

Fernando Curiel Defossé

LA ACCION PENAL COMO UNA CATEGORIA PROCESAL Y
SU EJERCICIO COMO UN ASPECTO DE LA ATRIBUCION DE
PRETENSION PUNITIVA DEL ESTADO CONTEMPORANEO

(ENSAYO)

MEXICO, D. F.

— 1967 —



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Fernando Curiel Defossé

LA ACCION PENAL COMO UNA CATEGORIA PROCESAL Y
SU EJERCICIO COMO UN ASPECTO DE LA ATRIBUCION DE
PRETENSION PUNITIVA DEL ESTADO CONTEMPORANEO

(ENSAYO)



EXAMENES
PROFESIONALES

MEXICO, D. F.

— 1967 —

A mis padres:

AMADEO y TERESA

a HILDA

al Licenciado

LUIS FERNANDEZ DOBLADO

al Doctor

MANUEL RIVERA SILVA

en esa brevedad: cuando el tiempo se apresura en nuestra sangre y
en nuestra piel y nos enciende: cuando al menos un hacinamiento de
palabras flota y perturba la honda soledad; el hondo olvido.

INDICE

PRIMERA PARTE

LA ACCION

apartado primero.— Categoría Procesal.

apartado segundo.— Breve noticia histórica sobre el concepto Acción.

apartado tercero.— La Acción.

apartado cuarto.— Teoría Unitaria del Proceso.

apartado quinto.— Conclusiones.

SEGUNDA PARTE

LA ACCION PENAL: PRINCIPIOS DE SU EJERCICIO.

Introducción al Tema.

apartado primero.— El Estado Moderno.

apartado segundo.— El Estado y el Delito.

apartado tercero.— La Jurisdicción.

apartado cuarto.— La Acción Penal

apartado quinto.— La Atribución de Pretensión Punitiva no es un juicio de valor.

TERCERA PARTE

LA ACCION PENAL Y SU EJERCICIO EN EL DERECHO POSITIVO.

apartado primero.— Las atribuciones de solución heterónoma penal y de pretensión punitiva en el Estado Mexicano.

apartado segundo.— Los principios del ejercicio de la acción penal federal.

apartado tercero.— La acción penal federal.

CUARTA PARTE

CONCLUSIONES GENERALES.

apartado primero.— Conclusiones Generales.

PRIMERA PARTE

LA ACCION

apartado primero.— Categoría Procesal.

apartado segundo.— Breve noticia histórica sobre el concepto Acción.

apartado tercero.— La Acción.

apartado cuarto.— Teoría Unitaria del Proceso.

apartado quinto.— Conclusiones.

Apartado Primero

Categoría Procesal.

El orden de soluciones que el Derecho representa va de lo general a lo particular: en el extremo de las soluciones totales está la circunstancia de que es uno de los medios que posibilita, garantizándola, la vida humana de relación; como ejemplo de solución particularizada tenemos la necesaria y gradual especialización que el sistema jurídico adopta ante los temas concretos de la conducta social. Es decir, con el derecho positivo, por un lado, se estatuye la normación general de la sociedad que se trate y, por otro, se abstrae de ese fondo gregorio materias específicas que se rigen, también, en modo específico. Es esta última característica del Derecho la que nos interesa analizar.

Dijimos, en líneas inmediatas, que la especialización del orden jurídico es necesaria; esto parte de los datos que la misma realidad informa y que en síntesis expresan: primero: la versatilidad del quehacer social y, segundo: la solicitud de las manifestaciones sociales de ser ceñidas en un tratamiento normativo particularmente adecuado. Debemos aclarar, sin embargo, que lo anterior no desatiende la noción del orden jurídico cerrado⁽¹⁾, porque no sustentamos la idea de que un orden normativo se desdobra en

1). El pensamiento más lúcido sobre la cohesión o unidad del derecho positivo se encuentra, desde nuestro punto de vista, en las proposiciones Kelsenianas; "Para una cierta normativa —comenta— una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas..." Teoría Pura del Derecho, pág. 25, y "Una pluralidad de normas (jurídicas F.C.) constituye una unidad, un sistema o un orden, cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituyen su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado, únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de ese orden" T.P. del D. pág. 135.

una multitud de pequeños, autónomos e inconexos sistemas jurídicos. Partimos, precisamente, de esa noción en tanto que señalamos que con el derecho positivo se estructura un modo general de ordenación normativa que se inscribe, desde luego, en la Constitución Jurídica: norma primaria o de partida que deslinda el límite y las condiciones formales para el desenvolvimiento espacial, temporal, material y personal de las disposiciones o grupos de disposiciones particulares.

La ya señalada especialización del orden jurídico frente al objetivo social que le compete (²), trae como consecuencia la indispensable creación de categorías e instituciones apropiadas a su concreto destino de ordenación eficaz; instituciones y categorías que sólo en esa especial solución normativa adquieren significación y razón de ser. No resulta, por ejemplo, lógico y eficaz, el íntegro traslado de los instrumentos que norman la creación parlamentaria de la ley al régimen que encauza la actividad económica del Estado. Ahora bien, esta conclusión centra el motivo de nuestras apresuradas disquisiciones.

Uno de los efectos típicos de la vida comunitaria es lo que podríamos llamar la incertidumbre del derecho: la repetida infracción de bienes jurídicamente tutelados que el comercio humano produce. Esta impresionantemente región de lo social es reglamentada por el sistema jurídico en forma también típica y particular, manejando, de acuerdo a la conclusión arriba destacada, dimensiones normativas que sólo frente a ella logran plenitud. Incuestionablemente, dentro de esa rama de conducta, la parte que se refiere al restablecimiento técnico y metódico del derecho (³), es la más rica y trascendental; de ella se ocupan los tribunales y su actividad se conceptúa como procesal. Es aquí donde la categoría Acción, que en términos dilatados puede considerarse como el momento a partir del cual se dinamiza la función jurisdiccional, adquiere un significado estricto.

-
- 2). Es decir, su validez material, que según Kelsen, se integra cuando "...se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica (la norma F.C.), sean del orden religioso, económico o político". T.P. del D. págs. 35 y 36.
 - 3). "Esta actividad o mejor, este conjunto de actividades que el Estado desarrolla por medio de los órganos jurisdiccionales, está detalladamente disciplinada por las normas del derecho procesal objetivo, y puede agruparse en dos grandes categorías:
 - I. Actos de naturaleza declarativa o a la declaración conexos, dirigidos a la declaración de las relaciones jurídicas concretas de derecho material y procesal inciertas.
 - II. Actos de naturaleza ejecutiva o conexos a la ejecución, dirigidos a la realización coactiva de las relaciones jurídicas materiales, que resulten legalmente ciertas". Ugo Rocco, Teoría del Proceso Civil, pág. 187.

Apartado Segundo.
Breve Noticia Histórica sobre
el concepto de la Acción.

Cronológica y doctrinariamente, la Teoría Jurídica de la Acción se da en dos grandes momentos: en el primero de ellos se le concibe como una prolongación metamorfoseada⁽⁴⁾ del derecho material cuestionado; en el segundo se ve a la Acción como una entidad aparte y distinta y con un carácter, fundamentalmente, procesal.

Creemos que la condición de este trabajo justifica la siguiente narración, artificial y apretada, de las teorías expuestas alrededor de nuestro tema:

Las definiciones de marcado perfil civilista sobre la Acción, arrancan del sistema jurídico romano; para Ulpiano, por ejemplo, ésta "es el derecho de pedir en juicio lo que se nos debe"⁽⁵⁾. Tales ideas, con sus variaciones y modalidades, dominan la tradición romanista napoleónica⁽⁶⁾. Así, hasta Planiol, quien la supuso instituída a favor del acreedor, como un derecho independiente y accesorio destinado a garantizar otro derecho, Duguit,

4). Es decir, el derecho material adquiere una nueva calidad.

5). Amílcar A. Mercader, "La Acción, su naturaleza dentro del orden jurídico". pág. 52.

6). "Pothier... lo mismo que Delvincourt... siguieron a Heineccius, para quien la acción no es un derecho, jurídicamente hablando, sino la actividad del mismo, su posibilidad y la vía o el medio de realizarlo a través del juicio... Manresa, Mitquel y Reus, siguieron o transcribieron a Ulpiano o a Celso y, también Vinnius (Instit), concibiendo la acción como un "derecho en ejercicio"... Otro tanto dijo Goyena. Sostuvieron que el derecho es previo a la acción y, tanto, que puede existir sin ella, como en el caso de las obligaciones naturales... Para los comentaristas del tipo de Garsonnet et Bru hasta Japiot, la acción no difiere en lo mínimo de la que concibió la escuela civilizada en coincidencia con Savigny, que la nucleó perdurablemente. Todos piensan que la acción es el derecho u otro derecho armado que se pone en evidencia mediante la actitud especial que su titular asume a raíz del desconocimiento o la violación del mismo". Autor y Obra citados, págs. 52 y 53.

cuando dijo: el poder de querer jurídicamente y, por lo mismo, el derecho a que ese querer sea protegido socialmente, y del Vecchio; para quien es el derecho para el derecho (7). Sin embargo, es en la discusión emprendida por Windscheid y Muther, a partir de 1856, donde aflora, en sus notas modernas, la problemática de la Acción. (8).

Para Eduardo J. Couture las tendencias modernas en el pensamiento de aquélla se esquematizan en estos comportamientos: (9).

a).—La doctrina del Derecho Concreto de Obrar, en la que si bien se sostiene la dualidad derecho material-acción, se expresa que "la acción (pretensión) sólo compete a los que tienen razón".

b).—La doctrina del Derecho Abstracto de Obrar (Degenkoib, Liebman, Alfredo Rocco, Carnelutti), que manifiestan: "que tienen acción aún aquéllos que promueven la demanda sin un derecho válido que tutelar".

c).—"La corriente de ideas que configura la acción como un derecho potestativo", y que entiende por tales: "aquéllos derechos que dependen exclusivamente de la voluntad de su titular, sin que corresponda a ellos una correlativa sujeción de la parte sobre quien se ejercen". (Chiovenda).

d).—El pensamiento que ve en la acción un simple hecho. (Satta).

e).—La concepción relativista de la acción, que afirma la imposibilidad científica en la caracterización de nuestra categoría, porque en la relación epistemológica: sujeto-objeto, el primer elemento no participa de una actitud desinteresada, sino que está comprometido a una particular concepción jurídica; es decir, para semejante pensamiento, el concepto de la acción varía en cada autor, porque cada autor tiene una personal idea del derecho. (Pakelis, Calamandrei).

f).— La sección de la doctrina que propone la llamada Unidad de la acción y trata con ello de "no colocar las posiciones anteriores en planos irreductibles". (Mercader, Bartolini Ferro).

No sinteresa destacar las proposiciones del Dr. Amílcar A. Mercader (10), aunque dicha relación adolezca la misma medida anterior. El jurista argentino traslada al estudio de la acción la metodología Kelseniana; después de criticar a la teoría general su falta de precisión del objeto analizado, concluye, manejando los conceptos de heteronomía jurisdiccional como resultado de la paz por el derecho, de unidad e individualización reglada de la norma jurídica, en que la acción "no funciona al servicio de las relaciones jurídicas sino en cuanto a que está instituida como una categoría anterior de ordenamiento, cuyo destino es el de poner en marcha las últi-

7). Autor y obra citados, págs. 53 y 54.

8). Autor y obra citados, pág. 55.

9). Fundamentos del Derecho Procesal Civil, págs. 64, 65 y 66.

10). Opus cit.

mas etapas necesarias para la progresiva individualización de las normas que van descendiendo —a partir de la primera y fundamental— y que es indispensable para que la sentencia —como último tipo de la norma individualizada— descubra y determine, jurisdiccionalmente y con validez, la relación y el modo en que esa norma se enlaza con las consecuencias que la ley general imputa a los hechos determinantes del conflicto de intereses o pretensiones en cuyo torno se produjo el litigio", (11), y que si se le denomina como derecho, es con el "sentido de causa que abre la jurisdicción, ya no es una facultad sino un deber jurídicamente necesario para el sujeto que se pretende titular del crédito y a quien el ordenamiento le impone la obligación inexcusable de dirigirse a los órganos jurisdiccionales y le prohíbe, mientras tanto, dirigirse directamente contra su presunto deudor". (12).

Finalmente, Enrique Jiménez Asenjo, ordena la siguiente clasificación de las teorías expuestas sobre la naturaleza jurídica del instituto que nos ocupa: (13).

La palabra acción —señala—, tiene un entendimiento general y un entendimiento jurídico. En el concepto jurídico de la acción cabe distinguirse tres intenciones o significados:

a).— El significado clásico, que mira al contenido del derecho sustantivo, siendo la acción, por lo mismo, un derecho.

b).— El significado de la acción como "acto" de constituirse ante los tribunales solicitando justicia, refiriéndose, por lo tanto, a la "forma de ejercitar oficial y coactivamente aquel contenido"; en esta perspectiva, la acción es un hecho.

c).— El significado que entiende a la acción como un "medio" concedido por el orden jurídico para que pueda ejercitarse judicialmente la pretensión; la acción es aquí un "modo".

Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la acción, en puridad, forman dos tendencias: la tradicional, que considera a la acción como el derecho mismo en su expresión ante los tribunales y, la moderna, que considera al derecho sustantivo y a la acción como independientes. En la teoría moderna, si bien se parte de la distinción fundamental, existen varias posturas. Al tenor de lo anterior, tenemos:

I.— Teorías que fusionan la acción al derecho. Para esta postura, Clásica o Tradicional, la acción se encuentra adscrita al derecho material, y consiste en un poder por medio del cual el contenido del derecho al que acompaña puede, en su caso, encontrar efectivo cumplimiento, ya sea pacíficamente o coactivamente a través de los tribunales; es decir, ya sea

11). Opus cit, págs. 161 y 162.

12). Opus cit, pág. 163.

13). Derecho Procesal Penal, t. I, págs. 157 y 162.

extra o judicialmente. Para semejante posición, un "derecho incapaz de realizarse es una vaciedad intelectual por inoperante e impotente". Según Unger, la acción es el derecho material en estado de guerra. En Italia esa opinión es continuada por Fadda y Bensa. En el derecho español la casi totalidad de la literatura jurídica clásica mantiene ese pensamiento. La teoría tradicional, centra a la acción dentro del derecho sustantivo.

II.— "Teoría intermedia de la pretensión". Sobre la base de la dualidad: derecho material-acción, Windscheid postula una circunstancia entre el derecho y la acción: la pretensión jurídica. La define como "una necesidad del derecho a compeler a la voluntad ajena exigiendo algo; prestación o abstención. Esta exigencia jurídica se denomina pretensión. Los derechos relativos son ellos mismos verdaderas pretensiones; los absolutos producen pretensiones en el caso de su violación".

III.— "Teoría moderna o de la autonomía del instituto jurídico Acción. La nota general de este pensamiento que desvincula a la acción del derecho material, es considerar a la acción como "un derecho a exigir la tutela judicial del Estado, sea cual fuere su contenido intrínseco". Las variantes o direcciones de semejante postura son:

a).—La alemana.

La Teoría Jurídica de la Acción como derecho independiente es de origen alemán; el momento en que dicho entendimiento aparece es la polémica de Mutter y Windscheid. Sobre sus presupuestos, Wach, al entender a la acción como "el derecho público subjetivo de exigir del Estado la tutela jurídica mediante la sentencia" determina la radical separación entre la acción y el derecho material o sustantivo.

b).—La italiana.

En la dirección italiana y fundamentalmente en Chiovenda, "al que siguen sus sucesores", se entiende a la acción desde una referencia abstracta. Para dicho autor, la acción es "el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley"; ese poder, sin embargo, no se dirige contra el Estado, sino, más bien, juntamente con él y "frente al adversario".

c).—"Dirección absoluta nacional".

Para tal postura, la acción es un derecho sustantivo que contiene la facultad de promoción jurisdiccional para que se actualice la ley. El concepto que de la acción tiene esta sección de la doctrina, puede delimitarse como sigue: la acción, es "el poder o facultad jurídico (contenido de la acción) de exigir judicialmente (naturaleza procesal) el contenido de un derecho legalmente declarado".

apartado tercero

la acción.

La complejidad y polivalencia de la Teoría Jurídica de la Acción nos desorienta hasta el punto de no auspiciar, en su totalidad, alguna de las proposiciones relatadas. En cambio, la analizaremos desde una perspectiva que ciñe su expresión directa o evidente:

La unidad del sistema jurídico, como señalamos con anterioridad, no repudia su vertebración funcional. Para los efectos de nuestro desarrollo, tomaremos dos actitudes constantes de todo derecho positivo avanzado, a saber: la que ordena el régimen de la vida jurídica cierta o incuestionada y, la que ordena al régimen que dirime los casos jurídicamente inciertos que en modo invariable se presentan en la primera actitud reseñada. No obstante, y en una escala superior, tales extremos son manifestaciones de la característica esencial del fenómeno normativo: porque si el derecho es una metodización de la voluntad colectiva, dicha metodización no puede truncarse en la sola regulación del comercio jurídico pacífico, sino que debe acompañar a la relación material en todas sus posibilidades, y una de ellas es precisamente, la de su crisis o incertidumbre. Por comodidad en el uso del lenguaje nombramos a la primera forma normativa como régimen de situaciones normales o de situaciones jurídicamente incontrovertidas y a la segunda, como régimen de situaciones anormales o de situaciones jurídicamente controvertidas o jurisdiccionales o de solución heterónoma⁽¹⁴⁾. Ahora bien, en tanto que dentro del orden jurídico todo acto está condicionado por la realización de determinadas hipótesis, sin las cuales no se surten las consecuencias, debemos examinar si ambas ordenaciones, que participen de una misma razón funcional y normativa, tienen una existencia común con requisitos y condiciones también comunes; en otras palabras: saber si el paso de la primera actitud (situaciones jurídicamente incontrovertidas) a la segunda (situaciones jurídicamente controvertidas) se da sin solución de continuidad, o si, por lo contrario, es necesario exitar, promo-

14). Solución jurisdiccional o heterónoma por oposición a las soluciones directas o de autotutela. En términos generales, la envoltura normativa de la actividad jurisdiccional es el régimen jurídico procesal.

ver, mediante específicas condiciones, el devenir jurisdiccional requerido. Para ser consecuentes con todo lo que hasta ahora hemos expresado, manifestamos la opinión de que a pesar de que la diferencia de las dos formas normativas es simplemente de grado, ambas manejan sus temas de conducta en manera específica e independiente; es decir, hay una división de sus regiones, desprendiéndose de esto la necesidad de cumplir con un especial elemento que actualice su comunicación.

Creemos firmemente en las investigaciones que separan a la acción del derecho material incierto. ¿Qué es entonces la acción? Para nosotros, debido a la fácil perspectiva en que nos hemos colocado, la acción es precisamente ese elemento técnico normativo, esa hipótesis condicionada que al motivarse dinamiza la actividad jurisdiccional.

Desde este punto de vista que mira a la acción como una categoría general y unificada es imposible hablar de diferencias entre la acción que pone en movimiento la jurisdicción penal y la que cumple igual destino en la civil o laboral o administrativa. La distinción se fincaría en la diversa organización del ejercicio de la acción en cada una de esas jurisdicciones particulares; es decir: en los diversos caracteres que legitiman su cumplimiento.

