

## EL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN PENAL

(A la luz del estatuto vigente y del proyecto de Código)\*

Dr. ÁLVARO VARGAS\*\*

Dentro del vasto panorama de las disciplinas jurídicas, la ciencia del proceso es, evidentemente la más reciente y la que ha experimentado un más vigoroso desarrollo. Es la más reciente, porque su consolidación como tal apenas data de la segunda mitad del siglo pasado. Y es la de más vigoroso desarrollo porque en tan solo ese breve (por no decir brevísimo) lapso ha incorporado a la ciencia del derecho en general una serie de categorías, conceptos y estructuras apenas comparable con la que dicha ciencia, en su transcurrir, había acumulado hasta entonces en materia sustantiva.

Es unánime la historiografía jurídica en señalar como fecha de nacimiento de la ciencia del proceso el lapso comprendido entre los años de 1856 y 1857, época en la cual tuvo lugar en Alemania una célebre disputa entre los profesores WINDSCHEID y MUTHER, con respecto al derecho de acción. Disputaban dichos profesores (y al hacerlo recogían toda la herencia conceptual decantada por el tiempo) acerca de lo que debería entenderse por el derecho de acción y de las relaciones existentes entre este y el derecho material. Servía como telón de fondo a la disputa doctrinaria aquella concepción clásica o tradicional que sostenía, con base en el derecho romano, que la acción no era otra cosa que el derecho a perseguir en juicio lo que a uno se le debe. Dicha tesis, denominada *teoría o concepción monista de la acción*, equiparaba acción y derecho material a las dos cara de una misma moneda. La acción, se decía, es el mismo derecho sustantivo en su tendencia a la actuación. Es el mismo derecho material, se agregaba, en pie de guerra. Mediante tales metáforas se quería significar, obviamente, que acción y derecho subjetivo constituían un todo o unidad.

Como consecuencia de dicha unificación, allí donde había derecho había necesariamente acción, y a la inversa: donde no había derecho, no había (ni podía haber) acción.

Sin embargo, la práctica de los juristas demostraba diariamente, que el actor, es decir, quien ejercía ante los tribunales el derecho de acción, terminaba con fre-

\* El texto que transcribimos corresponde a la conferencia pronunciada por el autor el 30 de julio de 1986, en el Auditorio de la Universidad de Medellín.

\*\* Profesor de Teoría General del Proceso y de Derecho Procesal Penal en la U. de Medellín.

ta acción para obtener el pago puede declararse de oficio o incluso puede declararse de oficio hasta prosperar.  
cuencia vencido en el juicio. De ser viable la unificación que propugnaba la teoría monista, en tales casos, puesto que el actor carecía de derecho sustantivo (merced a lo cual la sentencia le había sido adversa), tampoco podía haber ejercido acción. Pero, que había hecho uso de ella, era algo que ponía de manifiesto precisamente su derrota al término del proceso.

Además de lo anterior (suficiente de suyo para cuestionar severamente la identificación clásica entre el derecho subjetivo y la acción), tampoco podían soslayarse los problemáticos casos de las obligaciones naturales, en las cuales, existiendo derecho sustantivo o material, se carece, no obstante, de acción.

Forzoso fue admitir, entonces, que acción y derecho subjetivo eran dos cosas distintas o constituían dos realidades jurídicas diversas. Es decir: una cosa era lo que a uno se le debía (derecho sustantivo o material), y otra bien distinta era el derecho a perseguir en juicio aquello que a uno se le debía (acción o derecho de acción).

Adoptando como punto de partida dicha distinción, irrumpen, pues, en el escenario juridicoprocesal las concepciones que afirman la autonomía de la acción frente al derecho subjetivo que, mediante ella, se pretende hacer valer. Paulatinamente sigue avanzándose por el recién abierto camino de la independencia o separación (en medio de la pugna entre las teorías concreta y abstracta de la acción), hasta llegar a afirmarse, como se afirma hoy (si no unánime por lo menos mayoritariamente en la doctrina), que la acción no es otra cosa que un simple poder, derecho o facultad de promoción externa de la jurisdicción. Como derecho, el de acción es subjetivo y público, autónomo y abstracto, cuyo sujeto activo es quien reclama la tutela jurisdiccional y cuyo sujeto pasivo es el Estado, quien, por conducto del órgano jurisdiccional, debe precisamente dispensar la tutela jurídica que el actor reclama. Tan evidentes son hoy la independencia y autonomía de la acción con respecto al derecho material, que, antes que a la órbita procesal, la acción pertenece, más bien, como derecho o garantía cívica, a la esfera constitucional.

