

# ¿QUÉ HACER CON LA ACCIÓN PENAL PRIVADA?<sup>1</sup>

*Eduardo Noriega Hurtado*

Una de las novedades más importantes que trajo consigo la reforma constitucional en materia penal, específicamente al artículo 21 de nuestra Carta Magna, fue la introducción del ejercicio de la acción penal por parte de los particulares. Esta medida, controvertida y criticada por muchos debido a que rompe con el tradicional monopolio que en esta materia existía por parte del Ministerio Público, en realidad adquiere un nuevo significado desde una óptica garantista, al convertirse en un medio de control ciudadano en el ámbito de la procuración de justicia. Pero tal y como lo apunta el autor de esta colaboración —investigador del INACIPE—, el verdadero reto en torno a esta figura se hallará en la ley secundaria que al efecto se tenga que aprobar, pues será en ella en donde se dé respuesta a múltiples interrogantes que conlleva la adopción de este sistema mixto, como por ejemplo conocer en cuáles delitos tendrá aplicación, la determinación de los requisitos de procedibilidad, cómo se conciliará esta figura con las salidas alternativas al juicio ordinario y, finalmente, cuál será el tipo de apoyo institucional que se proporcionará a las investigaciones del actor penal privado.

## I. UNA MIRADA RÁPIDA A LA REFORMA PENAL

El pasado 18 de junio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la llamada reforma constitucional en materia de justicia penal, con la que el sistema mexicano de seguridad y justicia se verá profundamente transformado, y con ello se espera garantizar de manera efectiva la vigencia en nuestro país del debido proceso en

<sup>1</sup> El autor agradece a Isabel Claudia Martínez Álvarez por sus comentarios y valiosa cooperación.

materia penal; recuperar la confianza en el sistema de justicia penal y sus instituciones; hacer más eficiente la persecución e investigación de los delitos y el trabajo de los tribunales penales; que el acusado tenga mayores garantías para su defensa; y asegurar la protección, asistencia y participación de las víctimas y/u ofendidos en el proceso penal.

Con todo lo anterior, el sistema se ajustará a los principios de un Estado democrático de Derecho y se adaptarán las leyes a compromisos internacionales de nuestro país.

Como medio para que apliquen los principios de inmediatez, concentración, contradicción, publicidad y continuidad, que establece la Constitución, la oralidad en las audiencias será un cambio radical en la justicia penal en nuestro país.

La Federación, los estados —que aún no lo han hecho— y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, en cuanto vayan estableciendo la legislación secundaria correspondiente, irán incorporando un sistema procesal penal acusatorio, con lo que en un plazo máximo de ocho años todos deberán haber transitado del viejo sistema de justicia escrito e impersonal, a uno de tipo oral y público, con audiencias transparentes en igualdad de condiciones para conocer de viva voz las pruebas de la parte contraria y presentar las propias también oralmente, estando el juez siempre presente; con lo que se acelerará la eficiencia de los procesos, que podrán terminar con medidas alternativas de solución de controversias o procedimiento abreviado, cuando el acusado reconozca la culpa y/o repare el daño como lo señale el juez, y la víctima tenga a salvo sus derechos.

Además, el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el no ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley secundaria, entre las que se contemplan regularmente conductas de poca cuantía y de colaboración eficaz para desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

Para mejorar nuestra seguridad, a nivel federal y estatal se expedirán dentro de los próximos seis meses y un año, respectivamente, la ley que establezca el Sistema Nacional de Seguridad Pública, en el primer caso, y las leyes en esta materia para las entidades federativas. De este modo se coordinarán los tres órdenes de gobierno, y se compartirá información sobre la criminalidad y el personal de las instituciones policiales, lo que generará mejor funcionamiento por parte de los policías haciendo más eficiente la persecución e investigación

de los delitos, y erradicando los malos elementos que en algunos casos están vinculados con la delincuencia organizada.