La relación entre la acción y el derecho material, más que de medio a fin sería paralela, porque la declaración del segundo no se logra con la pura actualización de la primera, ni basta que aquel sea conculcado para que ésta se integre; lo que se motiva con la acción es la actividad procesal, actividad que normalmente culmina con la sentencia: momento en que las calidades del derecho material que da contenido al litigio dejan de ser una expectativa y se vuelven ciertas.

La lectura menos ardua, somera, de las elaboraciones explicativas de la acción, coinciden, según nuestro punto de vista, en señalarle el carácter de instituto que abre la jurisdicción. Es este entendimiento el que regirá, en manera definitiva, el tono del presente ensayo sobre la acción penal.

Apartado Cuarto.

Teoría Unitaria del Proceso.

Hemos señalado que la acción es, en el especial punto de mira que hemos adoptado, una categoría procesal especializada a una particular función normativa: la de permitir la apertura o comunicación jurisdiccional. Debemos recordar, además, que en términos generales, puede comprenderse al régimen procesal como la envoltura de la jurisdicción que, como ya quedó establecido, es un sistema de solución heterónoma de los conflictos jurídicamente significados. Ahora bien, si la acción es un instituto procesal de carácter general y unitario, debe determinarse si únicamente la acción y demás institutos afines (partes, procedimiento) guardan tales notas o si también tiene dicho carácter el régimen a que esas categorías pertenecen, esto es: al procesal.

Cuando tocamos lo relativo a la teoría de la acción, dijimos que ésta se debate entre dos grandes posiciones. Pues bien, el devenir de la acción es la causa de las modificaciones doctrinales del proceso: "Para la ciencia del proceso, la separación del derecho y la acción constituye un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituye la autonomía de toda esa rama del derecho. Fue a partir de ese momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil... La doctrina admitió casi sin reservas esta nueva concepción y sobre ella elevó sus construcciones futuras". (15).

En la historia del derecho, la rama que primero y con mayor vigor se estructuró fue la civil o privada, y en tanto que todo derecho material solicita el régimen de solución heterónoma de las situaciones sustantivas jurídicamente conflictivas o inciertas, también el primer sistema jurisdiccional lo fue el civil. Por motivos nítidamente explicables, los juristas pudieron pensar que el único derecho era el civil y que el único régimen jurisdiccional era el civil, esto es, que en esos ordenamientos se encontraban todas las instituciones jurídicas, viéndose obligadas las demás ramas del derecho a encauzar dentro de ellas sus personales problemas normativos.

15). Eduardo J. Couture, Opus cit. págs. 63 y 64.

La amplitud cuantitativa de la vida comunitaria fue creando nuevas ramas especializadas en los temas de conducta surgidos, ramas éstas que formularon sus propias soluciones. Los órdenes materiales se complementan o tienden a complementarse con sistemas jurisdiccionales particulares. Científicamente debe decidirse si tales regímenes forman entidades inconexas o si, por lo contrario, guardan ciertas notas intemporales e inespaciales, siempre las mismas, y que en tales condiciones, hacen asequible un estudio unitario de lo procesal; queremos decir que los verdaderos términos de esta interrogación tienen validez únicamente en el principio de la unicidad de la investigación teórica, porque es —señala Almícar A. Mercader— "... una cuestión metodológica dirigida a establecer si el estudio del proceso, en cuanto saber científico, tiene un objeto suficientemente diferenciado que le permita sistematizar con la debida independencia sus explicaciones y su labor creadora..... En ese sentido, puede existir el derecho procesal del mismo modo que existen el derecho civil, el comercial, etc.... La solución cambia si al trasladársela a un orden más concreto, se pretende desconectar el derecho del proceso del Derecho genéricamente concebido y si, con una particularidad todavía más acentuada, se intenta aislar al proceso civil, del derecho civil.⁽¹⁶⁾ En el fondo se plantearían, entonces, el problema de la autonomía y heteronomía del derecho procesal y el deber de averiguar, consiguientemente, si es cierto que se regula por normas propias de un ordenamiento jurídico diverso".⁽¹⁷⁾

Así pues, la Teoría Unitaria del Proceso, obedece a la circunstancia de que en el sistema jurídico existe, diáfananamente diferenciado, un orden particular de objetos (instituciones generales y uniformes en su destino normativo)⁽¹⁸⁾, que por razones de conocimiento es investigado en forma conjunta. No consideramos necesario aclarar que en ningún momento pensamos, que tal unidad de objetos constituye un sistema autónomo "que se regula por normas propias de un ordenamiento jurídico diverso" al positivo, que es uno y el mismo.

16). O el proceso penal del derecho penal, o el proceso laboral del derecho laboral, etc. (F.C.).

17). Opus cit. págs. 110 y 111.

18). Tales como Acción Excepción, Demanda *latu sensu*, Procedimiento, Partes, Sentencias, etc.

Apartado Quinto.

Conclusiones.

Como consecuencia de las consideraciones desbrozadas en los apartados anteriores, tenemos lo siguiente:

El derecho positivo al constituir, por una parte, la ordenación total de la sociedad que lo crea, y por otra, la ordenación de campos concretos de conducta, produce soluciones generales y particulares.

La validez material de las normas o del conjunto de normas particulares, impone la creación de categorías e instrumentos normativos adecuados; tales categorías sólo toman sentido en función del concreto campo de conducta regido; la especialización de las disposiciones y de sus instrumentos de ordenación no escinde al sistema jurídico positivo, que un orden unitario o cerrado.

La acción, junto con otras categorías, tiene significación en ese ámbito, diferenciado de otros, que denominamos como régimen de solución heterónoma, y con mayor puridad, jurisdiccional, régimen cuya envoltura jurídica es el proceso o sistema procesal.

La acción es un remedio técnico, el elemento que debe integrarse para que sea posible el desenvolvimiento jurisdiccional.

La idea de la acción como una categoría procesal general, imposibilita una diferencia entre las distintas acciones de las ramas jurídico positivas (penal, laboral, civil, etc., etc.); la diferencia se afirma en las distintas notas que determinan su ejercicio o cumplimiento.

La relación entre la acción y el derecho material, más que de medio a fin, será paralela.

El proceso es un orden de objetos jurídicos que impone o justifica un estudio particular y coherente.

SEGUNDA PARTE

LA ACCION PENAL: PRINCIPIOS DE SU EJERCICIO.

Introducción al Tema,

apartado primero.— El Estado Moderno.

apartado segundo.— El Estado y el Delito.

apartado tercero.— La Jurisdicción.

apartado cuarto.— La Acción Penal.

apartado quinto.— La Atribución de Pretensión Punitiva no es un juicio de valor.

Introducción al Tema.

El objeto fundamental de los siguientes desarrollos es encontrar las notas de la acción penal según el criterio que sobre la diferencia entre las distintas acciones establecimos en el apartado segundo de la primera parte.

Ahora bien: pensamos que el perfil del ejercicio de la acción penal sólo puede encontrarse en el estudio del Estado Moderno, o, mejor dicho, en el estudio de la intervención del Estado. Tipo de nuestros días en la vida del ilícito penal.

El dibujo de dicha intervención lo haremos de lo general a lo particular; dentro del primer extremo comprenderemos a las medidas de seguridad y al tratamiento ético del delincuente anejo a la ejecución de las sanciones penales; dentro del segundo extremo queda comprendida la persecución del delito como una cuestión pública o estatal. En este último tema encontramos nuestro problema concreto.

Con las medidas de seguridad y con el tratamiento ético del delincuente, intentamos apoyar nuestro pensamiento sobre el origen de las notas del ejercicio de la acción penal, es decir, de que éstas son el resultado de la vigorosa intervención que el Estado contemporáneo guarda en la materia punitiva. Hemos escogido tales institutos, porque nos revelan, al violentar determinadas nociones normativas tradicionales, esa actitud militante del Estado frente al delito. La persecución del delito como una cuestión pública, nuestro tema concreto, es igualmente, repetimos, un claro síntoma de esa singular postura estatal.

La persecución del delito o quehacer encaminado a que en un caso concreto se apliquen las consecuencias de la ley penal, es considerada, en cuanto actividad pública, dentro de la teoría de las atribuciones estatales; es decir: es considerada como una atribución del Estado. A esta atribución la denominamos como pretensión punitiva.

La acción penal y su ejercicio son para nosotros circunstancias distintas. El ejercicio, como ya se expresó, queda limitado dentro de la persecución del delito o atribución de pretensión punitiva; la acción penal, por su parte, será ubicada mediante el análisis de la actividad del Estado Moderno en la solución de los conflictos jurídicamente significados, es decir, en el análisis del campo de conducta en que la acción (categoría procesal) opera como instituto normativo funcional. La actividad que en este campo concreto de conducta realiza el Estado, constituye, asimismo, una atribución de solución heterónoma de los conflictos jurídicos.

Por último, pretenderemos deslindar la atribución de pretensión punitiva, concepto jurídico, del problema extrajurídico de su fundamentación; esto es, pretenderemos distinguir el concepto jurídico positivo de la atribución punitiva del concepto o idea que contiene su fundamentación valorativa como derecho de castigar, como expiación, etc., etc.

En vista de lo anterior, el contenido de los apartados será el siguiente:

En el primero, haremos una rápida consideración del Estado Moderno, concluyendo su estudio con el análisis de las atribuciones estatales; en el segundo, daremos el panorama de las relaciones entre el Estado Moderno y el Delito; en el tercero, será considerada la atribución de solución heterónoma; en el cuarto, reseñaremos los principios del ejercicio de la acción penal una vez determinado dicho ejercicio dentro de la atribución de la pretensión punitiva y; por último, en el apartado quinto, veremos el problema de la distinción entre la pretensión punitiva como concepto jurídico y como idea de valor.

apartado primero

El Estado Moderno.

El concepto que ciñe al Estado Moderno tiene un límite temporal de validez, porque éste, señala Hermann Heller, "como nombre y como realidad es algo, desde el punto de vista histórico, absolutamente peculiar y que, en esta su moderna individualidad, no puede ser trasladado a los tiempos pasados" (1). Sin embargo, con el propósito de un conocimiento diáfano y distinto, es menester analizar, a través de un criterio de contrastes, el tipo de organización política anterior a su advenimiento:

Las investigaciones sobre el origen del Estado Moderno sitúan su aparición en el período renacentista, y, particularmente, en las modificaciones político-económicas de las "ciudades-repúblicas de la Italia Septentrional" (2).

La diferencia decisiva entre la estructura medioeval y el nuevo modo organizativo es la diferencia entre un poder público disgregado o atomizado y un poder público unitario. Mientras que el Estado Contemporáneo monopoliza las funciones claves de la vida social, en la Edad Media tales funciones, "hallábanse repartidas entre los más diversos depositarios: la Iglesia, el noble propietario de tierras, los caballeros, las ciudades y otros privilegios" (3). Las causas de estas distintas maneras de ser de la historia social, es la multitud de factores y supuestos que condicionan el aspecto de cada dimensión histórica.

El tradicional entendimiento del Estado Moderno, esto es, su calidad de soberano tanto en el interior como en el exterior, no podría lograrse en la estructura política medioeval; los estamentos la desgarraban en todas direcciones, quedando en la cúspide de la jerarquía los grandes poderes universales: el espiritual o Papal y el terreno o Imperial; después, en línea descendente, el príncipe y "los numerosos depositarios de poderes feudales, corporativos y municipales" (4).

1). Teoría del Estado, pág. 141.

2). Autor y Opus cit. pág. 145.

3). Autor y Opus cit. pág. 142.

4). Autor y Opus cit. pág. 142.

El quehacer militar, impositivo, jurisdiccional, etc., etc. se distribuía según determinados privilegios y componendas, lo que obviamente condujo a la ausencia de "un orden jurídico unificado... y un poder estatal unificado" (5). De ahí que el Estado actual sólo empieza a delinearse en la medida en que los instrumentos conaturales a una organización político social coherente y firme, fueron centralizándose, esto es, en la proporción en que la actividad lógica del Estado, tal como hoy la concebimos, fue abandonando su promiscuidad, privada la más de las veces, para formar una entidad publicista: "A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política... surge aquel monismo de poder, relativamente estático que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del Territorio medioeval" (6).

El traslado de la actividad estatal de un régimen privado a uno público y central, trae como notable corolario la medida técnica en la presentación de los servicios primarios de la vida social. El poder público detentado por un centro de imputación: el Estado, se racionaliza y su desenvolvimiento en los diferentes campos de los social es regular y sistemático. Ahora bien, a esas actividades del Estado se les denomina como atribuciones del Estado, consistiendo dicho quehacer en un "conjunto de actos, operaciones y tareas" (7). Las atribuciones, por su parte, están íntimamente ligadas a las denominadas funciones del Estado, porque en tanto que con la atribución se describe el contenido de la actividad estatal, las segundas hablan de la forma y los medios de dicha actividad (8). Debemos aclarar que tanto el contenido como la forma de la actividad del Estado

5). Autor y Opus cit. pág. 144. Las condiciones de la actividad militar, impositiva y jurisdiccional guardaban, respectivamente, según Hermann Heller, este panorama:

"Los grupos políticos de la Edad Media eran defendidos... por personas a las que pertenecían, en su mayor parte como propiedad, los medios administrativos... de carácter militar". Opus cit. pág. 145.

"... los nuevos testamentos privaron a los príncipes de la base económica de su poder al arrebatárselos, casi por completo, desde finales del siglo XIII, la facultad impositiva...". Opus cit. pág. 144.

"Los tribunales de las cortes, de los señores territoriales, la justicia exenta del clero, los tribunales municipales y el tribunal real dictan sus sentencias con una independencia casi absoluta unos de otros y según sus propias representaciones jurídicas". Opus cit. pág. 144.

6). Opus cit. pág. 145.

7). Gabino Fraga, Derecho Administrativo, págs. 3 y 4. Gabino Fraga resume las atribuciones del Estado Moderno en las categorías siguientes: a) de política o de coacción; b) de fomento; y c) de servicios públicos y seguridad social. Opus cit. pág. 5.

8). Opus cit. pág. 25.

no es desplegada por éste en modo gratuito, sino que con ellos tiende a la consecución de determinados fines, los cuales, varían acordes al momento histórico y acordes al Estado o tipo de Estado particular⁹⁾. La tradición doctrinal, apoyada en la exitosa presencia empírica de la división de poderes estatales, organiza las funciones del Estado en tres grandes órdenes: el Legislativo, el Administrativo y el Jurisdiccional.

9). Opus cit. págs. 4 y siguientes.

Apartado Segundo.

El Estado y el Delito.

El tratamiento que el Estado Moderno prodiga a lo penal es portentoso. No sólo dicta su legislación sustantiva y el contexto instrumental o procesal; no sólo, como en las demás ramas jurídicas, suministra la jurisdicción, sino que, cada vez con mayor enjundia, fatiga el repertorio del ilícito penal. Si bien no en todos los países sucede con igual grado lo anterior, dicha tendencia puede encontrarse en la composición misma del Estado contemporáneo, en su carácter de interventor en todo lo que importa a la sociedad que en él se expresa como organización y destino.

En cada secuela histórico cultural se define, por medio de juicios de valor, el criterio que la sociedad mantiene sobre las conductas que en una forma u otra vulneran su existencia colectiva. Tales apreciaciones se trasladan y concretan en el lenguaje y en la técnica jurídica hasta formar el cúmulo de unidades sintéticas conceptuadoras de los actos socialmente reprobables. Sin embargo, la escala de "ilegalidades" es bastante dilatada, esto es, no son calificadas con una misma intensidad todas las conductas, en tanto que la variación de su potencialidad conculcadora hace variar su estimación. El derecho penal reúne el acervo de ilícitos inscritos, según la estimativa, en la hipótesis de mayor gravedad.

Los contenidos del orden normativo penal, son por lo tanto, aquellas conductas que de manera directa afectan los fundamentos del edificio gregario.

La trascendencia del delito, importantísima en todos los tiempos sociales, sufre una interpretación excepcional en la nueva idea del Estado, idea que, insistimos, nace en la etiología misma de la organización estatal moderna y que con mayor claridad se hace consistir últimamente, en la responsabilidad no sólo policiaca sino ético cultural del Estado frente a la sociedad que expresa. Pero debemos aclarar que lo que ha cambiado y que merecerá más adelante una detenida contemplación, no es, desde luego, la estructura formal de la norma represiva que, en tanto manifestación particular de lo jurídico, sigue y seguirá teniendo una hipótesis condicionada y una consecuencia que se relaciona mediante un acto lógico imputativo

Este pensamiento logrará precisión al mencionarse dos proposiciones Kelsenianas: a) que toda conducta es apta de un encuadre normativo; y b) que el derecho es una técnica de control social (1). Lo que ha cambiado, pues, no es la forma, siempre la misma, sino los contenidos, la materia del orden represivo y, todo esto, en razón, repetimos, de la presencia de valoraciones sobre el ilícito penal y que el orden jurídico permite realizar.

Destacaremos tres matices de esa intervención peculiar, única, del Estado Moderno en la vida del delito; los dos primeros, si bien de carácter general en lo relativo al tema propio de nuestro estudio, no dejan de ser síntomas concurrentes del tercero, que en modo concreto tiene importancia en el desenvolvimiento de aquél. Tales matices son:

- 1.—Las medidas de seguridad;
- 2.—El tratamiento ético del delincuente anejo al cumplimiento de la sanción penal y;
- 3.—La persecución del delito como una cuestión pública.

I.— Las medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad, dice Fernando Castellanos Tena (2), siguiendo a Ignacio Villalobos, deben ser distinguidas de otra institución: la prevención general de la delincuencia; porque si bien ésta, como su nombre lo sugiere, busca una disminución del ilícito penal, no deja de pertenecer a fines que sobrepasan la materia penal, en tanto que afectan a toda la población del Estado. En cambio, las medidas de seguridad son imputadas a un sujeto determinado y como consecuencia de una infracción típica (3). Esta aclaración in limine no tiene otro objeto que el de situar a las medidas de seguridad propiamente dichas, dentro del vasto campo asegurativo o preventivo de actos asociales en el estado de nuestros días.

La literatura penal especializada en el tema presente no es uniforme:

... la pena es compensación y por ello represión y se halla destinada al fin de la compensación; las medidas de seguridad, por el contrario, son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad. (Birkmeyer)

... pena y medida de seguridad son análogas e imposibles de separar, son dos círculos secantes que pueden reemplazarse mutuamente (Liszt).

... Las penas tienden a la prevención general, las medidas de seguridad a la prevención especial (Jiménez de Asúa)

1). T.P. del D. págs. 44, 45 y 72-73.

2). Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 428.

3). Lineamientos, pág. 429.

... El Estado provee de una doble tutela: represiva y preventiva; a la primera corresponden las penas, que tienen un fin de retribución; a la segunda las medidas de seguridad, que tienen un fin de seguridad. Nace aquí una doble categoría de sanciones criminales: represivas o retributivas (penas) y preventivas (medidas de seguridad), pudiendo aplicarse estas últimas tanto a los irresponsables, como a los responsables, después de expiada la pena; la pena es siempre aflicción y la medida de seguridad no requiere siempre la eficacia aflictiva; pero una y otra forman conjuntamente el objeto del derecho penal (Longhi). (4).

... en la lucha contra el delito existen dos tipos de armas: antiguas y nuevas. La única fundamental del primer tipo es la pena y, entre las segundas, están las medidas de seguridad, que deben ser estimadas como una conquista indestructible de la ciencia o, más bien, de la civilización. La pena significa una acción pura o directa del derecho sobre el delito, en cambio, en las medidas de seguridad existe una actividad indirecta o combinada: la puramente jurídica y la que puede realizar el vigilante, el médico o el maestro (Carnelutti). (5).