Esta concepción moderna de la acción, desarrollada en el seno del derecho procesal civil, es susceptible de ser aplicada al proceso penal (y frecuentemente lo es), pero, como en la represión del delito está interesada toda la comunidad y no solamente el particular damnificado, para no dejar librado al arbitrio de este el ejercicio o no de la acción penal en cada caso, se le entrega la titularidad de la misma (y con ella la obligación de ejercerla en todos los casos) al Estado, pero no representado por el órgano jurisdiccional, sino por un ente u organismo distinto, que suele denominarse Ministerio Público o Ministerio Fiscal.

En tales condiciones el esquema de la acción civil es perfectamente aplicable, entonces, a la acción penal, resultando viable distinguir en esta también un sujeto activo, que es el ente oficial (Ministerio Público o Fiscal) que reclama la intervención del órgano jurisdiccional (como sujeto pasivo) frente a un caso determinado.

Dicha transposición exige, sin embargo, que el proceso penal no se halle organizado a la manera inquisitiva, sino a la manera acusatoria, pues, cuando acontece lo primero, no es posible intentar construir siquiera, desde el punto de vista técnico-procesal, un concepto válido de acción penal, tal como lo ejemplifica elocuentemente el caso colombiano.

¿Qué ha ocurrido, en efecto, en Colombia con la acción penal y qué cabe esperar que ocurra, si el reciente proyecto de Código llega a regir?

Dentro del estatuto procedimental vigente, el régimen de la acción penal fluye de los arts. 9º, 10 y 11, principalmente. El art. 9º se refiere a las acciones que surgen de la infracción penal, y literalmente establece: "Toda infracción de la ley penal origina acción penal y puede originar también acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción". Señala, pues, dicho artículo la fuente de la acción penal. El art. 10 indica a quién corresponde la acción penal, y textualmente dispone: "La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente con la colaboración del Ministerio Público". Finalmente, el art. 11 estatuye: "La acción penal es siempre pública. Se iniciará de oficio a menos que la ley exija petición o querrela de parte".

A la luz de las anteriores normas, y sobre todo del régimen de la acción penal que de ellas surge, es absolutamente imposible trasladar al proceso penal colombiano vigente el concepto moderno del derecho de acción. La imposibilidad es obvia: tal concepto exige, en efecto, que un actor reclame del órgano jurisdiccional la tutela jurídica. Ahora bien: por mandato constitucional, el órgano jurisdiccional es el encargado, en Colombia, de dispensar dicha tutela y lo hace, como se sabe, por conducto del funcionario de instrucción y del juez competente, pero, según el art. 10 del C. de P. P., "la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente". Siendo ello así, imperativo es concluir, entonces, que en Colombia coinciden el sujeto activo de la acción penal (es decir, quien puede, como titular de ella, reclamar la tutela jurídica) y el sujeto pasivo de la misma (esto es, quien debe prestar o suministrar dicha tutela). Si optáramos, en consecuencia, por trasplantar al proceso penal colombiano el concepto y estructura modernos del derecho de acción, desembocaríamos necesariamente en el absurdo de que, en Colombia, el órgano jurisdiccional (funcionario de instrucción o juez competente) se promueve o se excita externamente (es decir, se reclama tutela jurídica) a sí mismo, porque, además, según el art. 11 del Código, la acción penal es siempre pública y oficiosa.

En lo anterior radica la imposibilidad de construir en Colombia un concepto válido de acción penal.

¿Qué se ha hecho, entonces, en la legislación colombiana para evitar (o por lo menos tratar de disimular) el absurdo de que coincidan, en un mismo sujeto (el órgano jurisdiccional), quien tiene derecho a solicitar la tutela jurídica y quien soporta la obligación de dispensarla?

