran en el sistema mixto, es de aquellos que con mayor predominio inquisitivo: el desequilibrio manifiesto entre la posición del Ministerio Público y la del inculpado durante la instrucción, la valoración tasada de la prueba, la refundición de las tareas de instructor y de sentenciador, la amplitud conferida a la escritura, la existencia de apelación y en la práctica desaparición del jurado, son rasgos que no se compaginan con la supuesta caracterización acusatoria" (*Panorama...*, *op. cit.*, p. 230).

<sup>105</sup> Cfr. AGUILAR Y MAYA, *op. cit.*, p. 14.

el llamado "cuerpo" del delito operaría a la manera de medio de prueba preconstituido que justificaría la intervención del Ministerio Público con el fin de establecer la posible culpabilidad del indiciado.

Con independencia del problema de la detención, el indiciado en la averiguación policiaca se convertiría en inculpado por el dictamen del Ministerio Público. A partir de ese momento, correspondería al procurador general ordenar la acusación procesal, tomando en cuenta circunstancias de procedibilidad, tales como las cuestiones de inviolabilidad relativa que ampara el artículo 61 constitucional, las de inmunidad parlamentaria que se relacionan con los artículos 108 y 109 constitucionales y 30 de la ley de responsabilidades, las de inmunidad diplomática, el problema de la extradición, las excusas absolutorias, los privilegios de enjuiciamiento de funcionarios, empleados y menores de dieciocho años y aun problemas de competencia jurisdiccional.<sup>106</sup>

El momento de la consignación debe establecer la condición de acusado, sin que importe que en la fase postulatoria llamada instrucción se sobreesa por desvanecimiento de datos, pues no debe perderse la relación entre la acusación y la presunta responsabilidad que surge al procesar.<sup>107</sup> En efecto, ni la denominación legal de presunto responsable es apropiada cuando se refiere al momento de la averiguación, ni conviene calificar de presunto culpable a quien se lleva al tribunal para hacerlo responsable de las consecuencias penales del delito. Lo conducente es, pues, que el condenado en la sentencia, haya sido acusado en el proceso como presunto o pretendido responsable.

De las actas policiacas habrá surgido la integración de las piezas de convicción del delito y la identificación del indiciado, del sujeto a quien aquéllas señalan como su autor. Examinados los resultados por el Ministerio Público se establecerá la culpabilidad, que no es sino la lógica, científica y jurídica interrelación entre el delito y su causante. Pero como para el proceso ordinario,<sup>108</sup> que es el que se ha venido teniendo en cuenta, no basta la relación de interdependencia que hay entre el delito y la autoría, sino que es menester resolver problemas previos; después de establecida la culpabilidad ha de dictaminarse sobre la acusación. El ejercicio de la acción en el proceso penal, viene a hacer

<sup>106</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama...*, op. cit., pp. 190-1.

<sup>107</sup> "Sea cual fuere el modo de iniciarse la averiguación previa, la primera aparición del sujeto pasivo es como 'sospechoso' o 'presunto culpable' de haber cometido un delito, y ello autorizará determinadas medidas cautelares (detención, por ejemplo), pero sin que se le pueda aún, ni siquiera cuando se proceda en virtud de querrela, considerarle como parte en estricto sentido" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama...*, op. cit., p. 204).

<sup>108</sup> No se han considerado en esta ponencia otros procedimientos, sean o no precisamente procesales, como los que se sustancia en los tribunales para menores, los de militares y de responsabilidades oficiales, ni siquiera el juicio ante los jueces de paz que, paradójicamente, resulta ser el proceso tipo en lo penal. La marcha de este proceso, como viene expuesta por ALCALÁ-ZAMORA (*Panorama...*, op. cit., p. 232),

referencia a una pretensión punitiva que en la dirección relativa a las partes, señala al anterior inculcado, convertido ahora en acusado, y a quien se hace responsable de la pena, pero de una responsabilidad pretendida antes y que la sentencia ha de concretar.

### 9. *Las potestades jurisdiccionales*

Ni toda la competencia judicial es función jurisdiccional, ni la jurisdicción es exclusiva de los jueces. Esto se observa en diversos países que regulan el proceso en sede administrativa y que admiten el arbitraje privado. No hay, por tanto, novedad alguna cuando en el proceso penal se encuentran manifestaciones administrativas, disciplinarias o ejecutivas del tribunal.