Debido al poder económico, político y social de que goza la delincuencia organizada, con el que corrompe y combate a nuestras instituciones de seguridad pública, será atacada con figuras excepcionales para combatir este mal. Por mencionar algunas, se aplicará el arraigo ya claramente limitado antes de sujeción a proceso, la confidencialidad de datos de víctimas o testigos, la intervención de comunicaciones privadas, la reserva de datos para la protección de la víctima y la extinción de dominio de propiedades a favor del Estado. Lo anterior provee al gobierno federal de mejores instrumentos de combate en contra de este fenómeno delictivo, que tanto daña a las familias y a la sociedad mexicana.

La reforma penal que está entrando en vigor, por su profundidad, es la de mayor trascendencia que ha ocurrido en nuestro país desde la aparición de la figura del Ministerio Público en la Constitución de 1917. Por ende, exige de los legisladores una normatividad secundaria acorde con el sistema acusatorio que ya está en nuestra ley fundamental; talento de las autoridades que intervengan en su implementación; y de los operadores una intensa reeducación jurídica y compromiso con el nuevo sistema que, por cierto, ya está en marcha.

Por lo que se refiere al inculpado, lo más trascendental del cambio es que se eleva a rango constitucional de manera explícita la presunción de inocencia, y se establecen medidas para lograrla: las confesiones sin defensor carecerán de todo valor probatorio; las carpetas de investigación del Ministerio Público estarán a disposición del acusado y su defensor, y en sus registros deberá estar todo lo investigado, tanto lo incriminatorio como lo exculpatario; la prisión preventiva será oficiosa en los casos de delincuencia organizada, violación, secuestro o delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, y a criterio del juez, cuando se trate de garantizar que el acusado se presente a las audiencias, haya protección de víctimas, testigos y la comunidad; además, el acusado comparecerá a las audiencias como parte, y no tras las rejas.

## II. LA APARICIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA EN NUESTRO TEXTO CONSTITUCIONAL

En el mismo contexto arriba analizado, se asegura la protección, asistencia y participación de las víctimas en el proceso penal. Con la nueva redacción del segundo párrafo del artículo 21 de nuestra ley fundamental, después de indicarse: “El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público”, como de refilón se agrega: “La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

Esta novedad representa que el ejercicio de la acción penal ya no será monopolio del Ministerio Público, pues en los casos que la ley lo determine se permitirá a los particulares ejercerla, en principio directamente, ante la autoridad judicial. Esto ha generado controversia, pero no es más que una medida adicional de corte garantista dentro del nuevo sistema penal acusatorio, con la que se da fuerza a la participación de las víctimas y ofendidos de los delitos; con ella se les amplían sus derechos.

Al acudir a la exposición de motivos de la llamada reforma constitucional en materia de justicia penal, se expresa que con esta figura “se abre un espacio para el control ciudadano sobre las funciones de procuración de justicia.”

El legislador, al instaurar en la ley fundamental la modalidad de ejercicio privado de la acción penal, procura dar más intervención a las víctimas u ofendidos, al darles un espacio que evite arbitrariedades y abusos del Ministerio Público, que en ocasiones no obstante tener suficientes elementos de prueba para ejercitar la acción, se niega a hacerlo. Ahora en los casos en que la ley lo establezca, las víctimas u ofendidos podrán acudir directamente ante juez para ejercer la acción penal, sin necesidad de iniciar una averiguación previa en una agencia del Ministerio Público.

De esta forma, la querrela privada parece una buena noticia, pues su sola existencia permitirá a la víctima ir directamente ante juez con los elementos de prueba que ella misma haya reunido, o podrá influir en que la autoridad a cargo ejercite la acción penal en cuanto tenga los elementos en su expediente de investigación. En otras palabras, ya no deberá esperar que el Ministerio Público ofrezca las pruebas que ésta le acercó, sino que es ella —la víctima— quien, con independencia de éste, puede presentarlas, y además tiene el derecho a que se le

acepten todos los datos, se le reciban los recursos que plantee, e incluso, puede la víctima solicitar la revisión por parte de un juez de las omisiones ministeriales.