Sencillamente, establecer en el art. 112 del C. de P. P. lo siguiente: "Sujeto pasivo de la acción penal. El sujeto pasivo de la acción penal tiene la calidad de procesado". Sin embargo, el sujeto pasivo de la acción penal, en sentido técnico-jurídico, no puede ser otro que el Estado, como ente obligado a dispensar la tutela jurisdiccional. El procesado, si es sujeto pasivo de algo, lo es, quizás, de la pretensión punitiva, pero, en ningún caso, de la acción penal. Tratando de evitar, entonces, el absurdo de reunir en un mismo ente (el órgano jurisdiccional) los sujetos activo

y pasivo del derecho de acción, se incurre en la impropiedad de confundir el concepto de acción penal con el concepto de pretensión punitiva.

¿En cuáles se ven, merced a todo lo precedente, nuestros tratadistas de derecho procesal, en general, y de derecho procesal penal, en particular, para tratar de construir una noción congruente de acción penal?

La dificultad no deriva, obviamente, de falencias atribuibles a ellos (pues son muy serios y respetables todos), sino de la imposibilidad, atrás recalcada, de trasladar al proceso penal colombiano, dada su organización inquisitiva, el concepto y estructura contemporáneos de la acción. En tales circunstancias, especial encomio merece la felicísima intuición del profesor ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, quien, al ocuparse de todos estos problemas de la acción, en su *Nuevo curso de derecho procesal penal* (obra que aguarda una pronta reedición), termina equiparando la acción penal en Colombia a una simple actividad del órgano jurisdiccional, que se confunde con el ejercicio, en concreto, de la jurisdicción y la competencia penales.

Abandonando, empero, el plano meramente teórico, oportuno resulta examinar ahora las consecuencias que acarrea para la organización y funcionamiento del proceso penal colombiano el régimen de la acción penal actualmente en vigencia. Tales consecuencias, que son básicamente dos, emergen del art. 10 del C. de P. P., cuando dispone: “La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente con la colaboración del Ministerio Público”.

La primera (y la más grave) de dichas consecuencias consiste en que, *en Colombia*, merced al texto legal anterior, el juez acusa y juzga. Lo primero, al calificar el mérito del sumario con auto de proceder; lo segundo, al epilogar el proceso mediante sentencia. De entrada, pues, confluyen en el juez penal colombiano dos de las tres funciones procesales básicas (las de acusar y juzgar), pero, como si ello no fuera suficiente, a poco andar recae también sobre él la función procesal de defender, que es la tercera y última de las tres. Efectivamente: su tarea como defensor comienza con el art. 335 del C. de P. P., que lo obliga a investigar con igual celo tanto lo perjudicial como lo favorable al procesado, y prosigue con todas aquellas disposiciones procedimentales que lo fuerzan a otorgarle al mismo, aun oficiosamente, toda gracia, beneficio o subrogado a que tenga derecho.

En razón, entonces, de ser el titular de la acción penal —vale la pena reiterarlo—, el juez en Colombia debe sucesivamente, dentro del mismo proceso, acusar y juzgar.

Técnicamente hablando, la acusación entre nosotros se formula, ciertamente, en aquella trascendental pieza del proceso que se denomina “auto de proceder”. Es, pues, de la esencia de dicha providencia contener una acusación, que no es otra cosa que la imputación de un delito específico a una persona determinada. ¿Y quién profiere en Colombia el auto de proceder? ¿Quién verifica la imputación de un delito específico a una persona determinada? ¿Quién formula, en síntesis, la acusación? Inequivocamente, el juez, pero no cualquier juez, sino el juez competente o juez del conocimiento, quien, al cabo del juicio terminará, precisamente, condenando o absolviendo al procesado por la acusación que él mismo le había previamente formulado en el auto de proceder.

Naturalmente, si el juez no fuera en Colombia el titular de la acción penal y su papel se redujera simplemente a dispensar, como sujeto pasivo de la misma, tutela jurisdiccional, tendría que haber un tercer sujeto procesal encargado de formular la acusación, que bien podría ser (tal como ocurría en el fallido decreto 181 de 1981) el Ministerio Público.