Si una autoridad judicial cuenta con facultades jurisdiccionales y a la vez tiene atribuidas potestades de otra índole, se hace necesario discriminar cuándo se está ante un proveimiento procesal y cuándo ante un proveído administrativo, disciplinario o ejecutivo. La tarea no es difícil en ningún extremo, particularmente en el que aquí interesa que es el procesal. Habrá jurisdicción siempre que el proveimiento se destine a la dirección del proceso, proceso que nace con el instar del acusador y que se proyecta a través del tercero imparcial hacia el acusado. La integración del grado es obra jurisdiccional, lo mismo que la clausura de las fases, y estas potestades tienen que responder al sentido de las respectivas instancias.

Las discrepancias doctrinarias respecto a la unidad del proceso, trascienden a la función jurisdiccional, y es de esta manera como se quiere ver en el juzgador penal una autoridad que, ante todo, tiene conferida una función inquisitorial, otra instructora, una más ejecutiva cautelar

es la siguiente: "El Ministerio Público hará la consignación y pedirá que se proceda a la averiguación (art. 305). Esta se practicará inmediatamente por el juez, en forma sumaria, y tendrá por objeto comprobar el delito, el daño y la responsabilidad del inculcado (art. 306, ap. 1ª). La averiguación se realizará en audiencia pública y se limitará a las diligencias indispensables para esclarecer la verdad y a las pedidas por el reo o su defensor, siempre que puedan desahogarse dentro de los diez días (art. 306, ap. 2ª). En todo caso, se harán saber al inculcado el motivo del procedimiento (léase, del proceso), el nombre de quienes le imputen el delito, se le tomará declaración, se le careará con los que depongan en su contra, podrá presenciar todas las diligencias y defenderse por sí, por medio de su defensor o por ambos (art. 307, que reitera los mandatos del 20 constitucional). Si las conclusiones del Ministerio Público fuesen no acusatorias, el juez mandará los autos al Procurador de Justicia para que las revise; y si en definitiva el pedimento de dicho funcionario es acusatorio, se procederá a nueva audiencia (art. 309). Terminada la instrucción, se celebrará la audiencia y se pronunciará inmediatamente sentencia (art. 308), contra la que no procede recurso alguno (arts. 310 y 343), con la salvedad del indulto necesario y del amparo. Indicaciones complementarias, en los artículos 310 (extremos que deben asentarse en el acta y suspensión de la audiencia) y 311 (identificación del reo cuando la sentencia le imponga pena corporal)."

y, dentro del mismo proceso, al lado de potestades disciplinarias las de averiguación.

Que dentro de lo estrictamente procesal, el juez penal ejerza su función pesquisando y privando de la libertad, es algo que rebasa positivamente lo que puede hacer un juez civil. Nada tiene de extraño, entonces, que esta "jurisdicción" no se parezca a la simple y teórica jurisdicción, porque estar en un proceso para ordenar que se busquen nuevas huellas<sup>109</sup> o para denunciar ante el superior el indebido accionar del acusador,<sup>110</sup> es realmente dejar de ser un oidor para entrar en el camino inquisitorial.

La existencia de estos poderes suscita varios problemas, por ejemplo si ello afecta a la consistencia lógico jurídica del proceso, si pueden coexistir teóricamente con la jurisdicción propiamente dicha, y si es factible una conexión sistemática, aunque el resultado no sea precisamente un proceso sino un procedimiento mixto. Estas dudas iniciales no quedan satisfechas con ninguna solución dogmática, porque el teórico necesita razones y pruebas.

a) Ante todo una pregunta, ¿para qué necesita facultades inquisitoriales el juez dentro del proceso? Para no inducir a confusiones, no se indaga si mientras dura la sustanciación procesal se pueden presentar ocasiones de inquirir, de pesquisar. Lo que se busca es saber si, supuesta la remota posibilidad de que la jurisdicción pudiera emplearse inquisitorialmente, sería no ya indispensable sino necesario o meramente conveniente que proveyendo sobre el accionar procesal, el juez se comportara como un inquisidor.

En una primera hipótesis de trabajo cabría responder: el juez busca la verdad, la verdad material y no cualquier verdad; no puede satisfacerse con la presentación que de la controversia hacen las partes. Ni le puede bastar la confesión del acusado, ni puede limitarse a conceder o negar lo que pide el Ministerio Público. El interés social exige la verdad real, el descubrimiento de los hechos.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> Ver nota anterior.

<sup>110</sup> "Art. 320. Si las conclusiones del Ministerio Público fueren de no acusación o contrarias a las constancias procesales, el juez, señalando en qué consiste la contradicción, cuando ésta sea el motivo de la remisión, las mandará, con el proceso relativo, al Procurador de Justicia para que éste las modifique o las confirme" (código distrital).