Para Raúl Carrancá y Trujillo, la pena y la medida de seguridad son dos institutos desde el punto de vista de su naturaleza, fundamentalmente, porque gozan de distintas representaciones; así, señala, el dolor, la expiación, la intimidación propios a la idea de la pena, no corresponden a la idea de las medidas de seguridad; aclara, finalmente, que si en el derecho represivo moderno se descubre una inclinación de la pena hacia la medida de seguridad, tal circunstancia es en obediencia de presiones socioculturales y no legislativas (6).

Reinhart Maurach propone una serie de clasificaciones de las medidas de seguridad que si bien surgen de un orden normativo penal concreto, el alemán, no dejan por ello de tener significación técnica general (7).

Una primera división parte del criterio siguiente: algunas medidas de seguridad producen la privación de la libertad, otras no. Esta clasificación, si bien no es tratada en modo expreso por el autor germano, se desprende diáfananamente de sus consideraciones generales. Los criterios distintivos propuestos en forma directa son:

A.—En atención a los presupuestos, es decir, a la circunstancia de que la medida de seguridad se aplique aneja a una pena, lo que presupondría "la completa sensibilidad penal del autor, exigiendo, pues, para su aplica-

4). Citados, entre otros, por Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, t. II, pág. 176.

5). Teoría del Delito, págs. 1 y siguientes.

6). Opus cit. pág. 177.

7). Tratado de Derecho Penal, t. II, págs. 470-571.

ción, la presencia de una conducta plenamente delictiva"; o que por el contrario, la medida de seguridad se aplique "aún cuando el hecho básico represente un delito no punible, esto es, pese a que el autor no pueda ser castigado de culpabilidad".

B.—Según que la imposición de una medida de seguridad quede atribuida al arbitrio del juzgador o que aquélla esté "necesariamente prescrita".

C.—Finalmente, un tercer criterio distintivo partiría no de los fines, debido a que todas las medidas de seguridad tienden a la pura profilaxis del delito, esto es, son: "el aseguramiento de la sociedad frente a las posibles infracciones del sujeto considerado como peligroso". De ahí que la diferencia estribe en los medios, resultando dos grupos disímboles: a) el que busca la seguridad de procedimientos terapéuticos y; b) el que, desatendiendo lo anterior, pretende la simple limitación física del sujeto considerado peligroso, con el propósito de impedir su conducta calificada de antemano como seguramente asocial.

Más allá de las cualidades específicas de las medidas de seguridad, ya sea que se trate de analizarlas desde un criterio monista o dualista⁽⁸⁾, y dentro de lo último, se pretenda o no desvincularlas no sólo de la sanción penal, sino inclusive del mundo represivo; ya se les utilice como apoyo en la construcción de toda una teoría sobre un período procesal⁽⁹⁾, etc., etc., el énfasis que dé las medidas de seguridad aquí y ahora nos importa reseñar, es el de construir un quebrantamiento de determinadas nociones normativas.

Las "ilegalidades" de las ramas jurídicas distintas a la penal, tienen sobre el hecho concreto una validez temporal pretérita, esto es, la figura típica de que se trate, sea laboral, civil, etc., una vez satisfecha su hipótesis condicionada y una vez sacionadas jurídicamente sus consecuencias, logra un acabamiento, porque en ella se engasta un dato real, de efectiva consumación histórica. Lo sucedido es de tal importancia en la estimativa pregaría, que motiva en la vida jurídica una de las instituciones más delicadas: la no retroactividad, en su caso, de disposiciones. El esquema de esta circunstancia es el mismo que hace mérito a lo siguiente: debe o no haber un límite en los efectos sancionadores de la norma una vez que la conducta de un sujeto deviene típica; además, debe o no haber la efectuación de un acto para merecer una sanción jurídica. Indiscutiblemente, la doble pregunta anterior es vacía, cuando no falaz, desde una observación que maneja las referencias, la evolución cultural, política y humanística del fenómeno social. Así pues, a primera vista es imposible cualquier consideración que coloque

8). Es decir, se le considere dentro de la pena, o por lo contrario, paralela a ella.

9). Eugenio Florian expresa: "... además, la introducción de las medidas de seguridad en el sistema del proceso penal, no dejan términos hábiles para discutir sobre la naturaleza de la ejecución como era posible según los puntos de vista tradicionales, pues la innovación ha puesto fin a las dudas y las oscilaciones". Elementos de Derecho Procesal Penal, pág. 468.

en tela de juicio la idea de límite y de culpa ante la sanción; como sería también imposible, en otro orden de ideas y desde igual perspectiva dogmática, negar el carácter de sanción penal a las medidas de seguridad. Ninguno de estos extremos nos puede guiar en definitiva. Precisemos: las medidas de seguridad, desde luego, sólo pueden ser aplicadas dentro del marco de la sanción penal, igualmente es cierto, tanto que la norma jurídica está limitada en sus efectos frente al individuo —de ahí, insistimos, la existencia de la institución ya citada, amén de otras básicas, la prescripción por ejemplo—, como que la consecuencia surge de la realización de un acto jurídicamente trascendente. Pero si todo lo anterior es verdadero, también lo es, en primer lugar, la circunstancia de que las medidas de seguridad operan con efectividad jurídica en lo futuro, en lo no sucedido, destrozando con ello la plácida composición del binomio: acto típico-consecuencia, porque si bien las medidas de seguridad son aplicadas en función de la comisión histórica de una conducta típica, tienden a un fin que desborda en pureza ese dato: la prevención de conductas aun no efectuadas en la realidad; en segundo lugar, también es cierto que pueden tener vigencia indeterminada sobre el sujeto que las merece, porque la obtención de su finalidad, en algunos casos, no puede limitarse de antemano. Creemos que no es descabellado concluir que sólo un aparato público, tecnificado, como es el Estado Moderno, puede dar sentido y cumplimiento a esta institución, y que aquél, en su posición crítica y militante frente al delito concreto, acaba por trascenderlo, mejor dicho, por imaginarlo.

II.— Tratamiento Ético del Delincuente anejo a la Ejecución

La reclusión, en su caso ⁽¹⁰⁾, del delincuente, igual que las medidas de seguridad, obedece a un carácter dualista: ni lo primero es una fría ejecución de sanciones, ni lo segundo una simple y mecánica actividad asegurativa del Estado Moderno. Hay todo un significado paralelo: la profilaxis del delincuente. La ejecución lleva anejo un tratamiento ético y éste es el último percance de un especial cuidado en la individualización de las imputaciones penales. Esto no quiere decir que en la norma primaria y en las subsecuentes se encuentre tasada en forma previa la sanción particular del delincuente considerado también en modo particular o concreto, porque tal idea repugna la condición genérica de las hipótesis legales.

Anteriormente sealamos el tipo de conductas lesivas reguladas en la norma represiva; creemos que esta gravedad, esta tensión que da singular

10). Es decir, cuando se aplica una sanción privativa de libertad.

ridad a lo penal⁽¹¹⁾, es la que obliga a una precisión y exactitud única en sus imputaciones normativas. Además, el delito, parafraseando el título de la desconcertante novela de André Malraux, está en la condición social: a la altura de nuestras formas organizativas, toda persona es susceptible de cometer una infracción penalmente significada. Queremos decir que el delito no puede entenderse en un solo aspecto, aunque sobre él se borde una buena o mala literatura; la imagen de un proceso anímico denso, elemental, alucinado por el recuerdo de las grandes soledades terrestres y del terror bárbaro y primero, o la brumosa de seres depravados y espectadores, no son suficientes. Las imposiciones penales no son únicamente un reproche a los hombres especializados en la muerte, son también la reacción jurídica de conductas simples, accidentalmente delictuosas. Es difícil dudar del delito como producto sociopersonal, pero social presente, no infinito o arqueológico. Al mencionar las circunstancias gregarias como motivos del ilícito penal, incluímos tanto las consecuencias sociales derivadas de una mala distribución, no sólo económica, sino también cultural y educativa, como aquellas que resultan del simple convivir, cada vez más estrecho y complicado. Basta pensar, por lo que se refiere a lo último, en las grandes concentraciones citadinas, donde el estado de riesgo existente suscita que en un determinado momento se olviden las nociones básicas de diligencia y cuidado, motivándose delitos cuya etiología fue un acto simple, normal, mejor dicho: cotidiano.

Todo sistema jurídico solicita una estimación valorativa; no sobre el derecho en sí, es decir, en su estructura lógicoinstrumental, sino sobre la orientación de la sustancia, de la materia de conducta abrazada por el derecho. Uno de los órdenes normativos de mayor sensibilidad a las presiones valorativas, es el penal y tal vez la justicia penal pueda ser analizada objetivamente al consistir en un afán de estricta adecuación de las sanciones a la personalidad real: la general y la particular delictiva, palpable y singular del delincuente.

El hecho de que esta sobrevaloración del delincuente no fue, propiamente, una iniciativa de los órganos del Estado contemporáneo, sino de todas las doctrinas que después de la clásica ahondaron en el sujeto del crimen, no quiere decir que la actuación singular frente al delincuente no constituya

11). La gravedad del delito obliga a la terminología técnico jurídica, a hacer distinguos especiales en el ilícito penal; así, se habla de una ilicitud civil o de una ilicitud civil, de una ilicitud laboral, o de una ilicitud laboral; en cambio, la posición de la conducta respecto a la norma punitiva, merece un término monocorde y drástico: sólo hay, en su caso, una ilicitud penal, un delito. Desde el punto de vista de la moral social, el resultado de una calificación penal negativa es de suma importancia; muchas veces, el paso de una situación encubierta a un descenso irrevocable, no desde el aspecto económico, sino estrictamente gregario, es decidido por la sanción penal.

una nota del Estado Moderno: no sólo responsable de la garantía social, sino también de la idea de justicia —en este caso la penal— imperante.

Ninguna actitud de importancia social y cultural nace en el vacío. La minuciosa contemplación del delincuente para los efectos sancionadores y su posterior tratamiento ético en la ejecución, es resultante de una hermosa tradición intelectual; la criminológica, Fernando Castellanos Tena⁽¹²⁾, explica como el rubro Criminología, sintetiza una multitud de afanes científicos que si bien no comulgan un mismo método de estudio, guardan en cambio un mismo objetivo: pretenden la explicación causal del ilícito penal. Edmund Mezger dice: "..... al derecho penal en el sentido moderno no corresponde sólo el estudio de las normas jurídico-penales generales y especiales, sino también el estudio de los hechos jurídico penales, mediante el cual se quiere conocer el delito y como éste se exterioriza realmente en la convivencia humana, tratando de percibir la legalidad de este suceso en particular⁽¹³⁾. Guillermo Sauer: "el derecho penal es según su esencia y contenido, el tratamiento jurídico y ético social del delito. La ciencia del Derecho Penal describe un círculo que se corta con otros dos círculos científicos: la Criminología y la Ética Social".⁽¹⁴⁾

Las principales disciplinas que constituyen ese vigoroso complejo científico causalista denominado Criminología son: La Antropología, la Sociología, la Endocrinología, la Psicología y la Estadística criminales⁽¹⁵⁾. Nosotros no pretendemos el análisis pormenorizado en esa rama del saber, sólo nos interesa destacar su significado, que no es otro que el siguiente: la búsqueda del motivo o de los motivos de un acto reputado como penal encuentra siempre el sujeto del acto, que no es una abstracción legal sino un carácter específico; profundizar el delito es profundizar un carácter humano difícilmente repetible: no hay dos delincuentes iguales, de ahí que no debe haber dos sanciones iguales⁽¹⁶⁾. El Estado contemporáneo en su actividad frente al delito, que líneas pasadas definimos como crítica y militante, participa, a través de sus facultades legislativas, jurisdiccionales y de ejecución de ese enfoque particular y detallado del delincuente. El aspecto legislativo y jurisdiccional plantea en su práctica un problema eminentemente técnico: el de la llamada individualización legal y el de la llamada individualización judicial. Francisco Carnelutti⁽¹⁷⁾ manifiesta que la lucha contra el crimen a través de pena reporta a las siguientes operaciones: a)

12). Opus cit. pág. 31.

13). Derecho Penal, Parte General, pág. 23.

14). Derecho Penal, Parte General, pág. 8.

15). Fernando Castellanos Tena, Opus cit. págs. 31 a 36.

16). Manuel Rivera Silva. La Esencia del Derecho Penal y las Escuelas Contemporáneas, págs. 21 y 22.

17). Opus cit. págs. 5 a 11.

determinación del delito; b) determinación de la pena y; c) determinación de la casualidad entre ambos términos. Lo contenido en el inciso b) es lo que propiamente constituye la individualización, porque la figura típica, el delito, la máxima movilidad que permite en su integración, pensamos, es la que va de un acto consumado a un acto en tentativa; la sanción, en cambio, como consecuencia de un acto penalmente censurable, debe tener, de acuerdo a las consideraciones anteriores, un margen, una dilatación suficiente para que pueda recoger las notas propias del delincuente. El problema de la determinación de la sanción penal —continúa Carnelutti—, parte de dos circunstancias: la amenaza, que debe ser grave, dada su función preventiva o intimidatoria y la aplicación, la cual debe ser justa. Tales extremos son casi irreductibles, porque para que la amenaza resulte realmente grave, debe de ser constante, fija, pero la aplicación para ser justa, debe hacer mérito a las circunstancias particulares del delito cometido, y como éste no puede preverse en la ley, la pena necesita ser móvil con el objeto de que el juzgador tenga libertad para el análisis de tales datos: "la gravedad de la amenaza requiere una pena legal, la justicia de la aplicación, la máxima divergencia entre la pena en abstracto y la pena en concreto".

La conciliación se logra a través de una doble actividad: por un lado, "se multiplican las hipótesis del delito. Es decir, se gradúa la amenaza conforme a una serie, si no infinita, por lo menos muy numerosa de figuras" y por otra, se conjugan tanto la pena legal como la judicial mediante el sistema de mínimos y máximos.

Lo reseñado es una de las vías de solución técnica a la individualización de las sanciones penales.

El segundo aspecto arriba mencionado, esto es, el de la ejecución de las sanciones, también hace mérito a la personalidad del delincuente, sólo que en el presente caso, ya no como criterio de una justa aplicación de la pena, sino como resultado de su condición humana y social, es decir, se trata del problema de la ejecución y no de la aplicación de la pena. Ahora bien, la evolución de la ejecución de la pena, precisamente se debe a la evolución de las ideas sobre la estimativa humana del reo. El sistema de la ejecución penal, señala Luis Fernández Doblado⁽¹⁸⁾, ha pasado del plano de "pena-castigo" al plano de "pena finalista". Como medida futura, está el sistema "de la protección sin pena".

Los sistemas anteriores dependen de una estimativa sobre el reo, estimativa ésta que se inscribe en el rubro mismo de cada sistema.

La pena-castigo, es de adquisición posterior en la historia de las prisiones, ya que éstas comenzaron con un carácter "preventivo y de guarda

18). Política y Reforma Penitenciaria. págs. 398 a 400.

de los presos hasta ser juzgados". La prisión represiva iniciada en la Revolución Francesa, entra en crisis a fines del siglo pasado, cuando por la aparición de nuevas concepciones sobre la ejecución y sobre el penado, "se vislumbra un nuevo destino de la prisión que habrá de transformarse en lugar de mera represión en centro de redención". A partir de esta sensibilidad sobre el reo, se abre un período de intensa organización ética, es decir, "a la pena como medicina del alma, se propone hoy la pena como medicina del cuerpo y de la mente, cual instrumento de readaptación y resocialización".

El tratamiento penal de ejecución moderno queda desbrozado en el estudio de los apartados siguientes: a) sentido del tratamiento; b) individualización; c) establecimientos penales; d) personal penitenciario; e) duración de la pena; f) principio de legalidad en la ejecución de las sanciones; y g) asistencia postpenitenciaria⁽¹⁹⁾.

A efecto de nuestro estudio, tomaremos como referencia tan sólo lo enunciado en los incisos a), b) y g). Expresábamos en líneas anteriores, que el tratamiento ético del delincuente es una función aneja a la pura ejecución de sanciones en los casos privativos de libertad. Esto significa, evidentemente, la presencia de una finalidad metajurídica. Quizá quede más clara esta idea si distinguimos estos momentos:

I.— Ejecución de la sanción penal.

II.— Prevención del delito en una doble dimensión de resultados sociales: a) temporal, por el sólo hecho de la segregación del delincuente y, b) intemporal, por el tratamiento regenerativo de aquél.

III.— Tratamiento ético del delincuente en sus efectos exclusivamente personales.

Es el tercer momento el que denominamos metajurídico o ético y: "Pretende actuar sobre la totalidad del hombre e insistir especialmente en aquel sector de su personalidad o de su circunstancia que lo torna presa fácil del delito⁽²⁰⁾. Dicho tratamiento trae aparejada una serie de actividades: médicas, de orientación, educativa, etc., etc., que conllevan un solo destino o sentido: el restablecimiento exterior: social e interior: personal, del delincuente.

Al iniciar el tema que nos ocupa, manifestamos la circunstancia de que el tratamiento ético del delincuente es el último percance de una cuidadosa individualización. Ahora bien, debemos aclarar que la del tratamiento no es desde luego la individualización legal y judicial desprendida en el transcurso de nuestros comentarios y que se agota una vez decidida la consecuencia jurídico-penal, es decir, la sanción penal, por el órgano

19). Sergio García B. Ramírez, Recepción y Tratamiento Penitenciario.

20). Autor y Opus cit. pág. 240.

jurisdiccional; la individualización del tratamiento por lo contrario, tiene vigencia en el período de ejecución de las sanciones y es propiamente metajurídico, en atención a que tiene por objeto el efectivo restablecimiento ético del delincuente; para ello se individualiza el régimen médico, educacional, etc., etc., es decir, se considera el caso particularísimo y concreto del delincuente que se trate.

La asistencia postpenitenciaria resulta un imperativo insoslayable desde el instante mismo en que la libertad del delincuente es la única oportunidad de constatar los resultados de la dedicación científica y moral dada al reo. El impacto en que se traduce la libertad, tanto en el aspecto espiritual como en el económico, requiere la organización de un régimen que encause y haga natural el reencuentro del liberado con un mundo quizá definitivamente perdido (21).

Creemos que no merece mayor comentario la presencia de un dato ético en el cumplimiento o ejecución de las consecuencias legales (en el caso: sanción penal), como una circunstancia del todo novedosa en la tradición normativa jurídica.

III.— La Persecución del Delito como una Cuestión Pública.

La persecución del delito, señala Manuel Rivera Silva, "consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y recibir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley". La persecución del delito, continúa, es un concepto común de dos tipos de actividades: a) la investigación y b) el ejercicio de la acción penal. Lo primero significa una auténtica reconstrucción que guiada por los principios de iniciación, de oficiosidad y de legalidad, tienden a la obtención de aquellos elementos justificativos de la solicitud jurisdiccional que se plantea a través de lo segundo (22). Ernst Beling manifiesta: Se habla de admisibilidad de la persecución penal en cuanto se admite jurídicamente un proceso, entendiéndose por persecución penal no sólo la actividad del actor (persecución penal en sentido estricto), sino el desarrollo de la actividad estatal de protección penal; y que la investigación, que él coloca como período preliminar dentro del proceso, tiende al esclarecimiento de si hay motivos suficientes para que el Ministerio Fiscal interponga querrela pública. Investiga el objeto procesal en la medida necesaria para resolver esta cuestión (incluso respecto a la absolución), y aclara si es admisible la persecución penal (23).

21). Autor y Opus cit. págs. 257 a 259.