Lo anterior no es, empero, lo que actualmente ocurre, aunque no es infrecuente escuchar (o leer) que quienes acusan en Colombia son el agente del Ministerio Público o la parte civil. Tal aseveración no es exacta, si se atiende a lo precedente, pero, para demostrarlo por otra vía de argumentación, suficiente es observar cómo aquellos procesos (por cierto numerosos) en los cuales no interviene parte civil y el agente del Ministerio Público no solicita la condena del procesado, subsisten, sin embargo, como verdaderos y auténticos procesos, sobre cuyo objeto principal debe el juez, de todas maneras, pronunciarse en la sentencia. Si dichos procesos no se desquician por ausencia de acusación (no obstante la inexistencia o pasividad de los presuntos “acusadores”), ello obedece a que aquella aparece formulada en el auto de proceder previamente dictado por el juez.

Ya para terminar el examen de esta primera consecuencia, resta solo señalar que, merced a la confluencia en el órgano jurisdiccional de prácticamente todas las funciones procesales básicas, el proceso penal colombiano suele terminar convertido en un doloroso monólogo judicial, que a veces comienza (piénsese, por ejemplo, en los juzgados de pueblo) desde cuando el juez atiende a la recepción de la denuncia.

La segunda consecuencia que entraña para la organización y funcionamiento de nuestro proceso penal el régimen de la acción adoptado por el art. 10 del C. de P. P., deriva de la expresión “con la colaboración del Ministerio Público”, que aparece consignada al cierre del prealudido texto legal. *Dicha expresión tiene la virtud*, no siempre advertida a primera vista, de convertir al agente del Ministerio Público en un presupuesto necesario para la existencia y validez del proceso penal colombiano, hasta el extremo de que ejercer la acción penal prescindiendo de tal colaboración equivale a ejercerla indebidamente y a propiciar el desquiciamiento (no por razones de nulidad sino de inexistencia) del proceso en el que ello ocurra. ¿Cuál podrá ser, entonces, a la luz de lo anterior, la validez de aquellos procesos en los cuales la “colaboración” del agente del Ministerio Público se reduce a la suscripción de las diligencias de notificación personal?

Al margen de lo precedente, *la expresión examinada es también la responsable de que el agente del Ministerio Público termine convertido en titular de un amplísimo catálogo funcional*, apenas superado, en cuanto a extensión y complejidad, por el del propio juez. Ciertamente: además de sus tareas habituales como *órgano de vigilancia judicial* y como *parte* (representando en este último caso, en pie de igualdad con las restantes “partes”, a la sociedad en el proceso), el agente del Ministerio Público debe, como *colaborador* del órgano jurisdiccional en el ejercicio de la acción penal, ejecutar diversas actividades, entre las cuales cabe destacar las dos siguientes: cooperar en la vigilancia de los procesados favorecidos con beneficios tales como el de detención parcial en el propio lugar de trabajo o el de suspensión de la detención y emitir concepto previo a la decisión de peticiones concernientes,

por ejemplo, a la aplicación del art. 163 del C. de P. P. o al otorgamiento de la libertad provisional bajo caución.

Sentadas las premisas anteriores, el análisis del régimen de la acción penal en el proyecto de Código de Procedimiento no demanda especial esfuerzo.

El proyecto se ocupa de este tema, básicamente, en dos artículos: en el 8°, que consagra el "principio de oficiosidad", y en el 23, que atañe a la titularidad y ejercicio de la acción penal. El primero de tales artículos dispone: "Oficiosidad. Salvo las excepciones legales, la acción penal se inicia y adelanta siempre de oficio". El segundo, por su parte, establece: "Ejercicio de la acción penal. La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público".

¡Continuamos, pues, procesalmente hablando, anclados más atrás de la segunda mitad del siglo XIX! ¡Nuevamente estamos armando un proceso inquisitivo que nos hará absolutamente imposible construir un concepto racional y coherente de acción penal! ¡Una vez más le estamos otorgando simultáneamente al órgano jurisdiccional las calidades de sujeto activo y pasivo de la acción! ¡Otra vez, en fin, estamos propiciando el monólogo del pobre juez que acusa, defiende y juzga!