Las otras ventajas que con motivo de la reforma ahora tendrán las víctimas y ofendidos son: intervenir en coadyuvancia en el juicio, interponer recursos, solicitar la revisión por parte de un juez de las acciones y omisiones del Ministerio Público, así como medidas preventivas que ayuden a su protección y a la restitución de sus derechos.

La acción penal privada sólo se podrá ejercer en determinados delitos, aquellos en los que la ley secundaria determine que los particulares podrán hacerlo, algo novedoso en nuestro Derecho, pues si bien en México se han dado los dos sistemas, el de acción penal a instancia de particulares (con argumentos especialmente importantes en su favor en los debates del Congreso Constituyente de la Constitución de 1857) y el de oficiosidad y publicidad de la acción a partir de la Constitución de 1917 (con el criterio que ahora se tiene de publicidad y oficiosidad de la acción penal, al representar el Ministerio Público los intereses de la sociedad), nunca se había dado un sistema mixto, y ello acarreará discusiones en cuanto se presenten las propuestas de los delitos a los que se pretenda aplicar la querrela directa por particulares.

### III. ANTECEDENTES

En efecto, en la Constitución de 1857 existía la querrela de particulares ante los tribunales, en donde se permitía al ofendido por el delito acudir directamente ante aquellos. Cuando se debatió en el Congreso Constituyente, no prosperó la idea de instituir la figura del Ministerio Público, ya que se consideró que el particular no debía ser sustituido por institución alguna. Se pensó que éste “retardaría la acción de la justicia, pues se tendría que esperar a que dicho órgano ejercitara la acción penal”.<sup>2</sup> Además, no debía privarse a los ciudadanos de su derecho de acusar, y el que se le sustituyese por un acusador público ocasionaría serias dificultades en la práctica.

La transición que se dio en nuestro país de un sistema de tradición democrática fuertemente arraigado de la Constitución de 1857, en el

<sup>2</sup> Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, México, UNAM, 1993, p. 45.

que lo que más se valoraba era la libertad de las partes de ejercer la acción penal, al sistema establecido en la Constitución de 1917 bajo el principio de la publicidad y oficiosidad de la acción, que entienden que al cometerse un delito se lesiona con ello a la sociedad y, por ende, al interés público, razón por la cual debe ser un órgano del Estado el que vele por los intereses de ésta, privó a los particulares de su derecho de acudir directamente a los tribunales.

Ahora bien, cabe aclarar que el ejercicio de la acción penal privada que ahora se introduce no será igual al que se hacía bajo la Constitución de 1857, pues las facultades de los jueces son radicalmente distintas. En aquel entonces, en un sistema totalmente inquisitivo, los jueces una vez ejercida la acción por los particulares, con sus agentes investigaban, acusaban y sentenciaban los delitos; y ahora en el nuevo sistema penal acusatorio el juez, al recibir la querrela o acusación bajo la modalidad de acción penal privada, no investigará y sólo resolverá, por lo que cuando el enjuiciador reciba la acusación en esa etapa sólo determinará si la querrela reúne los requisitos y pruebas para iniciar el juicio.

La razón que dio el Constituyente de 1916-1917 en los debates para instituir la figura del Ministerio Público, fue que veía desventajas en dejar en manos de un particular el ejercicio de la acción penal, pues quedaba a su arbitrio el ejercicio o no, dejando de esta forma infinidad de delitos impunes, pues los tribunales estarían impedidos de actuar sin el previo ejercicio de la acción: “de este modo el particular podría autocomponerse con el infractor, no habiendo así seguridad jurídica”<sup>3</sup>

Los argumentos en los debates iban enfocados no a la seguridad jurídica, sino en realidad a fortalecer el principio de legalidad para la materia penal, el cual consiste en que cuando se verifique un hecho con apariencia delictiva, debe ejercitarse la acción penal siempre que se hayan llenado los requisitos materiales y formales para su ejercicio. Criterio que quedó establecido en la Constitución de 1917, y que imperó con vigencia en los últimos noventa años junto con los de publicidad y oficialidad de la acción. Por lo que hasta ahora el Ministerio Público, antes que velar por los intereses de las víctimas u ofendidos, vela por el interés social, y no puede decidir libremente sobre el ejercicio de la acción penal.