22). Procedimiento Penal, pág. 51 y siguientes.

23). Derecho Procesal Penal, pág. 60 y 268, respectivamente.

Por su parte, Francesco Carnelutti expresa: La acusación implica la pretensión, pero no se agota en ella; al contrario, en la acusación la pretensión se desarrolla y se cumple en cuanto se previene de razones. La acusación se resuelve, por tanto, en una pretensión penal razonada: a la exigencia del castigo de una persona se agregan las razones por las cuales está sostenida. . . El primer cometido de quien tiene que verificar la sospecha de un delito es, en efecto, el de buscar las razones que demuestran su fundamento o falta de fundamento y, puesto que las razones se desarrollan por las pruebas, de buscar las pruebas..... (24). Ricardo Rodríguez considera que: la manifestación del delito, como obra de la individualidad humana, hace necesaria su persecución con el objeto de someter al culpable a la pena establecida por la ley (25). Vincenzo Manzini narra lo relativo a la acusación a través del sujeto titular: Acusador (se refiere al Ministerio Público) es el sujeto que interviene en la relación procesal penal, para proponer la pretensión punitiva derivada del delito, a nombre y por cuenta del Estado en su función administrativa, y para procurar su realizabilidad o sea, el que promueve y ejercita la acción penal (26). Juan José González Bustamante reseña la parte investigadora de la persecución en el procedimiento penal mexicano del modo siguiente: la averiguación previa a la consignación a los tribunales llamada también preprocesal..... tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal (27). Carlos Franco Sodi, estudiando el mismo tema, manifiesta: Desde luego afirmaré que si bien es cierto que el derecho origina el derecho a castigar, también es cierto que el órgano de la acción no puede ejercitarla si no sabe que aquél se ha cometido. es por lo mismo indispensable que ante todo, el Ministerio Público se entere de la comisión de los hechos punibles. (28).

La anterior relación tuvo por objeto resaltar la coincidencia doctrinal respecto, bien a los dos momentos o a alguno de ellos, de la persecución o acusación del delito: investigación y ejercicio de la acción penal. Ahora bien, en términos dilatados, este grupo de actividades en las ramas jurídicas diversas a la represiva, son realizadas por los particulares, inclusive por el Estado mismo siempre y cuando actúe privadamente. Además, la necesaria idoneidad de los datos justificativos de la apertura jurisdiccional sólo se solicita en la persecución penal del Estado. Este principio de mínima certeza problemática de la relación material no fecunda en los demás

24). Lecciones sobre el Proceso Penal, t. I, pág. 223.

25). El Procedimiento Penal en México, pág. 255.

26). Tratado de Derecho Penal Procesal Penal, t. II, pág. 311.

27). Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, pág. 123.

28). El Procedimiento Penal Mexicano, pág. 145.

órdenes normativos donde la pretensión jurisdiccional es totalmente independiente de las calidades de la relación material. Sólo en atención a la trascendencia del delito tiene razón de ser la persecución estatal exclusiva, esto es, la idea del auxilio social del Estado Moderno no puede llevarse hasta el extremo de los actos inútiles, por eso su actividad se detiene en el límite en que ésta resulta vacía. Alberto Domenico Tolomei señala cómo la diferente importancia del contenido de los preceptos legales motiva no sólo diferentes sanciones, sino también diferentes actividades del estado frente a su inobservancia⁽²⁹⁾. Las sanciones que completan más que complementan a los preceptos, son de dos tipos: la reparadora o civil y la penal, las cuales, en determinados casos pueden coincidir, aunque "el concurso simultáneo de las dos sanciones es sólo contingente y eventual, no necesario, y por ello tal concurso carece de importancia"⁽³⁰⁾. La primera clase de sanciones se reduce a substituir la voluntad del individuo moroso, cambiando la ejecución por el cumplimiento, esto es, a adecuar coactivamente la conducta del sujeto a la norma incumplida y por lo tanto, "sólo impone al transgresor las consecuencias jurídicas de la violación, pero estas consecuencias existen ya entre sus bienes, los que, por ello, pueden disminuirse, es decir, resentir un mal debido a la desobediencia y no a la sanción". La segunda clase de sanción, por el contrario, "comprende un quid que, precisamente porque concreta algo más que debe cumplir el sujeto desobediente, representa algo menos en cualquiera de sus bienes (el patrimonial, la libertad, etc.) y, por tanto, un mal, es decir, una pena con la que el Estado lo amenaza"⁽³¹⁾.

En caso de desobediencia y por lo tanto de necesario cumplimiento, el Estado actúa distintamente en uno u otro precepto-sanción: así, en el civil no crea estímulo alguno para su cumplimiento, es decir, la amenaza de una pena, demostrando con ello que tiene, respecto a la observancia del precepto, un interés limitado y justifica la facultad dada al particular de obtener la observancia, judicial o extrajudicialmente⁽³²⁾. En cambio, le interesa directamente la observancia voluntaria del precepto penal, por eso amenaza al infractor con una pena y realiza actividades preventivas con el objeto de impedir la infracción; ahora bien, si el Estado reconoce como propia la observancia, no coaccionada del precepto, debe reconocerse ese mismo interés en la coacción al ser inobservado⁽³³⁾; es decir, debe reconocerse su interés en la preparación y gestión de la actividad jurisdiccional que decidirá, en su caso, la sanción.

29). Los Principios Fundamentales del Proceso Penal.

30). Autor y Opus cit., págs. 17 y 20.

31). Autor y Opus cit., págs. 16, 21 y 17, respectivamente.

32). Autor y Opus cit., págs. 44 y 45.

33). Autor y Opus cit., págs. 50 a 55.

En la región de conducta privada, por una estimación técnica jurídico y social, se considera capacitado para la defensa de sus intereses "al sujeto a quien la observancia inmediatamente ofende, limitándose el Estado a facilitarle y garantizarle los medios para hacerla efectiva" (34).

Así pues, el Estado contemporáneo, en forma exclusiva, realiza las actividades previas y la gestión mismo del devenir jurisdiccional represivo, circunstancia esta que no se presenta en modo característico en otras ramas del derecho positivo, donde, repetimos, dicha actividad es efectuada por el particular. La aptitud a la jurisdicción, hecha excepción de lo penal, es una especie de facultad general a todo ciudadano independientemente del hecho de que lo ejercite por si o por interpósita persona. Esto parte de que el efecto obvio de la substitución que el Estado hizo a los particulares de los medios de solución jurídica, es que aquel debe permitir al particular en el ejercicio jurisdiccional. Sería no sólo un contrasentido, sino un absurdo imposible de cometerse en la lógica social, que el Estado, por una parte, prohibiera los medios directos de solución y que por otra, no facultara al particular el uso de los indirectos o heterónomos.

La persecución estatal o pública del delito, constituye una atribución. Los caracteres del ejercicio de la acción penal quedan cifrados en dicha circunstancia. En el apartado cuarto de la presente parte de nuestro ensayo, dedicado a las notas, principios o condiciones del ejercicio de la acción penal, glosaremos la persecución del delito como atribución de pretensión punitiva del Estado.

34). Autor y Opus cit., pág. 47.

Apartado Tercero.

La Jurisdicción.

... el poder de juzgar; tan terrible entre los hombres...

Montesquieu: "El Espíritu de las leyes.

Páginas atrás manifestamos que una de las especializaciones fundamentales del orden jurídico, era la que regulaba el régimen de situaciones anormales o de solución heterónoma o jurisdiccional; dijimos también que la acción, instituto jurídico, sólo adquiere plenitud significativa una vez inserta en la ordenación normativa de ese campo de conducta, esto es, en la ordenación normativa procesal. Dijimos además, en el apartado primero de esta segunda parte, que el sistema jurídico imputa la realización de la actividad jurisdiccional al Estado, y que ésta, es decir, la centralización de dicha actividad, aneja a otras, da un rango personalísimo al sistema estatal contemporáneo.

El estudio de lo jurisdiccional es considerado desde varios puntos de vista. Un criterio lo define como aquello que constituye la actividad propia del poder judicial. En otro orden de ideas y por motivos estrictamente científico jurídicos, se conceptúa a la jurisdicción como una de las últimas reacciones creativas de derecho de la norma particular, norma ésta que, conduce por el binomio: aplicación-creación, partió desde la norma fundamental o primaria (1). Nosotros, estimando como verdadera la proposición anterior, estudiaremos lo jurisdiccional, no desde el punto de vista de su naturaleza o esencia jurídica, sino en lo que se refiere a la validez material de la norma procesal, es decir, en los contenidos de conducta que controla dicha normatividad específica o diferenciada:

En el apartado tercero de la primera parte (2), aunque en forma menor, anunciamos la susceptibilidad problemática de las relaciones jurídicas y, como la ordenación normativa alcanza, en todo sistema positivo avanzado, la tutela no sólo de las situaciones ciertas, sino también las situacio-

1). HANS KELSEN, Teoría General del Estado, pág. 299 y siguientes.

2). Véase pág.

nes cuestionadas. Uno de los pensamientos más vigorosos en la actual ciencia del derecho, el de Hans Kelen, denota la esencia, la diferencia específica de lo normativo jurídico, precisamente en la coercitividad, esto es, en su capacidad de decisión y solución⁽³⁾. Pues bien, la función jurisdiccional que en la modernidad es proporcionada exclusivamente por el Estado, tiene como destino la claridad racional de la relación jurídica controvertida. Hugo Alsina desbroza la actividad jurisdiccional del Estado y la clasifica en tres partes: a) organización de la administración de justicia; b) deslinde de la competencia entre los tribunales que la integran y c) establecimiento de las reglas de procedimiento a que deben sujetarse las partes en la sustanciación de los procesos⁽⁴⁾. Es decir: la función jurisdiccional del Estado, reglada por la norma procesal, aísla el instante crítico de la relación jurídica particular para, en base de un procedimiento purificador, decidir a través de la resolución, sobre la consecuencia jurídica que restablece la certidumbre normativa.

El contenido material que informa a la norma procesal moderna, es por un lado: el conjunto de actividades que componen a la vida jurisdiccional del Estado y, por otro: la presencia problemática de una conducta jurídicamente trascendente. Lo segundo no es una novedad en la historia del derecho: lo primero es la adquisición de una mayoría de edad cultural normativa. Queremos decir que la patología de las conductas es aún a toda existencia colectiva, que desde el momento mismo en que ésta sucede históricamente, surgen las oportunidades de controversias. Su solución por medio de una organización pública, al modo de Estado Moderno, es en cambio, insistimos, posterior. Que esto lo comprendemos como una clara muestra de perfección normativa, resulta evidente.

Toda crisis jurídica, por razones implícitas, debe resolverse; los caminos para ello están señalados en el orden jurídico positivo. La permisión de la vía directa que conoció la estructura social anterior al Estado Moderno, ya sea facultando al supuesto ofendido para que este creara el modo y condiciones de la efectividad del derecho cuestionado, o entregando la administración jurisdiccional a un orden privado es, a todas luces, una circunstancia anómala. La sociedad no es ni un laberinto, es decir, un escenario constante pero multiplicado y estérico, ni es tampoco una relación arbitraria en la que el hombre, después de una espera que acaba por perderlo, descubre la insibilidad de la ley y, todo esto, en medio de un tiempo surrealista y de un espacio inestable, ilimitado y premonitorio⁽⁵⁾: la sociedad es el imperio de la ordenación y ésta, la ordenación, no

3. Teoría Pura del Derecho, pág. 70 y siguientes.

4). Derecho Procesal, t. I, págs. 19 y siguientes. Es obvio que Hugo Alsina analiza la función jurisdiccional prestada, precisamente, por el poder judicial.

5). Franz Kafka. El Proceso. Fundamentalmente, el pasaje "En la Catedral", pág. 172 y sigtes.

quiere decir otra cosa que limitación, abandono del actuar social expresado en forma directa y caótica. Por eso, la historia de la jurisdicción prestada públicamente, estatalmente es, en gran parte, la historia del devalúo cultural de esa conducta social directa, desordenada, nombrada autotutela: institución que únicamente en estados inferiores de la formación jurídica alcanzó validez.

La solución heterónoma de toda incertidumbre jurídica es una atribución del Estado Contemporáneo y tiene como fin final la defensa de valores tales como la paz, la seguridad, etc., etc. Es una atribución general que por la necesaria división del trabajo normativo motiva regímenes particulares o especializados; así, tenemos distintas jurisdicciones: la penal, la civil, la laboral, la administrativa, etc., etc. Esto significa que las diferencias entre ellas no es de fondo sino simplemente circunstancial, esto es, obedece a los temas de conducta jurídica problemática que controlan y que les impone supuestos y estructuras específicas. Así, la acción penal y demás categorías procesales penales, viven, con una especial regulación, como institutos del régimen normativo de la solución heterónoma de conflictos jurídicos penales, esto es: como institutos del régimen procesal penal.

Apartado Cuarto.

La Acción Penal.

En el apartado segundo, pretendimos destacar la valoración que el Estado Moderno hace del delito y que aporta, cuando menos, tres manifestaciones del todo singulares: la que rompe con la relación acto-consecuencia y con la idea de límite frente a la imputación legal, o sea, las medidas de seguridad; las que buscan en un determinado matiz fines extra-jurídicos: el tratamiento ético del delincuente y, por último, la persecución del delito como una cuestión pública. El presente apartado se regirá por la conotación del tercer aspecto.

Oportunamente expresamos que la acción con exclusivo significado procesal, es una categoría unitaria y que la diferencia entre una y otra acción: civil, penal, etc., queda reducida tan sólo a los diferentes caracteres que legitiman su cumplimiento o ejercicio. Antes de intentar los caracteres de la acción penal, haremos una reseña de las proposiciones que sobre ella se han destilado en la doctrina. Aclaremos que la siguiente relación no obedece a ningún afán polémico ni a ningún orden de preferencia o importancia.

Ricardo Rodríguez: el deber o la necesidad que el Estado tiene de perseguir judicialmente el delito, recibe en lenguaje forense el nombre de acción penal; la acción penal se genera desde el momento mismo en que aparece la infracción; puede definirse como la necesidad jurídica que incumbe al Estado de perseguir el delito por medio del procedimiento judicial para obtener el castigo del culpable.⁽¹⁹⁾

Juan José González Bustamante: la acción penal envuelve y da vida al proceso; se caracteriza por sus perfiles propios y definidos; tiene su origen en el delito mismo; lo fundamental para su ejercicio, es examinar si el hecho que se supone ocurrido, contiene los caracteres de la tipicidad; es un poder-deber de obrar, substancialmente distinto del derecho de castigar o "exigencia punitiva" y que no siempre tiende a la imposición de una pena; sus principales características son las siguientes: a) es pública por el fin que persigue, o sea, la realización de una exigencia que es, en otros

19). Opus cit., págs. 255 y 256.

términos, el poder punitivo del Estado y porque no está regida por criterios de conveniencia o de disposición; b) es única, porque envuelve en su conjunto a los delitos que se hubieran cometido; c) es indivisible, porque comprende a todas las personas que han participado en la comisión del delito; d) es irrevocable, porque deducida la acción ante el órgano jurisdiccional, no se le puede poner fin de una manera arbitraria; e) es intrascendente, porque está limitada a la persona del responsable del delito y no debe alcanzar a sus parientes o allegados. (20).

Vincenzo Manzini: La acción penal soporta una doble apreciación: subjetiva y objetiva. El primer aspecto consiste en el poder-deber jurídico del Ministerio Público (o del pretor respecto de los delitos de su competencia) y que tiende a la obtención de una decisión judicial sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado derivada de un hecho previsto por la ley como delictivo; en el aspecto subjetivo es el medio con que el órgano ejecutivo, constreñido a abstenerse de la coacción directa en las relaciones penales, determina la intervención de la garantía jurisdiccional en orden a su pretensión punitiva derivada de un delito concreto e hipotéticamente realizable. (21).

Guillermo Colín Sánchez: La acción penal es pública; surge al nacer el delito; está encomendada generalmente a un órgano del Estado y tiene por objeto definir la pretensión punitiva ya sea absolviendo al inocente o condenando al culpable a sufrir una pena de prisión, una sanción pecuniaria o la pérdida de los instrumentos del delito. (22).

Eberhard Schmidt: El principio colocado como fundamento de nuestro derecho procesal penal, se logra a través del principio "neme iudex sine actore". De la iniciación de la acción pertinente por un acusador, en la forma admitida por la O.P.P. (23) depende que a través de un determinado procedimiento penal se pueda llegar a una sentencia sobre el fondo. La iniciación de una acción admisible por un acusador admisible, represente un presupuesto procesal. (24).

Manuel Rivera Silva: la acción tiene un doble carácter: no procesal y procesal. El primero es el derecho de persecución que nace cuando se ha cometido un delito y es una concreción del derecho abstracto del Estado de perseguirlos. El segundo es la reclamación de ese derecho ante un órgano jurisdiccional cuando el Estado estima que el hecho investigado es delictuoso y se denomina: ejercicio de la acción penal o acción procesal penal; este segundo carácter está apoyado en la actividad también des-

20). Opus cit., págs. 38 a 41.

21). Opus cit., t. I, págs. 143 y 144.

22). Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, pág. 225.

23). Ordenanza Procesal Penal.

24). Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal.

plegada por el Estado cuando tiene conocimiento de un hecho que sea delictivo, o sea, en la preparación de la acción procesal penal que bien pudiera llamarse averiguación previa. La acción procesal penal es pública e indivisible y su ejercicio está guiado por los principios de oficiocidad y de legalidad⁽²⁵⁾.

Eugenio Florian: la acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal; da carácter a todo el proceso; lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta (la sentencia); el contenido de la acción penal no es únicamente la imposición de una pena al reo, porque si bien tiene su base en el delito, la tiene también en su desenvolvimiento más amplio, comprensivo de las medidas de seguridad; tiene su origen en el delito; es un derecho autónomo distinto del derecho subjetivo de castigar del Estado; no es un derecho potestativo, sino un deber para el Estado; es única o unitaria; es un acto administrativo en oposición a jurisdiccional o legislativo; tiene carácter: a) público; b) indivisible y; c) irrevocable.⁽²⁶⁾

Miguel Fenech: En todo caso y dados los principios que rigen el proceso penal, la acción es un poder o haz de poderes que constituye el prius de la resolución final en que culmina el ejercicio de la actividad jurisdiccional. La importancia de la acción se ha trasladado del campo preprocesal al campo netamente procesal. La acción penal no constituye presupuesto y medida de la jurisdicción, sino medio de que la actividad jurisdiccional llegue a su término, de que sea posible el enjuiciamiento de unos hechos y de la consiguiente decisión: la acción penal no constituye presupuesto de la iniciación ni puede condicionar la formación y desarrollo del proceso concreto, no puede determinar el contenido de la sentencia de fondo, ni significa disposición del contenido del proceso. La acción penal, en el proceso regido por el principio acusatorio, es indispensable para que pueda dictarse una sentencia sobre el fondo, pero ni toda acción supone el derecho de llegar a esta sentencia, ni ésta debe contenerse dentro de los límites marcados en el ejercicio de la acción⁽²⁷⁾.

Enrique Jiménez Asenjo: Acción penal será el derecho procesal que puede utilizar una parte, oficial o privada para promover legalmente la actividad judicial en orden a la comprobación de la existencia de un delito, inicialmente presunto y obtener definitivamente una resolución jurisdiccional fundada (auto o sentencia), según su mérito procesal, su realidad de hecho y la culpabilidad del autor. Por el mérito procesal se da lugar a la declaración de la extinción de la acción por la realidad del hecho a su

25). Opus cit., págs. 53 y siguientes.