<sup>111</sup> "De tal suerte, el fin inmediato o específico del proceso es el descubrimiento o adquisición de la verdad de los hechos, lo que posibilita concretar la previsión abstracta de la ley penal o, para decirlo con otras palabras, la aplicación de la norma al caso concreto, que constituye en definitiva, la actuación de la ley penal sustantiva, fin también específico, pero mediato, esto es, la protección efectiva de los intereses tutelados por la norma. Así las cosas, remarquemos que solamente a través de la prueba se alcanza a capturar la verdad histórica, en tanto ella entraña la adecuación o no del hecho, como conceptualización del objeto del proceso, a la realidad" (Manuel M. AYÁN, *La actividad probatoria en el proceso penal*, en "Cuadernos de los Institutos", núm. 95, "Universidad Nacional de Córdoba", 1967, p. 170).

Naturalmente, si alguien tuviera la ocurrencia de posponer el interés de la sociedad en el descubrimiento de los hechos, por una preferencia de la formalidad en las actuaciones, su recomendación se vería rechazada por aclamación. No se puede desear ni la condena ni la absolución basadas en el cumplimiento estricto de las formalidades. Más aún, los formalismos están de tal modo desprestigiados, que se llega a la consignación de las actas y a la remisión del detenido sin más.<sup>112</sup> Que de ello se infiera el ejercicio de la acción, la expresión de la acusación, es algo que se deja al estudio del teórico: van las actas y se presenta al indiciado, para que el juez le tome declaración preparatoria y le declare formalmente preso.

Pero, ¡qué distancia hay entre eso y la potestad inquisitorial! Bien está buscar la verdad, así, sin complementos, porque el vocablo ya tiene suficiente problemática para que se le tenga que añadir más vacuidad. Que se busque la verdad y que se encuentre, si ello es posible, que el procedimiento penal se convierta en una operación detectivesca y que prepondere la experimentación sobre la silogística, ¡bien está! Mas, ¿quién debe hacerlo? ¿Un detective o un juez imparcial? ¿La policía o el encargado de proveer sobre el accionar?

No hay impedimento para la búsqueda y reconstrucción de los hechos, nada debe obstaculizar la indagación a no ser los procedimientos prohibidos por la ley. Que lo haga quien está más capacitado técnica y prácticamente para ello, y que cuando las piezas de convicción se hayan reunido y el dictamen jurídico se haya fundado y motivado, se presente la acusación al juez. Que éste reciba indicios y vestigios, que asuma los medios de prueba y, que si no está satisfecho, los analice con ayuda de las partes, que los ordene completar y mande repetir interrogatorios, careos, inspecciones o reconocimientos y trabajos de peritos; todo esto puede y debe hacerlo, pero no convertirse en detective ni policía.

b) Conforme a la trayectoria de los penalistas empeñados en destacar las diferencias que hay entre el proceso civil y el penal, una segunda hipótesis de trabajo estaría constituida por la publicación de la pretensión punitiva frente al privatismo de la civil. De ahí se inferiría que la potestad jurisdiccional sería inquisitorial al implicar una barrera para la facultad de renuncia de la pretensión del Ministerio Público.

El tema de la renuncia ha sido revisado doctrinalmente desde diversos ángulos: como el no ejercicio de la acusación, como forma compositiva entre el culpable y el ofendido, como opinión favorable sobre el desvanecimiento de datos y como formulación de conclusiones no acusatorias.<sup>113</sup> Pero lo que más ha interesado es su vinculación con la naturaleza pública de la pretensión y las posibilidades de su control.

<sup>112</sup> Ver nota 89.

<sup>113</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama . . .*, *op. cit.*, pp. 189, 198 y 227.

Aunque a diferencia de otros regímenes,<sup>114</sup> en México no cabe que el tribunal (ni el *ad quo*) ordene al titular de la acción penal que ejerza la instancia, en diversas disposiciones se regula una forma tímida que impone al juzgador el deber de poner en conocimiento del procurador general el desistimiento del agente.<sup>115</sup> Pero además, esta potestad judicial se complementa con la aplicación de oficio de la prescripción de la pretensión punitiva;<sup>116</sup> de este modo se vería en el ejercicio de la jurisdicción un empleo de potestad inquisitorial.