<sup>3</sup> *Ibidem.*

## IV. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

Si bien con la reforma constitucional de seguridad y justicia, el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público —cada vez que se verifique un hecho con apariencia delictiva— deberá ser armonizado con el criterio de oportunidad (que contempla la administración de los recursos de persecución, para aplicarlos a los delitos que más ofenden), se tiene muy arraigado que la persecución de los delitos por parte del Ministerio Público, por ser órgano del Estado especializado y de buena fe, debe seguir velando por el interés general.

Por ello la reforma incluye la acción penal de particulares, como una opción de éstos en determinados delitos. Pero precisamente por su carácter optativo, en el caso de que el particular decida acudir ante el Ministerio Público, éste deberá ejercer acción penal en estos mismos delitos al igual que en los demás casos: “El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

A) En el mandato constitucional se establece, con respecto a la nueva figura, que será decisión del legislador al crear las leyes secundarias, el definir en qué delitos el particular podrá ser actor penal.

Los delitos a los que se aplique tendrán que ser aquellos en que sea menor el reproche social, por lo que la instancia se adaptará a determinados asuntos de preponderante interés privado. Entre los delitos en que la nueva figura regularmente ha aplicado en la legislación comparada, están ciertas hipótesis de lesiones, abuso de confianza, daño en propiedad ajena, amenazas, robo de uso, despojo, revelación de secretos industriales y aquéllos contra la propiedad industrial. Pero basta ver la variedad de casos en algunos países de Latinoamérica, para imaginar los que pudieran aplicarse en México.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Nicaragua: calumnia e injurias graves.

República Dominicana: violación de propiedad; difamación e injuria; violación de la propiedad industrial; violación a la ley de cheques.

El Salvador: los relativos al honor y la intimidad, hurto impropio, competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela; y cheques sin provisión de fondos. Además las acciones públicas podrán ser transformadas en acciones privadas a petición de las víctimas siempre que la Fiscalía General de la República lo autorice, porque no exista un interés público gravemente comprometido en los casos siguientes: cuando se trate de un delito que requiera instancia de particular. En cualquier delito con-

La relación de delitos podría parecer no muy larga, pero se trata de transgresiones que suceden con mucha frecuencia y, en algunos casos como en el daño en propiedad ajena, en el que se incluyen los accidentes de tránsito, de aplicarse en México se podrán especializar aseguradoras o despachos de abogados, promoviendo esta figura para solucionar conflictos.

tra la propiedad. Cuando se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe.

Bolivia: el giro de cheque en descubierto, giro defectuoso de cheque, desvío de clientela, corrupción de dependientes, apropiación indebida, abuso de confianza, los delitos contra el honor, destrucción de cosas propias para defraudar, defraudación de servicios o alimentos, alzamiento de bienes o falencia civil, despojo, alteración de linderos, perturbación de posesión y daño simple.

Guatemala: las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme al procedimiento especial previsto y siempre que no produzcan impacto social, en los casos siguientes: 1) cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme el criterio de oportunidad; 2) en cualquier delito que requiera de denuncia o instancia particular, a pedido del legitimado a instar, cuando el Ministerio Público lo autorice, porque no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente; 3) en cualquier delito contra el patrimonio, según el régimen previsto en el inciso anterior. Si en un mismo hecho hubiere pluralidad de agraviados, será necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno asuma la acción penal.

Costa Rica: los delitos contra el honor, la propaganda desleal, cualquier otro delito que la ley califique como tal. También hay conversión de la acción pública en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos.