26). Opus cit., págs. 172 y siguientes.

27). Derecho Procesal Penal, t. I, pág. 352.

sobreselmiento o absolución provisional o definitiva, y por la culpabilidad a la absolución o condena⁽²⁸⁾.

Ya hemos señalado que las atribuciones son el contenido de la actividad estatal y como dicha actividad se orienta a la obtención de determinados fines⁽²⁹⁾. Los de orden, paz, seguridad normativa, son esenciales a la existencia gregaria. Una de las medidas de mayor importancia es esa actividad protectora del Estado, es la de estructurar las vías de solución de las controversias jurídicas. La jurisdicción suministrada por el Estado es una realidad en todas las ramas jurídicas positivas. En esos mismos términos generales cabe apuntarse que el Estado, en cambio, ha omitido toda intervención en la fase previa a la jurisdicción, y una vez dentro de ésta, la fase activa o de parte procesal. El restablecimiento de la certeza normativa se descompone en esos dos momentos: el de la jurisdicción y el de su solicitud y promoción activa. Si bien, en otro orden de ideas, el particular está constreñido a acudir ante los tribunales, puede suceder que desista de su pretensión y no solicite la función jurisdiccional o que, una vez solicitada, deje de promoverla, y todo esto, sin intervención alguna del Estado. En estos casos, repetimos, el Estado ha invadido sólo un término de la ecuación. Sin embargo, determinadas ramas del derecho positivo obligan al Estado para que lleve hasta sus últimas consecuencias su actitud frente a la relación material cuestionada, es decir, para que no sólo la enjuicie, sino que también la guíe hasta y en la jurisdicción. Es al caso del derecho penal y en el Estado contemporáneo esta nota es evidente y común. El por qué de esa amplitud de la actividad estatal en el campo penal creemos que ya ha sido, cuando menos, dibujado; recuérdese las conductas asociales que componen el acervo típico del derecho represivo⁽³⁰⁾. No obstante, y con el objeto de reforzar las argumentaciones sobre ese tema, haremos el análisis concreto de los intereses que conviven en el ilícito penal:

La comisión delictiva ataca, desde luego, uno o varios renglones de bienes jurídicos que en su gran mayoría son imputados a los particulares; así: la propiedad, la integridad física, sexual, moral, etc., etc. es decir: la noción de víctima atañe inmediatamente a una persona o grupo de personas o a sus representaciones jurídicas y sólo secundariamente, desde esta perspectiva, la comunidad sufre las consecuencias indeseables. Pero la inmediatez (interés particular) y mediatez (interés social) del resultado funciona como una distinción de tiempo lineal, no como significado de gravedad resultante. La resonancia del delito en el ámbito gregario, no es la del eco que va perdiendo sustantividad en su paso; la concurrencia es la

28). Opus cit., t. I, pág. 167.

29). Véase pág.

30). Véase pág.

misma, independientemente de la distancia —tomando como punto de partida al activo— en que sea analizada: "El delito al lesionar al particular, lesiona el derecho social a la convivencia; en consecuencia, la persecución del autor es la defensa del derecho... si la tutela es insuficiente, el autor del hecho, al quebrantar la norma, burla al Estado, al mismo tiempo que hiere al individuo que sufre la acción material o el menoscabo en sus bienes" (31).

Así pues, el Estado Moderno domina los dos momentos necesarios al restablecimiento normativo penal. Ahora bien, la persecución preprocesal y con ella la solicitud jurisdiccional, así como la participación activa o persecución procesal del delito dentro de la jurisdicción, constituyen, desde nuestro punto de vista, como ya lo enunciamos, la llamada pretensión punitiva del Estado. (Con el objeto de no violentar la noción de determinados conceptos, queremos aclarar que si bien por "persecución del delito" puede entenderse tanto la actividad preprocesal como la procesal del Estado, nosotros denominamos persecución preprocesal a la primera y persecución procesal a la segunda, en atención a que son circunstancias distintas respecto a la acción penal, instituto que señala el límite entre una y otra actividad).

La solución heterónoma de la relación jurídica controvertida y la pretensión punitiva son, pues, sendas atribuciones del Estado Moderno que por lo general son realizadas, la primera, a través de la forma o función jurisdiccional y, la segunda, a través de la forma o función administrativa. Debe señalarse que la doctrina en el tema de la pretensión punitiva no es francamente uniforme. Atentos al tono menor de nuestro trabajo y a que ya hemos comprometido una opinión al respecto, evitaremos todo análisis sobre las distintas preposiciones elaboradas, limitándonos a subrayar las dos siguientes:

Miguel Fenech: entendemos por pretensión punitiva el acto procesal consistente en una declaración de voluntad fundada en los hechos objeto del proceso, en virtud de la cual se solicita la actividad del titular penal del órgano jurisdiccional, en relación con alguna de las funciones atribuidas a éste, frente a otra persona, invocando la conformidad de lo pedido con lo dispuesto en el derecho objetivo, para lograr la garantía de la observancia de una norma positiva que se afirma infringida en un caso concreto (32).

Vincenzo Manzini: La relación jurídica punitiva de la que son simultáneamente sujetos activos y pasivos el Estado y el reo, tiene por objeto,

31). Víctor B. Riquelme. Instituciones de Derecho Procesal Penal, pág. 48.

32). Opus cit., pág. 485.

no sólo las penas principales y accesorias, sino además, todas las consecuencias de índole penal derivada de la ley de la condena.⁽³³⁾

Para nosotros, repetimos, la pretensión punitiva puede definirse como la tarea exclusiva del Estado y que provee a la realización de los supuestos determinados en el orden jurídico para que puedan actualizarse las consecuencias previstas⁽³⁴⁾ en el precepto penal material. Según expresamos, comprende dos aspectos: a) persecución preprocesal del delito, que culmina cuando se plena la acción penal, medio este que dinamiza la jurisdicción y b) persecución procesal del delito, o sea, presencia activa o de parte del Estado en el tratamiento jurisdiccional de la relación penal sustantiva; esta actividad culmina en la resolución judicial.

El ejercicio de la acción penal es un aspecto de una atribución del Estado Moderno, la pretensión punitiva o persecución —latu sensu— del delito. Esto da un carácter único respecto al ejercicio de la acción en otras ramas del derecho positivo⁽³⁵⁾. El ejercicio de la acción penal como atribución del estado motiva, a su vez, con el mismo ímpetu distintivo, las siguientes notas:

- I.— El ejercicio de la acción penal es público o estatal.
- II.— El ejercicio de la acción penal, dados los requisitos señalados en el sistema jurídico, es un imperativo para el Estado.
- III.— El ejercicio de la acción penal está sujeto a un mínimo de certeza problemática de la relación material.
- IV.— El ejercicio de la acción penal está guiado por el principio de legalidad.

Lo primero quiere decir que el ejercicio de la acción penal no es una actividad propia de los particulares, sino del Estado, en atención a que en "la inobservancia de un precepto protegido penalmente, no es el particular sino el Estado el que configura como ofendido: en la relación jurídico-penal que surge del delito, el sujeto pasivo del hecho delictivo no es sino un tercero"⁽³⁶⁾. En realidad, aunque a veces con distintas denominaciones, la doctrina es unánime en la señalación de un carácter público o estatal en oposición a uno privado o particular. No obstante, debemos aclarar que por lo general, la doctrina señala el aspecto público a la acción penal y no como nosotros, al ejercicio de la acción penal⁽³⁷⁾.

33). Tratado de Derecho Penal, t. I, pág. 121.

34). Esto es, se absuelve o se condene al infractor.

35). Esta cualidad, no es, desde luego, excluyente; toda rama del derecho que reclama del Estado un interés directo, merecerá una forma de trato similar.

36). Alberto Domenico Tolomei, Opus cit., pág. 54.

37). Manuel Rivera Silva sí atribuye la nota publicística al ejercicio de la acción penal, o acción procesal penal, como él le llama, Opus cit., pág. 56.

Desde luego que aquélla es pública, pero según el tipo de distinciones que hemos adoptado, ese carácter consiste en que al acción penal es una institución que tiene vida dentro de una función del Estado: la jurisdiccional.

Lo segundo quiere significar que la serie de actos encaminados a la obtención de la jurisdiccional penal, una vez llenados los requisitos que la ley señala para ello, deben ser inexorablemente cumplidos. La historia de la organización social no puede ser inconsecuente: si la gravedad del delito ha obligado a sustraer del particular la oportunidad de perseguirlo, no se puede, una vez atribuida al Estado dicha actividad, dejar que éste la utilice arbitrariamente, irresponsablemente. Esta consideración un tanto política, puede apoyarse en otra que sí es jurídica: las consecuencias previstas en la norma penal deben, en su caso, actualizarse; dada la división del orden normativo, las consecuencias no pueden actualizarse sin una valoración jurisdiccional o procesal; la solución heterónoma de los conflictos jurídicos vale tanto para los particulares como para el Estado en las materias de su competencia; el Estado tiene como atribución la pretensión punitiva que ya expresamos, consistente en cumplimentar todos los supuestos necesarios a la actualización de las consecuencias del precepto represivo; el Estado debe, cuando se presuma plenada la hipótesis típica del precepto, realizar los supuestos necesarios para que tengan vida las consecuencias; entre esos supuestos está el ejercicio de la acción penal.

Lo tercero significa que, a diferencia del ejercicio de la acción en otras ramas del derecho, donde ésta es absolutamente ajena a la relación material cuestionada, el ejercicio de la acción penal debe justificarse con un mínimo de certeza sobre la relación de derecho objeto del tratamiento jurisdiccional. Este principio comprende dos términos: a) requisitos de procedibilidad y b) investigación. Con ellos se integra ese mínimo de certeza necesaria para solicitar el devenir jurisdiccional; es decir, consiste en una preparación del ejercicio de la acción penal. Esta denominación la hemos tomado de Manuel Rivera Silva; con ella denomina al primer período de los tres que le señala al procedimiento penal mexicano (38); dicho período "se inicia con la averiguación previa y termina con la cosignación; en otros términos, principia con el acto en el que la autoridad investigadora tiene conocimiento de un hecho estimado como delictuoso y termina con el acto en que el Ministerio Público solicita la intervención del órgano encargado de aplicar la ley" (39).

Por último, lo inscrito en el cuarto número, pretende señalar la sujeción de la actividad del Estado en lo relativo al ejercicio de la acción penal a un régimen jurídico. Si se recuerda que el Estado Moderno es llamado

38). Opus cit., pág. 35.

39). Opus cit., pág. 42.

Estado de Derecho porque dentro de él cualquier actividad estatal debe apoyarse en la hipótesis de normas previamente establecidas, se entenderá con nitidez el principio de legalidad; es más, precisamente el Estado de Derecho es el triunfo contra el personalismo y arbitrariedad en los actos del Estado.

Si la acción penal sólo puede distinguirse de otras acciones por las notas que legitima su cumplimiento, cabe preguntarse por las relaciones entre acción penal y ejercicio de la acción penal.

Trataremos de precisarlas.

La acción penal, especificación de un instituto genérico, es un remedio técnico que una vez tocado, pone en movimiento la jurisdicción repressiva; el ejercicio de la acción penal es el tocamiento de esa institución para los efectos procesales; mientras que la acción, establecida en el orden jurídico como elemento indispensable para la apertura jurisdiccional, es anterior tanto al delito como a su excitación, el ejercicio de la acción penal es posterior al hecho hipotéticamente delictuoso, porque depende de su noticia y es posterior a la acción penal. El ejercicio de la acción penal es la realización de determinadas actividades que se encaminan a plenar la condición (acción penal) indispensable para que la jurisdicción devenga realidad. Una vez plenada la acción penal, se desenvuelve la jurisdicción en base de ese impulso, es decir, de la acción penal ejercitada.

Por último, queremos señalar lo siguiente: el problema de la forma o función punitiva, atribución del Estado Moderno, y con ello el ejercicio de la acción penal, no es una cuestión propiamente normativa, sino de política jurídica o de postura doctrinal. Incuestionablemente, la realidad histórica ha perfilado como conveniente la forma administrativa y no la misma jurisdiccional.

Apartado Quinto.

La Pretensión Punitiva no es un juicio de valor.

Pensamos que es indispensable hacer un deslinde entre la Pretensión Punitiva propiamente dicha y el problema de su fundamentación. La Pretensión Punitiva en cuanto actividad estatal regulada por el orden normativo es un concepto estrictamente jurídico; en cambio, la opinión que se tenga sobre su fundamentación es un juicio de valor y, por lo mismo, metajurídico. Es dentro de esa estimativa donde las menciones: derecho de castigar, expiación, etc., obtienen claro sentido.

La valoración de la Pretensión Punitiva, intenta encontrar o señalar un contenido que desborda la forma jurídica, en lo general, a todo el sistema punitivo y, en lo particular, a las consecuencias del precepto penal material, es decir, a la sanción o pena. Dicho contenido, al plantear un problema de consideración filosófica o de estimativa, es variable; queremos decir, que en tanto que depende de juicios de valor, varía en la proporción en que se modifican las concepciones metajurídicas de un sistema de derecho positivo.

Eusebio Gómez⁽⁴⁰⁾, clasifica las corrientes que fundamentan el derecho de reprimir o pretensión punitiva del Estado y señala que son de tres clases: absolutas, relativas y mixtas. Las primeras hacen una identificación entre dos órdenes distintos: el moral y el jurídico, de ahí que funden la represión en la exigencia de una justicia absoluta. El delito es un mal causado y su autor debe de ser sometido a la expiación de ese mal. La pena carece de finalidad práctica, es la justa consecuencia del delito, que el delincuente debe sufrir como una expiación. Estas teorías son eminentemente retributivas. Las segundas —relativas—, son de carácter utilitario y forman un abigarrado conjunto que sólo se distingue por los distintos fines atribuidos a la pena. Como ejemplo de esta postura, tenemos los siguientes sectores:

a) Los que le señalan a la pena una finalidad de prevención; esta corriente se escinde porque una parte se refiere a la prevención general,

40). Tratado de Derecho Penal, t. I, págs. 571 a 575.

en tanto que la otra menciona la prevención especial, es decir, el efecto que puede producir sobre el individuo que es sometido a la pena;

b) Los que aluden a una finalidad correctiva o de enmienda;

c) Los contractualistas. Estas teorías, ya sea que se argumente que los hombres han transmitido a la sociedad el derecho a su propia defensa y, con ello, la facultad de imponer una pena al agresor, o que los hombres, convencidos de la imposibilidad de vivir sin leyes, otorgan a la sociedad el poder de dictarlas y el de reprimir a sus infractores; estas teorías, decíamos, denotan el criterio de la pena utilitaria, o sea, de la pena enfocada hacia el fin de la justicia;

d) Las que señalan un fin reparatorio; y

e) Las que hablan de un fin de defensa social.

Las terceras, —mixtas— tratan de reducir a las absolutas y a las relativas a un punto de coincidencia: la justicia absoluta, señalan, es siempre el fundamento de la pena, pero ésta debe tener una finalidad.

En verdad, la relación de las teorías sobre el fundamento de la pretensión punitiva, no es otra cosa que la relación tanto de las escuelas penales, como de toda elaboración doctrinal que ansíe determinar un contenido metajurídico al derecho punitivo. Tarde o temprano, con mayor o menor lucidez, aparece en tales disquisiciones el problema de un contexto en la sanción penal, que como enunciamos anteriormente, es sólo un hito entre otros fundamentales: así, el delito, el delincuente, etc., etc.

Raúl Carranca y Trujillo⁽⁴¹⁾ al plantear el problema de la justificación última de la pretensión punitiva o derecho del Estado de imponer penas, expresa que Prins distingue a las escuelas por los principios siguientes: el de la reparación, el de la intimidación, el de la enmienda y el de la defensa social (utilitarias u objetivas), de la retribución de falta con castigo (morales o subjetivas), de su base en el contrato tácito de relaciones sociales (jurídicas) y el de la justicia absoluta y la utilidad social combinados (mixtas o eclécticas).

La fundamentación del poder estatal para imponer las penas —continúa explicando Raúl Carranca y Trujillo—, ha sido analizado en todos los tiempos: Platón, según una interpretación, funda la pena en el principio de la expiación en nombre y en interés de la comunidad y como necesaria retribución consecuente al delito; Aristóteles, destaca un fin utilitario a la pena; la ejemplaridad intimidante de la pena justifica el derecho de castigar entre los romanos; en la Iglesia, el derecho de castigar fue un derecho divino, concibiéndose al delito como un pecado y a la pena como una penitencia; Grocio y a partir de él, la tradición contractualista, sienta la base contractual del derecho penal: el que delinque se obliga implícitamente

41). Opus cit., t. I, págs. 107 a 117.

te a sustraer la pena; para Beccaria, la finalidad del castigo es impedir que el agente dañe de nuevo a la sociedad y, también, apartar a los demás del deseo de comisión delictiva; Romagnosi, Bentham y Feurbach, toman de Beccaria la idea de la utilidad social de la pena; para Kant, la ley penal es un imperativo categórico resultante de una exigencia de la razón práctica, inspirada en la justicia absoluta, siendo la pena una retribución necesaria; para Hegel el delito es manifestación externa de una voluntad irracional o antijurídica, por lo que la pena, negando el delito, reafirma el Derecho y restituye al delincuente su auténtica personalidad; Rossi fusiona la utilidad social al principio moral de la pena; para Carmagnani el castigo no es un acto de venganza, sino un esfuerzo para que en el futuro no se realicen otros delitos semejantes; para Francisco Carrara, dentro de los márgenes de la llamada Escuela Clásica, la ley penal es una derivación de la voluntad divina: la protección del derecho. Francisco Carrara —señala por su parte Luis Jiménez de Asúa— otorgó a la pena el objetivo de tutela jurídica y este principio, constituye, probablemente, la esencia misma del clasimismo penal (42); para la Escuela Positiva, la pena es un medio de defensa social y para que la sanción penal derive de ese principio —señala Raúl Carranca y Trujillo—, debe guardar una proporción al "estado peligroso" del delincuente y no a la gravedad objetiva de la infracción, agregando posteriormente, que la defensa social no es venganza social, en tanto que no acepta el carácter aflictivo de la pena, ni es tampoco consecuencia de la idea abstracta de justicia o de compensación moral, menos defensa jurídica o tutela del orden jurídico porque es más que eso, es decir: defensa de la sociedad a través de su conservación y de su perfeccionamiento; la defensa social mantiene los fines de prevención del delito, y una vez cometido éste, la defensa contra sus efectos, siendo por lo mismo, ajena a toda idea trascendente de retribución moral, de expiación o de castigo; así, concluye, la tutela represiva tiene su justificación en la necesidad de salvaguardar las condiciones de existencia de una sociedad dada, en un momento dado, frente a las infracciones que la colocan en un estado de peligro. Luis Jiménez de Asúa, reseña los principios que definen al derecho penal contemporáneo; queremos destacar el siguiente: los códigos y proyectos modernos están transidos de benignidad para el delincuente primario, y usan frente a los reos más feroces y frente a los criminales incorregibles de medidas asegurativas en que el fin defensivo se persigue sin venganza y sin ánimo expiatorio (43).

Por último, haremos la narración de dos pensamientos contemporáneos que ejemplifican meridianamente un afán especulativo basado en jui-

42). El Nuevo Derecho Penal, pág. 16.

43). Opus cit., pág. 56.

cios de valor o extrajurídicos; el del autor español ya citado, es decir, de Luis Jiménez de Asúa y dentro de la doctrina mexicana, el de Manuel Rivera Silva en su libro "Naturaleza, Cultura y Derecho Penal".