Del mismo modo, esforzándonos por evitar la confluencia en un mismo ente u órgano de los sujetos activo y pasivo de la acción, hemos consignado de nuevo en el art. 134 que "el sujeto pasivo de la acción penal tiene la calidad de procesado". ¡confundiéndose, así, una vez más, los conceptos de acción penal y pretensión punitiva!

Además de heredar del régimen vigente todo cuanto ha quedado dicho, la reglamentación contenida en el proyecto ofrece también algunas peculiaridades que vale la pena resaltar.

Obsérvese, de veras, en primer lugar, cómo los arts. 8° y 23, ya citados, se ocupan de la oficiosidad, ejercicio y titularidad de la acción penal, sin que previamente ningún otro artículo haya señalado (como sí lo hace el art. 9° del estatuto actual) cuál es la fuente u origen de la misma. Opta, pues, por reglamentar el proyecto algo que no se sabe cuándo, cómo ni de dónde surge.

Se restringe, en segundo lugar, en el art. 23, el ejercicio de la acción penal a "los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público", ante lo cual debe entenderse excluida de la titularidad de la misma cualquier persona, organismo o corporación que no tenga la calidad de "funcionario de la rama jurisdiccional del poder público". Sin embargo, en una aparente demostración de incongruencia, el art. 70 del proyecto, al señalar quiénes administran justicia penal, incluye dentro de su enumeración al Congreso, cuyos miembros, aunque tradicionalmente han ejercido funciones jurisdiccionales, no son, de ninguna manera, "funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público". ¿Será que el juzgamiento, en tales eventos, no entraña ejercicio de la acción penal?

En tercer lugar, desaparece toda alusión, en el mismo art. 23, al agente del Ministerio Público como colaborador del órgano jurisdiccional en el ejercicio de la acción penal. Ello le quita, obviamente, su carácter actual de presupuesto necesario para la existencia y validez del proceso penal y reduce considerablemente su amplio catálogo funcional, hasta el extremo de que, sin perjuicio de sus tareas

habituales de vigilancia judicial, queda prácticamente reducido a una modesta condición de PARTE. A riesgo de quebrantar, entonces, el principio de igualdad de las partes en el proceso (art. 7° del proyecto), ya no parece posible seguirle otorgando al agente del Ministerio Público el tratamiento preferencial que, por muchos aspectos, se le dispensa hoy. Finalmente, como consecuencia de no habersele mencionado como colaborador del órgano jurisdiccional en el ejercicio de la acción penal, ha desaparecido el soporte legal y técnico-procesal de sus conceptos previos y de su obligación de cooperar en la vigilancia de los procesados favorecidos con ciertos beneficios o subrogados. Aun cuando, seguramente, la comisión redactora tuvo muy en cuenta todo lo anterior al momento de reglamentar las distintas instituciones procesales, tengo la impresión de que todavía subsisten algunos privilegios, funciones de vigilancia y conceptos previos.

Como cuarta y última peculiaridad, cabe señalar que, al introducir en el art. 65 la figura de la "condenación en costas", el proyecto ha colocado al órgano jurisdiccional (o, mejor, parece haberlo colocado) en la paradójica situación de condenarse en costas a sí mismo. En lo pertinente, dicho artículo dispone: "El juez en la providencia que decida definitivamente el proceso, un incidente, recurso, o en la que se abstenga de abrir investigación penal, condenará en costas a quien promovió la acción, propuso el incidente o interpuso el recurso, si se llegare a la convicción de que actuó con intención arbitraria, o con el propósito de abusar del derecho mediante el proceso".

Ahora bien, como, según el art. 8° del proyecto, "salvo las excepciones legales, la acción penal se inicia y adelanta siempre de oficio" y como, según el art. 23 ibidem, "la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público", es claro que, llegada la hora de condenar en costas a quien promovió la acción, el juez encontrará que dicho promotor fue él mismo.

¿Reconocerá, entonces, "que actuó con intención arbitraria, o con el propósito de abusar del derecho mediante el proceso"?