Paraguay: serán perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles: 1) maltrato físico; 2) lesión; 3) lesión culposa; 4) amenaza; 5) tratamiento médico sin consentimiento; 6) violación de domicilio; 7) lesión a la intimidad; 8) violación del secreto de comunicación; 9) calumnia; 10) difamación; 11) injuria; 12) denigración de la memoria de un muerto; 13) daño; 14) uso no autorizado de vehículo automotor; y 15) violación del derecho de autor o inventor.

Ecuador: a) el estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho; b) el rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor; c) la injuria calumniosa y la no calumniosa grave; d) los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio; e) la usurpación; f) la muerte de animales domésticos o domesticados; y, g) el atentado al pudor de un mayor de edad. Además se puede dar la Conversión. Las acciones por delitos de acción penal pública pueden ser transformadas

Pensemos, por ejemplo, en un particular representado por un abogado especializado en propiedad industrial, que acuda directamente ante juez penal a denunciar la falsificación dolosa con especulación comercial de una marca. Sentirá que no pierde el control de su reclamo, que de él dependerá la recuperación del daño o el cese del uso ilícito —y no de una autoridad que se ha visto rebasada por el número de asuntos—, y que con ello logrará más rápidamente recuperar el daño sufrido.

B) Otro factor que hará que la figura sea recurrida con frecuencia, es que dentro del nuevo sistema penal acusatorio existen soluciones alternas al juicio ordinario que se podrán combinar con la acción penal privada para buscar la reparación del daño: la justicia alternativa, la suspensión de un procedimiento bajo condición y la abreviación de un procedimiento ante el reconocimiento de participación en el delito y la aplicación del criterio de oportunidad.

- a) Quienes a través de la acción penal privada procuren la solución del conflicto por justicia alternativa —que es la manera de desahogar los problemas mediante el diálogo y la conciliación entre las partes—, podrán plantear la reparación del daño sufrido mediante conciliación o mediación ante el Ministerio Público o ante el juez de control de garantías,<sup>5</sup> con mejor dominio de las circunstancias que por la vía de la querrela, pues no requerirán la intervención del Ministerio Público para ejercer la acción penal en caso de no llegar a un acuerdo y eso siempre será una

en acciones privadas, a pedido del ofendido o de su representante, siempre que el Fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido, en los casos siguientes: a) en cualquier delito contra la propiedad. Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno haya presentado la acusación particular; y, b) en los delitos de instancia particular.

Chile: a) La calumnia y la injuria; b) El que injuriare a otro livianamente de obra o de palabra, no siendo por escrito y con publicidad.; c) La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, y d) El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

<sup>5</sup> El juez de garantía, que también aparece en nuestro sistema con esta reforma penal, resolverá de manera inmediata y por el medio más rápido las solicitudes que le haga el Ministerio Público de medidas cautelares o precautorias y técnicas de investigación, respetando las garantías de la víctima y del acusado.

ventaja, un control de la situación. Al igual que en el caso de querrela y el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, de llegarse a un arreglo entre la víctima que ejercita la acción y el acusado, éste será sometido a la aprobación del juez de control de garantías.

- b) En el caso de suspensión de un procedimiento bajo condición — que se podrá dar cuando el juez disponga que el imputado, durante un período de prueba, se someta a un régimen que se determinará en cada caso, y que llevará por fin mejorar su condición moral, educacional etc., bajo control de los tribunales—, podría llegar a darse ante la participación de querellante privado, quien podrá directamente verificar que estén a salvo sus derechos, particularmente los daños sufridos.
- c) En el ejercicio de la acción penal privada podría llegarse a la abreviación de un procedimiento ante el reconocimiento de participación en el delito, con las pruebas recopiladas por los detectives del acusador particular. La sentencia se basaría en el hecho descrito en la acusación admitida por el imputado.
- d) También el ejercicio de la acción penal privada pudiera ser aplicado en México al igual que como ocurre en Guatemala, en los casos previstos para prescindir de la persecución penal por parte del Ministerio Público, conforme el criterio de oportunidad.<sup>6</sup>

C) Nivel probatorio. En sí, la acción penal privada se puede dar cuando el particular puede reunir él mismo los elementos de prueba.