Contra el argumento de la prohibición de renuncia de la pretensión, se ha advertido que también en el campo civil aparece el fenómeno;<sup>117</sup> pero como se responde que no se intenta comparar una normalidad o generalidad con una excepcionalidad o particularidad, lo mejor es admitir que en efecto, lo común es que la pretensión punitiva sea irrenunciable y por ello es una diferencia entre lo penal y lo civil. Sin embargo, puesto que la observación atañe al contenido del proceso, la estructura de éste queda intocada y, en realidad, nada se ha dicho que pueda demostrar que hay múltiples tipos de procesos. Sobre todo, la prohibición no implica alteración del concepto de jurisdicción como dirección del proceso, porque aun suponiendo que el juzgador estuviera facultado para obligar al acusador a proseguir en su accionar, tal potestad sería un control que podría llevarse a otra autoridad sin mengua de su naturaleza jurídica. Es decir, el juzgador ejercería jurisdicción y, además, tendría una potestad controladora que en el "sistema" legal mexicano está conferida al procurador general.

En cuanto a la declaración de oficio de la prescripción de la pretensión punitiva, como el caso es manifiestamente el de una condición procesal, ya la ley le regula en primer lugar como defensa del presunto

<sup>114</sup> Cfr. Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *La acción en el proceso penal*, en "Rev. Fac. de Der. de Méx.", *op. cit.*, p. 150: "Tres son los sistemas comúnmente admitidos para la práctica de dicho control: a) sistema jerárquico; b) sistema jurisdiccional; y c) sistema de acción privada subsidiaria." Y en la nota 39 agrega: "La potestad del tribunal superior de ordenar al oficio acusatorio el ejercicio de la acción es un vestigio de la vieja máxima *tout juge est procureur général*. Cf. Roux, "Cours de Droit Pénal et de la Procédure Pénale", Librairie de la Sté. du Recueil Sirey, Paris, 1920, p. 445, n. 3. Por otra parte, el límite de control acordado a los particulares se encuentra justificado por Manduca al expresar que "los ciudadanos no tienen derecho a obligar al ministerio fiscal a promover una acción si el hecho no presenta caracteres criminales" (*El procedimiento penal y su desarrollo científico*, p. 129).

<sup>115</sup> "Otras modalidades de extinción, establecidas todas ellas por el código sustantivo, son las siguientes: a) la muerte del inculcado (art. 91); b) la prescripción de la acción represiva, regida por los artículos 100-2, 104-12 y 118 del código penal y que no ha de confundirse con la de las sanciones (arts. 103 y 113-7), ya que mientras aquélla representa un *prius* respecto de una sentencia que no llega a recaer, la segunda significa un *posterius* frente a la que se dictó" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama...*, *op. cit.*, pp. 197-8).

<sup>116</sup> Supra, nota 113.

<sup>117</sup> Cfr. PICTO CALAMANDREI, *Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio*, en "Estudios sobre el proceso civil", trad. Santiago SENTÍS MELENDO, Bs. As., 1961, pp. 53-104.

responsable. Se explica, pues este fenómeno, como una resolución sobre la punibilidad que por razones de economía procesal se anticipa en el tiempo al fallo final.

c) Al dejar fuera de consideración todo problema relacionado con la sentencia, primero, porque pronunciada después de terminado el proceso, sus calidades publicísticas son intrascendentes al no referirse a la dirección de la serie; segundo, porque su heteronomía para las partes es idéntica en lo civil y en lo penal; y tercero, porque si se desentiende de lo pretendido y probado para decidir inquisitorialmente (arbitrariamente), la cuestión será, o de técnica de valoración de la prueba o de política procesal penal (más penal que procesal) y no un problema de característica inquisitorial de la función jurisdiccional; así pues, al omitir la observación sobre lo que de inquisitorial tenga la sentencia (o pueda tener), sólo queda la actividad probatoria; pero no la valoración que es un capítulo del pronunciamiento final, sino el instar proyectivo que tiene por objeto ofrecer los medios de prueba.

En la "sistematización" legal mexicana, desde la policía judicial al Ministerio Público y el juzgador asumen la prueba,<sup>118</sup> y esto conduce a una desnaturalización del proceso que se califica de mixtura procedimental. Como no puede admitirse que signifiquen lo mismo la recolección y la asunción de la prueba, es forzoso concluir que los indicios o huellas que integran el "cuerpo" del delito deben ser aportados por la policía al Ministerio Público y por éste al juez, verdadero sujeto de la asunción, la cual se realiza en el debate procesal; es decir, con audiencia y contradicción del acusado.