Luis Jiménez de Asúa elabora los contornos del derecho penal del porvenir. Para ello escinde la dimensión futura en dos momentos: el del futuro remoto y el del porvenir próximo. Esta división la comprende, respectivamente, en el Código del Futuro Lejano y en los Códigos del Porvenir Inmediato (44).

Desde luego, nos interesa reseñar sólo el primero, que insistimos, es un claro síntoma de especulación valorativa.

El Futuro Remoto (45). Las bases teóricas del Código del Futuro Lejano participan de las ideas de Pedro Dorado Montero, es decir, de la amalgamación orgánica de dos corrientes penales: el del correccionalismo y su espíritu protector del delincuente y el del positivismo penal y su espíritu de protección a la sociedad. Sus instituciones son:

a).— El estado peligroso.— Esto quiere decir que el delito sufrirá un devalúo total, porque en primer plano quedará la preocupación legislativa por el estado peligroso del agente; en vez de delitos se definirán "posiciones del estado peligroso, permanentes o temporales estados de peligrosidad subjetiva", que pueden coincidir o no con las calificaciones típicas sobrevivientes;

b).— Medida tutelar.— La pena, y con ella todas sus cualidades expiativas, etc., etc., igual que el delito, será substituída por otra noción: la de medida tutelar y aseguradora que no podrá tener una duración determinada de antemano;

c).— Nuevos jueces con pleno arbitrio.— Los nuevos jueces no será juristas en el tradicional sentido de la palabra, sino más bien antropólogos, psicólogos, psiquiatras, etc., etc., es decir: "médicos sociales". Su arbitrio será absoluto, porque la ausencia de figuras típicas acabadas y de límites genéricos y apriorísticos en las medidas tutelares, no pueden obligarlos a un régimen de actuación cerrada.

d).— Los establecimientos penitenciarios, al tenor de los puntos anteriores, serán substituídos por Reformatorios, Instituciones tutelares y Asilos manicomiales. La presencia del agente dentro de ellos no podrá, obviamente, ser determinada de antemano.

44). Opus cit., págs. 79 y siguientes.

45). Opus cit., págs. 80 y siguientes.

Por su parte, Manuel Rivera Silva, en la obra anteriormente citada, determina ciertos contenidos extrajurídicos a la materia punitiva. El criterio de dicho análisis parte de una homología entre el hombre y la cultura, esto es, de un paralelismo entre las etapas vitales, tanto del hombre como de la cultura. Tales hitos vitales son: infancia, adolescencia, juventud, madurez y vejez (1).

En el campo concreto de la materia penal, nosotros destacaremos únicamente lo relativo a las sanciones (pena o no pena) objeto o fin de la atribución de pretensión punitiva.

A.— Infancia (2).— En los períodos liminares de la historia, el hombre absorbe dentro de sí a la circunstancia, no conoce limitación alguna a su poderío absoluto, a su "yo dominante". Con tal entendimiento, el hombre no reacciona contra el que lo agrede, sino simplemente, contra todo lo que lo rodea. Inclusive en la etapa organizada que sigue a la orgánica, subsiste el ánimo dominante, sólo que en ella, "las reacciones se vuelven de grupo contra grupo". En esta infancia histórica de la cultura, el derecho penal no puede aparecer.

B.— Adolescencia (3).— En esta secuela histórica, el hombre sufre una separación de la circunstancia; la naturaleza, por ejemplo se le representa en su completa autonomía y peligro. El hombre se circunscribe a sus propias dimensiones y "ya no actúa por poder sino por defensa". El inicial ímpetu dominador, al quedar limitado, se compensa creando una finalidad que no es otra "que la que el "tú" (representación cosificada de los demás hombres, F. C.) no se coloque en situación privilegiada". En semejante ordenación de la existencia, en la determinación resentida de lo que no debe hacerse, se produce el nacimiento del derecho penal.

La sanción en este momento cultural, es una negación del derecho, porque permite al sujeto que lo ha creado salirse de él, es decir, "ejecuta, por medio de la sanción, exactamente el mismo hecho que el vulnerador realizó". En su nacimiento, la sanción además de ser ajurídica, es retributiva y presente; es retributiva porque obedece a un sentimiento o impulso de venganza; es momentánea porque "nace sin compromiso con el futuro y sin importarle absolutamente nada la prevención".

C.— Juventud (4).— En la juventud cultural el sentimiento egoísta, resentido de "que nadie realice lo que yo no puedo ejecutar", se despersonaliza, se objetiva en un "fin autónomo informante de la justicia"; así, la justicia es fundamentalmente igualitaria. El valor justicia es representativo de una novedad en el derecho: el creador del mismo, contrariamente

1). Opus cit., págs. 3 y siguientes.

2). Opus cit., págs. 54 y siguientes.

3). Opus cit., págs. 62 y siguientes.

4). Opus cit., págs. 88 y siguientes.

a la adolescencia cultural, queda comprendido como objeto del ordenamiento jurídico.

La sanción de la juventud cultural guarda estas notas: su ser, es la realización de un acto que se dirige al delincuente; su finalidad es producirle dolor; su sentido, es "el predominio de la justicia".

D.— Madurez (5).— En la madurez cultural, el ímpetu por los valores que trascienden al hombre disminuye, éste toma el primer plano de toda perspectiva. En el derecho, al lado de la justicia, aparece la utilidad social.

La sanción penal se conforma en una dualidad, tomando de la justicia la idea retributiva y de la utilidad social la prevención. No obstante, "la sanción es proporcional al delito y no al delincuente, como posteriormente se intenta".

E.— Vejez (6).— Durante la vejez, las culturas pierden totalmente el afán de ideas trascendentes, entre ellas, la de la justicia.

La sanción entra plenamente al derecho, porque "la utilidad social es la que obliga a la sanción a despojarse de todo aquello que no persigue el logro de la armonía social, o sea la tranquilidad gregaria". Entre las notas más sobresalientes que el autor comentado determina a la sanción penal de la vejez cultural, tenemos las siguientes:

La sanción deja de ser pena al desaparecer totalmente la noción de la venganza.

La sanción pierde su pretérita relación con el delito en atención a que, precisamente, "la venganza es el motivo que engendra relaciones entre la pena y el delito".

La sanción, en cambio, se relaciona con las causas de la delincuencia, debido a que se ha convertido en un instrumento para lograr cierto modo de conducta social y "le interesa únicamente vincularse con las causas de la delincuencia, ya que, extinguiéndose éstas, se obtienen las formas buscadas".

La sanción se convierte en una prevención, porque funciona "para que lo indeseado no llegue".

Como puede observarse, al lado del simple concepto jurídico de la pretensión punitiva o persecución del delito, existe una importante literatura preocupada en el grave problema de su fundamentación valorativa. Creemos que no es necesario aclarar que nuestra insistencia en distinguir tales cuestiones, no significa menosprecio a lo segundo, esto es, al problema de la fundamentación. En realidad, lo único que pretendemos, por razones de claridad, es darles una, pensamos, debida separación durante su estudio.

5). Opus cit., págs. 108 y siguientes.

6). Opus cit., págs. 112 y siguientes.

TERCERA PARTE

LA ACCION PENAL Y SU EJERCICIO EN EL DERECHO POSITIVO.

apartado primero.— Las atribuciones de solución heterónoma penal y de pretensión punitiva en el Estado Mexicano.

apartado segundo.— Los principios del ejercicio de la acción penal federal.

apartado tercero.— La acción penal federal.

Apartado Primero.

Las atribuciones de solución heterónoma penal
y de pretensión punitiva en el Estado Mexicano.

El Estado Mexicano está formulado, nítidamente, en las notas del Estado Moderno. Las rápidas consideraciones que sobre este último hicimos en el apartado primero de la segunda parte, al alcanzar a nuestra organización estatal, harían ociosa una repetición de lo ya manifestado. Asimismo, en el tema concreto penal, el Estado Mexicano postula una grave preocupación frente al delito; las medidas de seguridad, el tratamiento ético del delincuente durante la ejecución de las sanciones y la persecución del delito como actividad pública son parte medular de su legislación punitiva. Ahora bien, el Estado Mexicano, al adoptar la forma federal⁽¹⁾, motiva una división en su existencia político social: la de las entidades locales y la de la federación. Esto repercute igualmente en el aspecto normativo jurídico, resultando los niveles federal y local. De ahí ese paralelismo de la vida estatal mexicana: Legislación Local —Legislación Federal, Jurisdicción Local— Jurisdicción Federal, Administración Local— Administración Federal. Esto no quiere decir, naturalmente, que existan dos organizaciones políticas y dos modos normativos, distintos y de relación eventual; como es lógico, las entidades locales y la federación, son niveles de una misma dimensión política jurídica: el Estado Mexicano. Lo que sucede, es que en la composición federal de nuestra estructura política, se opera una descentralización de las actividades primarias del Estado; queremos expresar que ese desgajamiento del quehacer estatal se produce no en actividades superficiales o menores, sino precisamente en las fundamentales. No se piense que con esta aseveración desvirtuamos la no-

1). Además de la forma Republicana, Representativa y Democrática.

ción monista del poder público y que da carácter al Estado contemporáneo. Ni la federación ni las entidades locales son soberanas o autárquicas; por principio, la soberanía, por decisión expresa del texto constitucional, se hace residir en la voluntad popular, voluntad ésta que se expresa políticamente en una determinada forma organizativa; por último, esa forma es la federal (2), subsumiéndose en ella los niveles federativo y local, o sea, como ya lo expresamos: las entidades locales y la federación son niveles de una sola dimensión política jurídica: El Estado Mexicano.

El estudio de la acción penal y de su ejercicio, puede, al tenor de lo anterior, referirse hacia lo local o hacia lo federal o nivel federativo. Nosotros nos inclinamos por lo segundo, advirtiendo de inmediato que las notas que resulten de nuestras consideraciones, tienen aplicación en el nivel normativo local.

Las atribuciones de solución heterónoma de los conflictos normativos penales y de pretensión punitiva de la federación, encuentran su desenvolvimiento, respectivamente, por la forma o función jurisdiccional y por la forma o función administrativa.

En el artículo 21 constitucional se lee, por una parte, que la "... imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial", y por otra, que la "... persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél". Ahora bien, debemos hacer una triple precisión: primero: que el contenido del precepto que hemos destacado se refiere tanto al nivel federal como al nivel local; segundo: que no significa una interpretación tortuosa señalar que lo denominado imposición de penas quiere decir solución heterónoma de los conflictos normativo penales y, que además, se trata no sólo de imposición de penas, sino también de no penas, o sea de una absolución. Finalmente, tercero: que tampoco es tortuoso interpretar la expresión "persecución de los delitos" como pretensión punitiva; es decir, como el conjunto de actividades que el Estado realiza para que en un caso concreto se apliquen las consecuencias registradas en la Ley Penal Material. Ya dentro del nivel federativo, en los artículos 102 y 104 constitucionales, nos encontramos con lo siguiente: Artículo 102.— "La Ley organizará al Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva, debiendo estar presididos por un Procurador General. Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales de todos los delitos del orden federal..."; artículo 104.— "Corresponde a los tribunales de la federación conocer: I.— De todas las controversias del orden... criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de le-

2). Véase nota número 1.

yes federales o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras..." Como es notorio, nuestra referencia a la materia penal federal se reduce a la, digamos, común; por eso queda fuera lo relativo a la jurisdicción penal y a la pretensión punitiva que se desenvuelve en la secuela de control de garantías constitucionales o de amparo.

En el apartado cuarto de la segunda parte, señalamos el pensamiento de que la pretensión punitiva significa dos momentos distintos, o mejor dicho, dos momentos claramente diferenciados: el de la persecución preprocesal y el de la persecución procesal o de parte en términos jurisdiccionales. Ahora bien, el segundo momento apuntado, tiene lugar durante la secuela procesal ante los tribunales penales, la actividad o integración o desarrollo del proceso penal no forma parte de nuestro estudio, por lo que las referencias directas a ámbito procesal de la pretensión punitiva serán hechas simplemente con la intención de apoyar algún pensamiento o consideración. Así pues, nuestro estudio queda cifrado en la persecución preprocesal del delito, actividad ésta que culmina con el ejercicio o cumplimiento de la acción penal, hipótesis del sistema jurídico que requiere ser actualizada o plenada en un caso concreto para que la jurisdicción se dinamice.

Con el objeto de articular en la medida de nuestras posibilidades el tratamiento de dicha actividad y que será considerada en el próximo apartado, utilizaremos como método, la relación de los principios que dan carácter al ejercicio de la acción penal y con ello, en la proporción que puede ser diferenciada una categoría uniforme, a la acción penal misma.

Apartado Segundo.

Los Principios del Ejercicio de la
Acción Penal Federal.

I.— PRINCIPIO DE PUBLICIDAD O ESTATALIDAD.

El sujeto del ejercicio de la acción.

El problema de los delitos perseguidos por
querrela necesaria.

EL SUJETO DEL EJERCICIO DE LA ACCION.

Como se recordará, el principio de la publicidad o estatalidad en el ejercicio de la acción, quiere decir que no son los particulares, sino el Estado mismo el que efectúa los supuestos necesarios para que sea posible la solución heterónoma del conflicto normativo penal concreto o, en otras palabras, que es el Estado y no el particular quien solicita la necesaria actividad jurisdiccional. Igualmente quedó determinado que tanto en el nivel federativo como en el local del Estado Mexicano, el órgano encargado de realizar dicha actividad, que junto con la persecución procesal constituye la atribución punitiva, lo es el Ministerio Público, entidad dependiente de la administración o Poder Ejecutivo. Esto se debe a que, por razones técnicas en la división de la actividad estatal, el sistema jurídico señala un órgano específico de la administración encargado concretamente de la pretensión punitiva. Así pues, el Ministerio Público Federal es el titular del ejercicio o cumplimiento de la acción penal, ejercicio éste que constituye con otra serie de actividades, los momentos de la atribución de pretensión punitiva. Creemos necesaria una breve noticia de la persecución —latu sensu— del delito o pretensión punitiva, y con ello de la administración de justicia penal, en nuestro país. Para el desarrollo de dicha noticia histórica, nos valdremos de la excelente obra: "Apuntes para la Historia del Jus Puniendi en México", de Francisco González Cosío.

El Azteca, como todos los pueblos precolombinos, debido a una especial estimativa o concepción del hombre y del universo, reducía todos los

poderes en las manos de un solo hombre: el Rey-Dios. De ahí que el soberano o Tlatoani centralizara los pormenores de la administración de justicia y con ellos, la pena o represiva. En manera indiferenciada era el supremo responsable, tanto de la solución heterónoma de los conflictos normativos penales como de la acusación del delincuente y de la persecución de los delitos. La exclusividad en ésta como en todas sus atribuciones, tuvo tal vigor, que se daba muerte a todo aquel que las realizaba sin su consentimiento. La omnipotencia y centralización absoluta de la administración de justicia por razones cuantitativas, sufría, sin embargo, un relajamiento importante: el señor delegaba la función jurisdiccional y la pretensión punitiva en la persona de los jueces y demás funcionarios de justicia; sobre todo y, con carácter especial, compartía su facultad de juzgar con el Cihuacóatl, personaje que junto con el Tlatoani, formaba el reflejo terreno de la dualidad divina Ometéatl, siendo el primero el elemento femenino y el segundo el masculino para concluir debe señalarse que los delitos se perseguían de oficio, estando la venganza privada totalmente prohibida, porque se castigaba, en su caso, con la pena de muerte (1).

Durante la dominación española, la idea práctica de gobierno lo fue la de Derecho Divino; en el Rey y en su ilimitada majestad se concentraba la vida del Imperio Español: el de la Península y el de las Colonias. En la Nueva España, los naturales merecieron una legislación penal propia; para el resto, la administración de justicia se daba en determinados órganos entre los que sobresalían las Audiencias. El monarca, en base de su autoridad total, delegaba en sus funcionarios la persecución y enjuiciamiento de los delitos. Por la Ley I, Tít. 17 del Lib. II de la Recopilación de Leyes Indias se determina la creación de una Sala de Cuatro Alcaldes del Crimen en cada una de las Audiencias con el objeto de que "los delitos fuesen mejor inquiridos y castigados". La averiguación de los delitos era competencia de los Oidores que a su vez fuesen Jueces en lo criminal, o bien por los Alcaldes en los lugares que los hubiere. Al tenor de la Ley 31, Tít. 17 del Lib. II, los Alcaldes del crimen tenían la facultad de aprehender a las personas relacionadas en la comisión de un delito, estando obligados, según la Ley 39 del mismo Título y Libro, a inquirir y castigar los delitos. Los Fiscales, representantes de los intereses de la Real Hacienda, en la materia penal tenían la obligación o cargo de prosecución de los procesos penales; sin embargo, no podían acusar sin previa delación, excepción hecha de que se tratara de un caso notorio o de que se realizara pesquisa. Otros funcionarios eran, por ejemplo, los Alguaciles, coadyuvantes en la persecución del delito. Se admitía una especie de principio de oportunidad en la persecución del delito, porque el Virrey estaba fa-

1). Autor y Opus cit., págs. 29 a 40.

cultado para perdonar a las personas relacionadas con un delito; asimismo existía la posibilidad de composición entre el agente activo y el ofendido, siempre y cuando el delito fuera de escasa importancia. La conclusión decisiva del período colonial en lo relativo a la persecución de los delitos, es la de que "la punibilidad de un acto descansaba en el hecho de que se había violado la norma impuesta e interpretada exclusivamente por una voluntad: la del Monarca" (2).

El movimiento insurgente pretendió una honda modificación en la forma total de la existencia política colonial, por eso sus preocupaciones sólo podían satisfacerse en la lucha de conceptos básicos de la vida estatal: Soberanía, Independencia, etc., etc. En mérito de esta actitud, lo fundamental en los distintos documentos de la época, no era desde luego las particularidades, sino las generalidades; es decir, la revolución social no la reforma de tales o cuales normas jurídicas; por ejemplo, la Constitución de Apatzingán de 1814, remite claramente a la legislación española en lo relativo a la "investigación y castigo del crimen" (3).

Ya en la época independiente, entre los decretos y proyectos anteriores a la Constitución de 1814, cabe destacarse la disposición de la Junta Provisional Gubernativa en el sentido de crearse un Código Criminal, disposición ésta que no tuvo cumplimiento. La actividad represiva durante ese período se señaló, lógicamente, en el ámbito de los delitos políticos (4).

En el período comprendido desde el año de 1824, fecha de la primera Constitución del México Independiente, hasta antes de los debates del Congreso Constituyente de 1856, la administración de la justicia penal en sus fases persecutoria o acusatoria y procesal tuvo un carácter de penuria y desorden. (5) y (6).

En el proyecto de Constitución presentado por la comisión encabezada por Ponciano Arriaga el 16 de junio de 1856, se expresaba: Artículo 27: "A todo procedimiento del orden criminal debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad". El precepto fue incomprendido dentro de ese especial ambiente de acusosa defensa de la libertad individual que ca-

2). Opus y autor cit., págs. 209 a 226.

3). Autor y Opus cit., págs. 229 a 232.

4). Autor y Opus cit., págs. 332 a 338.

5). Autor y Opus cit., págs. 241 a 266.