Con respecto de las investigaciones de los particulares para reunir los elementos de prueba, cabe destacar que el nivel probatorio que ahora se exige al Ministerio Público para poder consignar, o en este caso a los particulares para ejercer la acusación, es un factor determinante para la viabilidad de la figura. “El nivel probatorio baja a un nivel razonable, en el que baste la existencia de datos probatorios relativos al ‘hecho que la ley señala como delito.’”<sup>7</sup> Un nivel en que baste

<sup>6</sup> Guatemala: Las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme al procedimiento especial previsto y siempre que no produzcan impacto social, en los casos siguientes:

1) Cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme el criterio de oportunidad.

<sup>7</sup> Quintino Zepeda, Rubén, *La orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso*, Ubijus Editorial, p. 21.

la existencia de datos probatorios, inferior a reunir el cuerpo del delito como está establecido actualmente en el Código Penal Federal.

En la exposición de motivos se observa que hay una necesidad para reducir el nivel probatorio que se exigió para integrar el cuerpo del delito, ya que: “En el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto (...) en virtud de que el Ministerio Público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal (...) ya que en ese caso no se lograría el objetivo de reducir la formalidad de la averiguación previa.”<sup>8</sup>

En el procedimiento penal que todavía se está aplicando a nivel federal y en la mayoría de los estados, el agente del Ministerio Público tiene el principal objetivo de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad para consignar el caso a un juez, y obtener un auto de formal prisión o de sujeción a proceso contra el inculgado. Una vez que considera acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, de acuerdo con el valor jurídico que a cada una de las pruebas existentes en actuaciones le otorga el Código Federal de Procedimientos Penales, hace la consignación ante la autoridad judicial correspondiente.

El legislador ha establecido que las pruebas presentadas por el Ministerio Público en el expediente, siempre que se ajusten a los parámetros que establece la ley tendrán valor probatorio pleno. Es decir valdrán más que una prueba en contrario presentada por el acusado. Ante la presencia de ambas pruebas, el juez tendrá que valorarlas de manera distinta con lo cual el Ministerio Público— de hecho— está determinando la inocencia o culpabilidad del acusado, con base en la fuerza legal preestablecida de su prueba y no en los méritos de la misma. Así, el Ministerio Público dos funciones procesales distintas: una como investigador, y otra, indirectamente como juez.

Otra manifestación de esta extensión de funciones se da a través del llamado principio de inmediatez avalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) Dicho principio consiste en que las pruebas recabadas por el Ministerio Público con mayor proximidad a los hechos delictivos, tendrán mayor valor probatorio que las pruebas recabadas con posterioridad, aún cuando estas resulten en un sentido contrario a las primeras. Con este fundamento, el Ministerio Público ha adquirido una función

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 22.

adicional e indirecta como juzgador, pues la declaración de un testigo o del acusado ante el Ministerio Público, al principio de la investigación va a determinar en gran medida el sentido de la sentencia, aún cuando el proceso arroje más adelante elementos probatorios adicionales y contrarios.<sup>9</sup>

Bajo el nuevo esquema la averiguación deja de tener carácter pseudo—judicial, donde se desahogan y valoran medios de prueba, para limitarse a ser una fase de investigación preliminar a cargo del Ministerio Público. En ella, el Ministerio Público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal, pues el objetivo es la separación de funciones y reducir la formalidad de la averiguación previa para que, bajo el principio de concentración, sólo se consideren como pruebas aquellas que sean presentadas en la audiencia del juicio estando el juez siempre presente.

En el caso de la acusación penal privada del particular acusador, al desaparecer la prueba tasada y establecerse la libre valoración de la prueba en audiencias transparentes —en igualdad de condiciones para conocer de viva voz las pruebas de la parte contraria, y presentar las propias también oralmente—, estará bajo las mismas condiciones que el Ministerio Público para reunir las pruebas que le permitan presentar una acusación: producir prueba en el juicio, con el formato que permita satisfacer la inmediación y la contradicción, cuyo valor probatorio no sea predeterminado.