El fantasma de la verdad "material" propicia esas disposiciones que facultan al juzgador para integrar el "cuerpo" del delito o para ordenar diligencias para mejor proveer.<sup>119</sup> El principio acusatorio exige que de no probar eficientemente el Ministerio Público, se absuelva al procesado, de manera que la potestad inquisitorial del juez en la actividad probatoria es, teóricamente, contraria a la naturaleza del proceso, y prácticamente una desigualdad insufrible para el acusado. En el último

118 "En el primer grupo, con normas sobre recepción de querellas (supra, núm. 383), levantamiento de actas, libros a llevar en las oficinas policíacas, recogida de armas u objetos del delito, destacan la atribución nada menos que de 'valor probatorio' pleno a las diligencias practicadas por el Ministerio Público o la policía, siempre que se ajusten al código (art. 286)" (ALCALÁ-ZAMORA, *Panorama...*, op. cit., pp. 215-6).

119 "El proceso penal, en el sector de las pruebas, se diferencia netamente del proceso civil por la absoluta ineficacia de todo poder dispositivo de las partes, según lo veremos más adelante: por consiguiente, el juez puede disponer los medios de prueba y orientar sus indagaciones instructorias según las necesidades por él advertidas y con sano sentido de oportunidad. Se dice a este propósito que en el proceso penal rige el principio de la comprobación de la verdad material, caracterizado también como principio de la libre convicción del juez" (Giovanni LEONE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. Santiago SENTÍS MELENDO, Bs. As., 1963, t. II, p. 155)

extremo, las legislaciones que implantan este equívoco técnico, también deberían ordenar al juzgador suplir las deficiencias probatorias del procesado; así, el principio inquisitorio tendría al menos un viso de equidad, aunque nunca una justificación, porque al proceso debe ir el indiciado con el carácter de presunto culpable según el dictamen del Ministerio Público, y esa presunción debe convertirse en prueba por obra del mismo. No tendría sentido que el acusado entrara al proceso como responsable, pues sencillamente se regularía una farsa de proceso y se realizaría una tramitación superflua y antieconómica; se montaría un aparato de dificultades crecientes, para absolver tan sólo a aquel acusado que, como en los concursos de fuerza, resultare victorioso. Para esto, mejor sería eliminar el proceso y crear un equipo de científicos que examinara al "acusado", sometiéndolo a un programa de *tests* que al ser resuelto favorablemente, inclusive conduciría a la automática rehabilitación.<sup>120</sup>

Las consideraciones hechas en el texto de la Ponencia, tienen el propósito de explicar las bases que se han tomado en cuenta para ofrecer las siguientes

#### CONCLUSIONES

1. El proceso penal y el principio acusatorio son consustanciales.
2. Por principio acusatorio se debe entender la permanente bilateralidad de la instancia de las partes y de la imparcialidad del juzgador.
3. La averiguación previa debe ser una función policiaca sin la intervención del Ministerio Público, no del juzgador.
4. La asistencia del abogado defensor debe comenzar desde el primer momento de la averiguación, excluyéndose toda incomunicación, sin perjuicio de la obligación de medidas de aseguramiento del indiciado.
5. Corresponde a la policía la recolección de objetos y vestigios del delito para integrar al llamado cuerpo del delito.
6. Debe precisarse el sentido de las palabras: en caso de urgencia, para efectos de la detención administrativa.

<sup>120</sup> "Reconocemos ahora que la intención consciente del individuo forma sólo una porción de su estructura motivacional; la autosatisfacción es un concepto demasiado limitado como para explicar toda la conducta; el individuo no es simplemente un agente pasivo sobre el cual actúan fuerzas externas, sino que juega un rol más autónomo; y la recompensa y el castigo del hombre social son más que simples cantidades que deben sumarse o restarse, como tantos otros pesos" (G. M. SYKES, *El crimen y la sociedad*, trad. Elizabeth GELIN, Bs. As., 1961, pp. 79-80).

7. La privación de libertad, sea cualquiera el nombre con que se le conozca, no debe de exceder de veinticuatro horas.

8. Debe corresponder al Ministerio Público el dictamen sobre la presunta responsabilidad del indiciado y, en caso afirmativo, debe ejercer la acción penal simultáneamente con la consignación del indiciado si ya estuviere detenido.

9. A partir de la consignación del detenido o de la solicitud de orden de aprehensión, debe ejercerse la pretensión punitiva por los hechos concretos que constituyan la presunta responsabilidad.

10. El debate del proceso penal debe mantenerse entre el acusador y el acusado, y las facultades del juzgador no deben rebasar los límites de la aclaración o ampliación de la prueba ofrecida por las partes.