6). Carlos Franco Sadi, al comentar lo relativo a la persecución del delito en la etapa comprendida desde la Constitución de Apatzingan hasta el Congreso de 1856, señala lo siguiente: "desde la Constitución de Apatzingan de 22 de octubre de 1814, hasta la de 1856, comprendiendo a la Constitución Federal de 1824, a las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y a las Bases Orgánicas de junio de 1843 (Centralistas), en todas ellas el Fiscal o Procurador figuró como integrante del Supremo Tribunal o Suprema Corte de Justicia de la Nación". Opus cit., págs. 55 y 56.

racterizó al Constituyente de 1856. Para Francisco J. Villalobos, por ejemplo, el derecho de acusación criminal era de tipo de derechos que pertenecían al pueblo en forma indelegable; este derecho tiene su correlato en la facultad de defensa por parte de la persona acusada. Es decir, se concibe la persecución del delito como una cuestión de venganza privada. La proposición de la comisión redactora, después de inútiles intentos conciliatorios, se deshechó, declarándose al artículo sin lugar a votar (7).

Durante la efímera gestión de Maximiliano, en el año de 1856, aparece la Ley de Policía General del Imperio; entre los cuerpos que se establecen está la Policía Judicial, encargada de aprehender a los delincuentes y a los vagos y de realizar las averiguaciones de los crímenes, delitos y contravenciones. Respecto a esta última actitud, —la averiguación—, una vez reunidas las pruebas, se entregaban junto con el supuesto infractor a las autoridades judiciales.

El 19 de diciembre de 1865, queda promulgada una Ley para la Organización del Ministerio Público; sus notas sobresalientes son:

a).— El ejercicio del ministerio se realizaba por un Procurador General del Imperio, que además, era integrante del Tribunal Supremo (Suprema Corte), por los Procuradores Imperiales, con adscripción a los tribunales inferiores y, por los Abogados Generales, "comisionados, según parece, particularmente en determinadas oficinas y dependencias oficiales"; y

b).— El ministerio era el titular de la acción pública e intervenía dentro de las causas con el carácter de representante de la sociedad; pedía no sólo la imposición de una pena sino también, en su caso, la absolución del reo. La acción pública era susceptible de concurrir con la pretensión de los interesados u ofendidos, "pero el Ministerio Público no podía ejercitarla cuando aquélla estaba reservada a los particulares".

Anteriormente, en el Reglamento de la Suprema Corte del 29 de julio de 1862, dado por el Presidente Juárez, se establecieron las funciones, tanto del Procurador General, que al tenor del artículo 91 de la Constitución de 1857 integra la Suprema Corte de Justicia, como del Fiscal. El primero era oído por el Supremo Tribunal en todos los negocios en que tenía interés la hacienda pública, bien por fraudes cometidos contra ella, bien en caso de responsabilidad de sus empleados. El Fiscal, "era oído en todas las causas criminales o de responsabilidad, así como en negocios referentes a jurisdicción y competencia de los tribunales, consultas sobre dudas de la ley, o que se lo pidiera la Corte".

El 22 de mayo de 1900 se reforma el artículo 96 de la Constitución de 1857, expresándose que se crearán tanto los Tribunales de Circuito como los Juzgados de Distrito y el Ministerio Público de la Federación, señalán-

7). Francisco González Cossío. *Opus cit.*, págs. 279 a 282.

dose, además, que los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República que lo preside, serán designados por el Jefe del Ejecutivo. En esta forma se separa la actividad acusatoria de la propiamente jurisdiccional. La Ley anunciada en la Reforma constitucional, se promulgó el 16 de diciembre de 1908 como Orgánica del Ministerio Público Federal (8).

Los momentos principales en la formación del Ministerio Público, tal como aparece en nuestra Constitución Jurídica vigente, quedaron cifrados, desde luego, en los debates del Constituyente de 1916-1917. En el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, Art. 21, se señalaba que: "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. Paulino Machorro Narváez, Heriberto Jara, Arturo Méndez e Hilario Medina integraron la comisión que dictaminó sobre dicha proposición, "la cual fue aprobada prácticamente en los mismos y exactos términos en que se propuso". La exposición de motivos de Venustiano Carranza sobre el particular, encierra los siguientes aspectos: a) que en relación al artículo 21 de la Constitución de 1856, el nuevo precepto a la vez que confirma la actividad exclusiva de los jueces en la imposición de las penas, plantea una reforma en el sentido de conceder a la autoridad administrativa, exclusivamente, el castigo por la infracción de los reglamentos de policía, hechos éstos que tan sólo darán objeto a imposiciones pecuniarias y no privativas de libertad, con la única excepción de los casos en que no pueda pagarse la multa; b) que amén de lo anterior, se propone una reforma revolucionaria en el enjuiciamiento represivo, consistente en organizar con su debida técnica las funciones jurisdiccionales así como las del Ministerio Público, terminando en definitiva con la vieja costumbre de que el juez realizara tanto el enjuiciamiento como la persecución y averiguación del delito, además, con la subordinación de la Policía Judicial al Ministerio Público, se impediría, también, que la Policía común continuara su arbitraria actividad en la detención de los presuntos responsables en la comisión de un delito.

Debido a una cierta oscuridad en la forma como la Comisión emitió su dictamen, el licenciado José Natividad Mañas, con el objeto de aclarar lo conducente, expresó, entre otros, los siguientes puntos: a) que a la independencia del País, si bien formalmente se llevó a cabo la división de poderes del Estado, de hecho siguieron siendo indiferenciados, así por ejemplo, el Poder Judicial se estimaba facultado no sólo para cumplir su fun-

8). Francisco González Cossío. Opus cit., págs. 282 a 300.

ción de imposición de penas, sino también para perseguir al delincuente, de ahí la creación de la Policía Judicial, grupo de agentes "que no eran jueces, sino empleados que estaban a su servicio para buscar las pruebas, averiguar los detalles con los cuales se había cometido un delito y estaban enteramente dependientes de él" (del Poder Judicial); b) que posteriormente se estableció en México la institución del Ministerio Público, que resultó "como dice el Primer Jefe en su epígrafe", una entidad decorativa porque los jueces siguieron realizando todo el grupo de actividades: ejercicio de la acción penal, aportación de pruebas, persecución y acusación del delincuente, etc., propias del Ministerio Público; c) que además, en el Código de Procedimientos Penales vigente en esa época en el Distrito Federal, se instauró el Ministerio Público tomándolo del Código de Procedimientos de Francia y, cometiéndose el error, por una mala interpretación, de hacer policía judicial al Ministerio Público; d) que en mérito de la estructura científica de la Constitución, el Proyecto de Venustiano Carranza es conforme a la Exposición de Motivos, porque la persecución del delito es una actividad propia del Poder Administrativo en los países que como el nuestro, se considera una división tripartita del Poder Estatal, quedando el Poder Legislativo encargado de dar la ley, el Judicial de aplicarla y el Administrativo de hacerla cumplir; e) que la persecución del delito en sentido técnico, se efectúa a través de la Policía Judicial, policía ésta que con la preventiva forma, en un sentido amplio, "a policía judicial de los países libres", siendo la preventiva la que pretende evitar los delitos, pero sin constituir propiamente la Policía Judicial strictu sensu, ya que esta última la forman el conjunto de personas subordinadas al Ministerio Público; y f) que en esa forma, "la policía, el Poder Administrativo, persigue a los delincuentes mediante su órgano, que es el agente del Ministerio Público; el agente del Ministerio Público desempeña esa función con los auxiliares que tiene al efecto, o sea, la policía judicial".

Con posterioridad, Enrique Colunga formula un voto particular que además de otras cuestiones, propone que al caso de las infracciones del reglamento de policía se agregue el de infracciones a los reglamentos gubernativos.

En esa misma sesión de la Asamblea Constituyente y ya aprobada la redacción final del artículo 21, José Alvarez propuso que con el objeto de proteger, en lo particular al obrero y en lo general a todas las clases menesterosas, se adicionara el artículo 21, señalándose que: "La multa que imponga la autoridad administrativa a los trabajadores o jornaleros, no podrá ser mayor, en ningún caso, que la mitad del salario mismo correspondiente a 15 días". La adición sugerida fue aceptada, quedando en la for-

ma siguiente: "Si el infractor fuese jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana" (9).

La redacción original del artículo 21 Constitucional se ha conservado íntegramente.

En el tema concreto del Ministerio Público Federal, tenemos, antes de la Constitución de 1917, la ya mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1908, que según Carlos Franco Sodi, autor de quien nos serviremos en las siguientes líneas (10), estimó al Ministerio Público Federal como un auxiliar de la administración judicial. Esta idea subsiste en el Código Procesal de 1909, ya que en su artículo segundo determina que ejercen la Policía Judicial Federal, entre otros, "los representantes del Ministerio Público Federal", quienes, al tenor del artículo 17, tenían como actividad el ejercicio de la acción penal. El Ministerio Público Federal no se conforma como institución autónoma, sino hasta la Ley de lo. de agosto de 1917, derogada por la de 1934, "que fue la que en realidad puso al Ministerio Público en aptitud de cumplir su importante función constitucional"; esta ley fue derogada por la actualmente vigente, es decir, por la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 26 de noviembre de 1955.

Al párrafo primero del artículo 102 Constitucional, fuente normativa del Ministerio Público Federal, por reforma publicada en el Diario Oficial de 11 de septiembre de 1940, se intercaló la expresión: "de acuerdo con la ley respectiva" (11).

Finalmente, respecto al tema de la titularidad del ejercicio de la acción penal federal, titularidad expresada en los artículos 21 y 102 Constitucional, sólo nos resta mencionar que en las fracciones primera y segunda del artículo primero de la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1955, se recogen los dos momentos de la pretensión punitiva del Estado Mexicano en su nivel Federal: Artículo I.— Son atribuciones del Ministerio Público Federal, las siguientes:

I.— Perseguir los delitos del orden federal con el auxilio de la Policía Judicial Federal, practicando las averiguaciones previas necesarias, en las que debe aportar las pruebas de la existencia de aquéllos y las relativas a la responsabilidad de los infractores; (esto es: fase procesal de la pretensión punitiva).

II.— Ejercitar ante los tribunales la acción penal que corresponda por delitos del orden federal, pidiendo la aprehensión o comparecencia de los presuntos responsables; buscar y aportar las pruebas que demuestren la

9). Francisco González de Cossío. Opus cit., págs. 303 a 313.

10). Opus cit., pág. 56.

11). Felipe Tena Ramírez, Leyes Fundamentales de México, pág. 921.

existencia de los presuntos responsables, así como la responsabilidad de los inculpados, formulando oportunamente las conclusiones que procedan; (esto es: fase procesal o jurisdiccional de la pretensión punitiva).

El problema de los delitos perseguibles por querrela necesaria:

Los delitos perseguibles por querrela necesaria o a instancia de particular, son un quebranto al principio publicístico o estatal del ejercicio de la acción penal. El problema de los delitos perseguibles a instancia de particular son un quebranto al principio publicístico o estatal del ejercicio de la acción penal. El problema de los delitos perseguibles a instancia del particular, consiste en que con ellos puede condicionarse por un particular, el desarrollo de la pretensión punitiva del Estado, que como hemos dicho, significa la serie de actividades que aquél, por medio de un órgano específico, debe cumplimentar para que en un caso concreto, se actualicen las consecuencias previstas en la norma material penal. Debe observarse que no se trata ahora del problema relativo a la querrela como una de las especies de los llamados requisitos de procedibilidad que, apuntamos de una vez, son un supuesto registrado en el sistema jurídico, sin cuyo cumplimiento no puede ser iniciada legalmente la fase preprocesal de la pretensión punitiva, y con ello, posteriormente, la solicitud jurisdiccional y, por tanto, la pretensión punitiva misma. Los Delitos perseguibles por querrela necesaria, consisten pues, o más bien, significan, la participación de un particular en el desenvolvimiento de una atribución o actividad del Estado, intervención de carácter anormal que puede limitarla. En el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, se asienta el principio publicístico:

Art. 141.— La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal; pero podrá proporcionar al Ministerio Público, por sí o por apoderado, todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del inculpado y la procedencia y monto de la reparación de daño, para que, si lo estima pertinente, en ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales.

En el artículo 114 del mismo Código Adjetivo se regula la excepción o quebrantamiento del precepto citado anteriormente.

Art. 114.— Es necesaria la querrela del ofendido solamente en los casos que así lo determine la ley.

En esta disposición se reúnen las nociones de requisitos de procedibilidad y de reconocimiento legal a la intervención del particular ofendido dentro de la atribución punitiva. La ley, al recoger a los delitos perseguibles a instancia de parte, organiza también, lógicamente, la forma de su conoci-

miento por parte del Ministerio Público Federal, y esta forma de conocimiento es la querrela. La mecánica de los delitos perseguibles por querrela necesaria consiste, concretamente, en que el ofendido puede conformarse con los resultados lesivos del ilícito penal, extinguiendo de esa forma la persecución del delito, es decir, la atribución de pretensión punitiva concreta (12).

En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en materia Federal, se organiza el régimen de tales delitos:

Art. 93.— El perdón o el consentimiento del ofendido extinguen la acción penal, cuando concurren estos requisitos:

I.— Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrela. (Es decir, sin el cumplimiento de la querrela, requisito de procedibilidad de los delitos perseguibles a instancia del particular F. C.)

II.— Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público; y

III.— Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca éste ante la autoridad como su legítimo representante, por quien acredite legalmente serlo, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito.

Raúl Carrancá y Trujillo sintetiza el acervo de delitos sujetos al régimen de querrela necesaria y que se establecen en el código sustantivo citado (13).

I.— Peligro de contagio venéreo entre cónyuges. (Artículo 199 bis).

II.— Daño en propiedad ajena por imprudencia menor de cien pesos, sin que concurren lesiones u homicidio, o por más de aquella cantidad cuando resulte del tránsito de vehículos que no estén afectados a un servicio público de concesión federal, y también sin que concurren lesiones u homicidio. (Art. 62).

III.— Adulterio.— (Arts. 274 a 276); por excepción también el perdón causa la extinción de la sanción en el caso de este delito. (Art. 276). (Es decir: extinción no sólo del derecho de acción penal —de atribución punitiva según nuestra clasificación—, sino también del derecho de ejecución de las sanciones. En líneas inmediatas posteriores se verá detenidamente la división entre esos dos derechos del Estado y, además, la distinción sustancial que existe entre la ley penal y nuestro pensamiento sobre la pretensión punitiva.

Quede aclarado de una vez que el perdón y el consentimiento son fundamentalmente causales de extinción del derecho de acción penal y no del derecho de ejecución del Estado: Raúl Carrancá y Trujillo, (opus cit. Pág. 267, nota 247).

12). Sobre la pretensión punitiva general y la pretensión punitiva concreta o individualizada. Ver infra, pág. 90 y siguientes.

13). Código Penal anotado, nota 33, págs. 47 y 48.

IV.— Abandono de hogar. (Arts. 337 y 338).

V.— Robo o fraude entre ascendientes y descendientes, por lo que se refiere a terceros partícipes (Arts. 377 a 390).

VI.— Robo o fraude entre cónyuges o ciertos parientes. (Arts. 378 a 390); y

VII.— Abuso de confianza. (Art. 366).

El autor citado, recoge además los casos expresamente considerados en el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales: rapto, estupro, injurias, calumnias, golpes simples.

La presencia anómala de los delitos perseguibles por querrela necesaria, produce una división en los ilícitos penales, o mejor dicho, dos formas o maneras de la pretensión punitiva; así tenemos: a) los delitos supeditados al ofendido, que como ya expresamos, se denominan de instancia de parte o de querrela necesaria y que son una modalidad a excepción de la regla general; y b) los delitos perseguibles de oficio que son la regla general, cumpliéndose en ellos, claramente, la estatalidad o publicidad de la atribución punitiva y, con ello, concretamente a nuestro tema, del ejercicio de la acción penal.

Hipotéticamente —no legalmente—, la anterior división podría matizarse con la regulación de delitos en los que la iniciación de la atribución punitiva dependiera del particular ofendido, pero que una vez iniciada aquélla, y no hasta las conclusiones como en el derecho positivo, fuera, o mejor dicho, se desarrollara oficiosamente, sin que importara para nada la voluntad generosa del ofendido o de sus legítimos representantes.

En conclusión, los delitos perseguibles por querrela necesaria representan un quebrantamiento de la publicidad o estatalidad, porque permiten la intervención decisiva del particular en una actividad propia del Estado.

II.— EL PRINCIPIO DE LA IMPERATIVIDAD.

Como puede recordarse, en el apartado cuarto de la segunda parte de nuestro ensayo, señalamos la necesidad jurídica de que el Estado ejecute la serie de actos o supuestos indispensables para la actualización de las consecuencias normativo penales en un caso concreto. En el nivel federal del Estado Mexicano tenemos lo preceptuado en el artículo 102 Constitucional, en relación jerárquica con el artículo 21 también Constitucional, que establece como atribución del Estado Mexicano la pretensión punitiva. En líneas pasadas dijimos, igualmente, que debido a la organización del trabajo estatal, se imputa dicha actividad a un órgano determinado: el

Ministerio Público (14). Quedó asimismo expresado como la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal recoge, nítidamente, los dos momentos constitutivos de la atribución de pretensión punitiva. En el Código Federal de Procedimientos Penales nos encontramos que el artículo primero divide al procedimiento federal en cuatro etapas: la de averiguación, la de instrucción, la de juicio y la de ejecución. En los artículos siguientes se desbrozan tres situaciones cumplidas por órganos públicos distintos desde el punto de vista de la ordenación de las actividades estatales: la pretensión punitiva, la solución heterónoma de los conflictos normativos penales y, finalmente, la ejecución de las sanciones. La primera y la última atribución, si bien se expresan por la forma o función administrativa, están, funcionalmente, diferenciadas; la segunda, en cambio, se puntualiza por la forma jurisdiccional:

Art. 2o.— Dentro del período de averiguación previa, la Policía Judicial Federal deberá, en ejercicio de sus facultades:

I.— Recibir las denuncias y querellas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos del orden Federal. (En estos casos, las diversas policías, cuando actúen en funciones de Policía Judicial, inmediatamente darán aviso al Ministerio Público, dejando de actuar cuando éste así lo determine).

II.— Practicar la averiguación previa; y

III.— Buscar las pruebas de la existencia de los delitos del orden federal y de la responsabilidad de quienes en ellos hubieren participado.

Art. 3o.— Dentro del mismo período, el Ministerio Público Federal deberá:

I.— Ejercitar por sí mismo, en caso necesario, las funciones expresadas en el artículo anterior, teniendo bajo su dirección y mando a todas las autoridades y policías, cuando, conforme a la ley, ejerzan de Policía Judicial.

II.— Ejercitar la acción penal.

Lo recogido en los dos artículos anteriores coinciden claramente con el período preprocesal o prejurisdiccional de la pretensión punitiva, destacando además la culminación de dicha fase.

Art. 4o.— Los períodos de instrucción y juicio constituyen el procedimiento judicial, dentro del cual corresponde exclusivamente a los tribunales federales resolver si un hecho es o no delito federal, determinar la responsabilidad o irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos e imponer las sanciones que procedan con arreglo a la ley.

Dentro de este procedimiento, la policía judicial y el Ministerio Público, en su caso, ejercerán también las funciones que les en-

14). Debe aclararse de una vez que el Ministerio Público, como órgano de la Administración, tiene también atribuciones que desbordan en el campo de la pretensión punitiva.

comienda la fracción III del artículo 2o.; y el Ministerio Público cuidará de que los tribunales federales apliquen estrictamente las leyes relativas, y de que las resoluciones de aquéllos se cumplan debidamente.