## V. DECISIONES A TOMAR

A) ¿Ejercicio directo? Lo primero que tendrá que definir el legislador, al crear las leyes secundarias, es si la víctima podrá efectivamente ejercer la acción penal directamente ante un juez —como se indica en la exposición de motivos de la reforma constitucional, en la que expresamente se señala: “(...) También se propone dotar a los particulares de la facultad para ejercer directamente la acción penal”— o si lo deberá hacer sujetándose a algún requisito o procedimiento (declaratoria de procedencia ante juez, ante el propio Ministerio Público o

<sup>9</sup> Carbonell Sánchez, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, “Elementos del Sistema Penal que México necesita” en *Iter Criminis* Revista de Ciencias Penales, enero-febrero 2008, INACIPE, p. 58.

algún otro). De no ser la acción directa, se atacaría la naturaleza de la figura.

En la exposición de motivos de iniciativa de reforma constitucional, expresamente se señala que: “(...) También se propone dotar a los particulares de la facultad para ejercer directamente la acción penal”. Y acto seguido se citan las palabras del reconocido jurista Sergio García Ramírez: “¿Por qué no abrir espacio para que el particular pueda, en determinadas hipótesis, constituirse en actor penal? (...) Si alguna vez pareció (...) necesario que el ofendido (...) quedase al margen de la acción penal, propiamente, tal vez ahora lo sea de que la reasuma y esgrima directamente ante el órgano jurisdiccional en asuntos de preponderante interés privado”.

Asimismo el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, al referirse a la acción penal privada, señala de manera literal que es: “(...) la posibilidad de ejercer directamente la acción penal”, ya que “(...) tales posibilidades permitirán hacer más transparente la procuración de la administración de justicia, toda vez que se da pauta para la existencia de un control ciudadano sobre las funciones de procuración de justicia”.

Siendo ello así, someter a la víctima que quiera ejercer acción privada a una visita ante el Ministerio Público, o peor aún obtener su visto bueno para ello, importaría contradecir el espíritu de la reforma constitucional. Sin embargo, dado que ningún sistema acusatorio es totalmente puro, que cada uno se prepara considerando exigencias de las sociedades de cada país de combatir eficientemente los índices delincuenciales, y en consideración también a la naturaleza de sus instituciones, en el nuestro pudieran establecerse prerequisites que desnaturalicen la figura, propios de la cultura y tradición jurídica mexicanas, o simplemente de control.

De quedar en el código procesal la acción directa ante el juez competente, la formulación de la acusación debería tener los mismos efectos que la imputación formulada por el Ministerio Público: la vinculación del inculpado a proceso en el caso de reunirse los requisitos para ésta, y la aplicación de medidas cautelares ante juez de control.

B) Admisibilidad de la prueba. La víctima, para ejercer la acción penal privada, requerirá realizar investigaciones que reúnan pruebas, para el proceso.

Los elementos de prueba que obtenga el acusador particular de forma lícita, podrán ser utilizados con plena eficacia en el enjuiciamiento criminal seguido ante tribunal competente. “Si bien la persecución de los delitos es tarea del Estado, no es posible deducir de ello que exista un monopolio estatal absoluto respecto a la realización de las investigaciones del proceso penal, del mismo modo que al ofendido por el delito le asiste el derecho a participar en el enjuiciamiento punitivo, de forma activa bajo la forma jurídica de la acusación particular”.<sup>10</sup>

El problema será cuando el acusador particular obtenga los elementos de prueba violentando el Derecho. Ejemplos de ello pudieran ser: la extorsión de persona alguna, con la finalidad de obtener documentos que puedan comprobar el delito que se cometió en su contra; el allanamiento al domicilio del acusado para los mismos efectos, o la obtención de confesión bajo tortura.

En Estados Unidos la *exclusionary rule* no entra en juego cuando se trata de pruebas obtenidas ilícitamente por particulares por considerar que su objetivo es el control de las actuaciones policiales. Excepcionalmente la cuarta enmienda es aplicable a las investigaciones realizadas por los particulares “cuando estos actúen como un instrumento o agente del gobierno, por ejemplo cuando la policía ordena a un particular abrir un paquete que pertenece a otra persona”.<sup>11</sup>

En España, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “(...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas violentando los derechos o libertades fundamentales.”<sup>12</sup> Para la mayor parte de la doctrina española, el mandato legal que limita la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita afecta tanto a las autoridades o funcionarios públicos, como a los particulares.

La negativa de admitir prueba ilícita dentro de un procedimiento obedece a varios factores:

<sup>10</sup> Núñez Ojeda, Raúl, “El ofendido por el delito y la prueba en el enjuiciamiento criminal español” en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Chile, Editorial Lexis Nexis, mayo de 2003, p.116.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 118

<sup>12</sup> *Ibid.*

- a) El Estado debe evitar violentar derechos subjetivos públicos y, al mismo tiempo, debe garantizar la no vulneración de estos derechos por otros particulares. Esto nos da una doble protección: aquella que se opone directamente a la autoridad y la que se opone ante terceros (particulares).
- b) En este mismo tenor, la admisión de prueba obtenida ilícitamente podría llegar a considerarse un estímulo para violentar la seguridad jurídica, en aras de una sentencia favorable para el actor penal.

Por lo anterior, resulta recomendable mantenerse en la línea de inadmisibilidad de la prueba ilícita también en el caso de la acción penal privada.

C) Apoyo institucional en la investigación del actor penal privado. Habrá que regular en el código procesal, el apoyo que tenga la víctima por parte del Ministerio Público y los tribunales para preparar su querrela. Sería razonable contemplar en la ley secundaria, que el tribunal preste auxilio cuando el particular requiera de cierto apoyo para realizar diligencias que, por sí mismo, no haya logrado, tales como individualizar al acusado o determinar su domicilio; o realizar el planteamiento claro y preciso del hecho. Así, habrá que definir si el Ministerio Público lo hará y, de ser afirmativa la respuesta, en qué términos.

Considero que la participación del Ministerio Público será necesaria, particularmente porque en nuestro país la policía ha estado a su cargo. Su intervención podría ser solicitada mediante el juez, y así la víctima podría pedir auxilio judicial para que el Ministerio Público, la policía o cualquier otra entidad pública o privada, facilite o apoye la obtención de determinado medio de prueba.

## VI. CONCLUSIONES

Como se ha visto durante el desarrollo del presente artículo, son varias las decisiones que el legislador deberá tomar al momento de plasmar en las leyes secundarias esta figura constitucional. Su éxito dependerá en gran medida de esta regulación.

La acción penal privada es un control ciudadano sobre las funciones de procuración de justicia, pero su uso no puede ni debe ser ilimitado. Por ello, sólo deberá ser aplicable en aquellos casos en que el

interés afectado sea preponderantemente privado, es decir, en aquellos delitos en que es menor el reproche social.

La relación de delitos en los que se aplique en nuestro país la acusación penal privada pudiera ser corta, pero en ella es probable que se incluyan transgresiones que suceden con mucha frecuencia, y en algunos casos como en el daño en propiedad ajena —en el que se incluyen los accidentes de tránsito— se podría utilizar cuantiosamente por aseguradoras o despachos de abogados, lo que promovería esta figura para solucionar conflictos.

Si bien es cierto que este ejercicio privado de acción penal fue diseñado para no requerir la injerencia previa e ineludible de una parte acusadora estatal, con lo cual se da una notable ampliación de los derechos de las víctimas y/u ofendidos del delito, ante la ausencia de regulación secundaria en nuestro país, nuestra pregunta queda en el aire: ¿será establecida bajo estos términos en nuestro sistema legal?