La primera parte del artículo transcrito relata la atribución de solución heterónoma de los conflictos normativo penales del Estado Mexicano en su nivel federal y cómo ésta se expresa a través de un órgano específico. La segunda parte refiere el segundo momento de la pretensión punitiva, es decir, la persecución procesal o jurisdiccional del delito, por razones de validez, considerada federal. Como es notorio, se contiene también una especial actividad fiscalizadora por parte del Ministerio Público Federal.

Por último, el artículo quinto expresa:

En el período de ejecución, el Poder Ejecutivo, por conducto del órgano que la ley determine, ejecutará las sentencias de los tribunales hasta la extinción de las mismas, y el Ministerio Público cuidará de que se cumplan debidamente las sentencias judiciales.

Así pues, un órgano distinto del Ministerio Público será el encargado de la atribución de ejecución de las sanciones penales. Debe destacarse la redundancia sobre el cuidado que el Ministerio Público Federal debe tener sobre el cumplimiento de las determinaciones judiciales.

En conclusión, en el nivel federal del Estado Mexicano, se regulan claramente los momentos normativos de la atribución de pretensión punitiva, cuya titularidad la tiene un órgano determinado del Poder Administrativo Federal: el Ministerio Público. Momentos que, una vez dada la primera hipótesis legal (requisitos de procedibilidad), deben ser cumplidos por aquél para que en un caso concreto se apliquen las consecuencias jurídicas consideradas en el precepto penal sustantivo.

III.— EL PRINCIPIO DE LA MINIMA CERTEZA.

El ejercicio de la acción penal, decíamos, a diferencia del ejercicio de la acción en otras ramas del derecho positivo, mantiene un especial contacto con la relación material controvertida: para ejercitar la acción penal es menester justificar la presencia de un cierto grado de realidad problemática en el derecho sustantivo. Dijimos también que el presente principio quedaba comprendido en la expresión: preparación del ejercicio de la acción penal; igualmente que la preparación significativa dos momentos: a) requisitos de procedibilidad y b) averiguación previa e investigación. Estos elementos constituyen la justificación para solicitar en un caso concreto la jurisdicción penal.

Además del aspecto ya considerado en el principio que nos ocupa, es decir, el que hace mérito a una necesaria justificación por parte del Minis-

terio Público en su solicitud jurisdiccional, tenemos el siguiente: los requisitos de procedibilidad —como ya fue apuntado líneas atrás (15), son el supuesto que el orden normativo exige se cumplimente para que pueda iniciarse el período preprocesal o prejurisdiccional y con ello la pretensión punitiva concreta. Debemos señalar que este carácter de los requisitos de procedibilidad no motiva, sin embargo, la formación de un principio autónomo además de los de publicidad, imperatividad y mínima certeza, porque pensamos que es una especie o circunstancia del cuarto principio que con antelación hemos destacado: el de la legalidad. En su momento, esto es, cuando sea analizado el principio de la legalidad, retomaremos con amplitud esta idea.

A continuación reseñaremos algunas proposiciones de la doctrina mexicana sobre los requisitos de procedibilidad, requisitos estos que nosotros, en razón de una particular perspectiva de los institutos penales, colocamos dentro del principio de la mínima certeza de la calidad problemática de la relación material, o sea, como uno de los elementos que justifica la solicitud jurisdiccional por parte del Ministerio Público.

Carlos Franco Sodi: las condiciones de procedibilidad reguladas por nuestro derecho son: la querrela, la excitativa y la autorización; la querrela es una manifestación hecha por el ofendido a la autoridad competente, dándole a conocer el delito de que fue víctima y su interés de que se persiga al delincuente; la excitativa es la condición indispensable para que el Ministerio Público esté capacitado para proceder en los casos de injurias en contra de naciones extranjeras o de sus agentes diplomáticos; la autorización se presenta en aquellas situaciones legales como las de los diputados y en las que es necesario para proceder en su contra, ya que gozan de fuero, que se les haya privado de éste (16).

Manuel Rivera Silva: la denuncia y la querrela o acusación, forman los requisitos de procedibilidad en el derecho mexicano; los requisitos de procedibilidad deben ser distinguidos de otros institutos: los requisitos prejudiciales y los obstáculos procesales; los requisitos de procedibilidad son aquellos que deben cumplirse para que se inicie el procedimiento, los requisitos prejudiciales son los que se señalan en la ley como hipótesis interruptoras del ejercicio de la acción procesal (ejercicio de la acción penal), y los obstáculos procesales, por su parte, son aquellas situaciones determinadas en la ley y que frenan la continuación de un proceso ya instaurado en un tribunal; la denuncia consiste en la relación de actos que se suponen delictivos hechos ante la autoridad investigadora con el fin de que se tenga conocimientos de ellos; la querrela es la relación de hechos expuestos por el

15). Véase pág. 76.

16). Opus cit., págs. 34 a 36.

ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito; la excitativa es una querrela acerca de la cual la ley fija quien representa a los ofendidos (el país o sus agentes diplomáticos), para los efectos de su formulación; la autorización fluctúa entre los requisitos prejudiciales y los obstáculos procesales, según la postura misma de la ley en las diversas autorizaciones que contempla, motivando que en algunos casos la regulación sea clara mientras que en otros no (17).

En lo relativo a la investigación o averiguación previa, con el objeto de no caer en inútiles repeticiones, nos remitimos a las proposiciones de la doctrina mexicana que fueron recogidas en el apartado tercero de la segunda parte (81). Sólo destacaremos la exactitud de la siguiente expresión de Juan José González Bustamante: "La investigación previa antecede al ejercicio de la acción penal, y su producto es el fundamento en que el Ministerio Público se apoya para solicitar la apertura del proceso" (18).

Al tenor de la fracción primera del artículo primero del Código Federal de Procedimientos Penales, el período de la averiguación previa da base para que en su caso, el Ministerio Público decida el ejercicio de la acción penal. Como es sabido, la averiguación previa comprende: a) la recepción de las denuncias o querrelas, b) la práctica de la averiguación previa y c) la búsqueda de las probanzas del cuerpo de los delitos de orden federal y de la responsabilidad de los participantes en el evento típico. (Art. 2o. del Código Federal de Procedimientos Penales). Ahora bien, el inciso (a) puede traducirse como el elemento de requisitos de procedibilidad y los incisos (b) y (c), una vez reducidos a uno solo, pueden traducirse como el elemento de "investigación", término comprensivo de todos los afanes tendientes a la obtención de los datos demostrativos de la existencia del delito y de la responsabilidad penal federal. Una vez determinado lo anterior, veremos la regulación que de los elementos: requisitos de procedibilidad e investigación se hace, ya en forma particular, en la Ley Adjetiva Federal.

Lo relativo a los requisitos de procedibilidad o condiciones de procedibilidad se registra en los artículos 113 y siguientes. Los substanciales son:

"Art. 113.— Los funcionarios y agentes de policía judicial están obligados a proceder de oficio en la investigación de los delitos del orden federal de que tengan noticia, excepto en los casos siguientes:

I.— Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.

II.— Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

17). El Procedimiento Penal, págs. 99 a 114.

18). Véase pág. 41.

19). Opus cit., pág. 125.

Art. 114.— Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determine el Código Penal u otra ley.

Art. 114.— Cuando el ofendido sea menor de edad, puede querrellarse por sí mismo y si a su nombre lo hace otra persona, surtirá sus efectos la querrela, sin no hay oposición del ofendido.

Art. 116.— Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que debe perseguirse de oficio está obligado a denunciarlo ante el Ministerio Público y, en caso de urgencia, ante cualquier funcionario o agente de policía.

Art. 117.— Toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba seguirse de oficio, está obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviera, poniendo a su disposición, desde luego, a los inculpados, si hubieren sido detenidos.

En términos generales, en los artículos subsecuentes se regulan las condiciones formales de los requisitos de procedibilidad que, de una vez lo manifestamos, son para nosotros únicamente la querrela o acusación y la denuncia, es decir los requisitos de iniciación de procedimientos señalados por Manuel Rivera Silva.

Por su parte, lo que hemos denominado di'atadamente como "investigación", es tratado en los artículos 123 a 135 del cuerpo legal adjetivo reseñado.

Como es de notarse, las situaciones anteriores (requisitos de procedibilidad e investigación), son concurrentes para que el Ministerio Público Federal esté en condición de resolver si ejercita la acción penal y, con ello, la iniciación del segundo momento de la pretensión punitiva del Estado que a aquél le compete en exclusiva titularidad. Tal vez ahora resulte más transparente la idea de un singular contacto entre el ejercicio de la acción penal y acción penal misma con la relación substantiva penal controvertida, así como que dicho contacto se traduce en el principio de mínima certeza, el cual, repetimos, consiste en que el Ministerio Público Federal, al solicitar la apertura jurisdiccional a través de la hipótesis necesaria para ello (acción penal), debe probar una mínima existencia problemática de la relación material; es decir, debe justificar la apertura procesal o jurisdiccional.

IV.— PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Ya mencionamos como la legalidad en las actos del poder público o estatal consiste en que aquéllos deben sujetarse necesariamente a un régimen anterior de normas jurídicas generales. Desde esta perspectiva, un acto lícito del Estado, es un acto previamente permitido. La evidencia cotidiana de tal principio en las legislaciones de nuestros días mediatiza un

tanto el significado de una larga y profunda lucha política filosófica en la historia de las instituciones sociales.

La legalidad del actuar estatal no se reduce a tal o cual poder, sino que alcanza a todo el aparato público: el legislativo, el judicial y el ejecutivo.

En términos más concretos, podemos decir que cualquier actuación estatal debe motivarse en las condiciones de una permisión legal concreta: queremos decir, que una facultad considerada en términos dilatados, tiene a su vez una regulación concreta o específica. Por ejemplo: el enunciado: "es atribución del Poder Ejecutivo Mexicano la pretensión punitiva", no agota la idea de legalidad, sino que, además, cabe el enunciado: "la pretensión punitiva sólo puede realizarse cuando en un caso concreto se cumplan los supuestos normativos de su desenvolvimiento"; es decir, la atribución de pretensión punitiva sólo puede efectuarse por el Poder Ejecutivo Mexicano, pero, además, la atribución punitiva sólo se realiza una vez dadas las modalidades previstas en la ley. O, en otras palabras: la legalidad de los actos del Estado se motiva en dos tipos de situaciones: abstracta y concreta. La primera considera una división en el sentido de que tales o cuales atribuciones corresponden a tales o cuales órganos o poderes del Estado, esto es, se trata de una división constitucional de la competencia atributiva; la segunda considera, en base jerárquica de lo anterior que la atribución de que se trate sólo puede tener vida una vez cumplidos los supuestos de la ley. Es esto último lo que debe servirnos para el presente análisis.

La pretensión punitiva del Estado Mexicano en su nivel federal, se descompone, según expresamos en otras partes del ensayo, en una persecución preprocesal o prejurisdiccional del delito y en una persecución procesal o jurisdiccional del delito. Ahora bien, no obstante que esas dos situaciones son parte de una sola actividad, están sujetas, para su desenvolvimiento, a requisitos o supuestos distintos. La segunda depende de que se ejercite la acción penal, la primera de que se inicie la preparación del ejercicio de la acción penal. Hemos puntualizado cómo cualquier actividad pública en el Estado Moderno de Derecho se sujeta para ser legal a la presencia o cumplimiento de ciertas hipótesis de la ley. La persecución preprocesal del delito por parte del Ministerio Público Federal, no puede sustraerse a esa nota, porque sería absurdo pensar que, por una parte, la pretensión punitiva federal en cuanto actividad estatal, está ceñida por ese principio y que por otra, uno de sus aspectos no lo está. En términos generales podemos expresar que la hipótesis que el sistema normativo exige sea cumplida para que pueda iniciarse la persecución prejurisdiccional, es el conocimiento por parte del Ministerio Público Federal, de la existencia de hecho hipotéticamente delictivo. Decimos hipotéticamente delictivo,

porque, según hemos señalado en otro lugar, las consecuencias jurídicas en caso de infracción de una norma, sólo pueden determinarse a través de la interpretación jurisdiccional de la relación material cuestionada; indiscutiblemente, por conocimiento del derecho o por medio de un bien formado sentido común, puede definirse un acto como delictivo, pero repetimos, tal apreciación fuera del órgano encargado de la atribución de solución heterónoma de los conflictos normativo penales, carece de relevancia técnico-jurídica. Así, pues, la condición de la persecución preprocesal es el conocimiento del Ministerio Público Federal de un hecho posiblemente típico. Esta condición la forman los requisitos de procedibilidad que, tal como manifestamos, siguiendo a Manuel Rivera Silva, son, en el derecho mexicano, la denuncia y la querrela o acusación. Antes de ampliar esta idea del conocimiento de un hecho penalmente significado por parte del Ministerio Público Federal, quisiéramos insistir nuevamente que los actos del Estado no se producen en el vacío y en modo arbitrario o intermitente, sino de acuerdo a la presencia efectiva de la circunstancia que el sistema normativo acoge hipotéticamente en calidad de supuestos, a partir de los cuales, una actividad pública debe acometerse. Decíamos que debía dilatarse la idea del conocimiento de un hecho por parte del órgano administrativo, titular concreto de la atribución de pretensión punitiva:

Indiscutiblemente, el derecho mexicano se ha inclinado por un conocimiento público, desechando así la posibilidad de un conocimiento secreto o anónimo. El problema de los requisitos de procedibilidad se reduce en esa forma, a un determinado tipo de conocimiento, a un conocimiento regulado según cierto matiz. Esto, a su vez, puede reducirse en la determinación de que el requisito primario de la atribución de pretensión punitiva del Ministerio Público Federal es la noticia legal, es decir, prevista en la ley, de hechos supuestamente típicos. En esta circunstancia, el Ministerio Público Federal es un órgano estático que sólo puede empezar a actuar a partir de la noticia, que le es entregada por otros sujetos. Sin embargo, hay una posibilidad de conocimiento directo o activo por parte del órgano de la pretensión punitiva del Estado Mexicano en su nivel Federal; así, en el Código Federal de Procedimientos Penales se expresa:

Art. 193.— Los funcionarios que practiquen diligencias de policía judicial, están obligados a proceder a la detención de los que aparezcan responsables de un delito, de los que se persiguen de oficio, sin necesidad de orden judicial:

I.— En caso de flagrante delito;

II.— En caso de notoria urgencia, por existir temor fundado de que el inculcado trate de ocultarse o de eludir la acción de la justicia, cuando no haya autoridad judicial en el lugar.

Art. 194.— Para los efectos de la fracción I del artículo anterior, se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no sólo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo,

porque, según hemos señalado en otro lugar, las consecuencias jurídicas en caso de infracción de una norma, sólo pueden determinarse a través de la interpretación jurisdiccional de la relación material cuestionada; indiscutiblemente, por conocimiento del derecho o por medio de un bien formado sentido común, puede definirse un acto como delictivo, pero repetimos, tal apreciación fuera del órgano encargado de la atribución de solución heterónoma de los conflictos normativo penales, carece de relevancia técnico-jurídica. Así, pues, la condición de la persecución preprocesal es el conocimiento del Ministerio Público Federal de un hecho posiblemente típico. Esta condición la forman los requisitos de procedibilidad que, tal como manifestamos, siguiendo a Manuel Rivera Silva, son, en el derecho mexicano, la denuncia y la querrela o acusación. Antes de ampliar esta idea del conocimiento de un hecho penalmente significado por parte del Ministerio Público Federal, quisiéramos insistir nuevamente que los actos del Estado no se producen en el vacío y en modo arbitrario o intermitente, sino de acuerdo a la presencia efectiva de la circunstancia que el sistema normativo acoge hipotéticamente en calidad de supuestos, a partir de los cuales, una actividad pública debe acometerse. Decíamos que debía dilatarse la idea del conocimiento de un hecho por parte del órgano administrativo, titular concreto de la atribución de pretensión punitiva:

Indiscutiblemente, el derecho mexicano se ha inclinado por un conocimiento público, desechando así la posibilidad de un conocimiento secreto o anónimo. El problema de los requisitos de procedibilidad se reduce en esa forma, a un determinado tipo de conocimiento, a un conocimiento regulado según cierto matiz. Esto, a su vez, puede reducirse en la determinación de que el requisito primario de la atribución de pretensión punitiva del Ministerio Público Federal es la noticia legal, es decir, prevista en la ley, de hechos supuestamente típicos. En esta circunstancia, el Ministerio Público Federal es un órgano estático que sólo puede empezar a actuar a partir de la noticia, que le es entregada por otros sujetos. Sin embargo, hay una posibilidad de conocimiento directo o activo por parte del órgano de la pretensión punitiva del Estado Mexicano en su nivel Federal; así, en el Código Federal de Procedimientos Penales se expresa:

Art. 193.— Los funcionarios que practiquen diligencias de policía judicial, están obligados a proceder a la detención de los que aparezcan responsables de un delito, de los que se persiguen de oficio, sin necesidad de orden judicial:

I.— En caso de flagrante delito;

II.— En caso de notoria urgencia, por existir temor fundado de que el inculcado trate de ocultarse o de eludir la acción de la justicia, cuando no haya autoridad judicial en el lugar.

Art. 194.— Para los efectos de la fracción I del artículo anterior, se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no sólo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo,

sino cuando, después de ejecutar el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente, o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas e indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

Esta hipótesis legal, desde nuestro punto de vista, es decir, consecuentes a lo que hemos expresado sobre la condición primaria (una forma de noticia) de la pretensión punitiva o persecución preprocesal y procesal de los delitos, es una auténtica excepción a uno de los requisitos de procedibilidad: el de la denuncia; no así al de la querrela, requisito de procedibilidad de los llamados delitos a instancia de parte, según puede interpretarse, a contrario sensu, del primer párrafo del artículo 193 transcrito. En cambio, creemos que no es un quebrantamiento al principio de los requisitos de procedibilidad, supuestos primarios de la atribución punitiva, la facultad dada por el artículo 16 Constitucional, en el sentido de que se puede detener a una persona sin orden judicial en "los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente, y a sus cómplices, poniéndoles, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata", porque, como puede verse, la noticia que el Ministerio Público Federal tenga de la comisión de un hecho hipotéticamente delictivo, será a través de otras personas, o bien, de otra autoridad, ya que la expresión "a disposición de la autoridad inmediata" es sumamente dilatada, cabiendo en ella tanto la posibilidad del mismo Ministerio Público Federal, como otra autoridad cualquiera; es decir, en un caso de flagrante delito debe hacerse conocer al Ministerio Público Federal la existencia de un hecho, independientemente de que quien se lo haga saber. No puede pensarse que un particular o una autoridad distinta a la titular de la pretensión punitiva se dirija al juez solicitando la solución heterónoma de un conflicto normativo penal o, en términos de la ley: ejercitando la acción penal.

La persecución preprocesal del delito, primer aspecto de la pretensión punitiva del Ministerio Público Federal, órgano administrativo, está sujeta, como en lo particular, la pretensión punitiva misma y, en general, todo acto del Estado, al régimen de legalidad, esto es, al cumplimiento de normas previamente establecidas. Una de las especies fundamentales de este principio en lo que se refiere a la fase prejurisdiccional, consiste en que debe cumplimentarse, para su inicio legal, una condición que no es otra cosa que la noticia legal, entregada al Ministerio Público Federal, de un hecho supuestamente delictivo. El conocimiento o noticia regulada por la ley, se logra a través de la denuncia y de la querrela o acusación, institutos que forman los requisitos de procedibilidad, es decir, los requisitos o condición de la persecución preprocesal o de preparación del ejercicio de la acción penal.

sino cuando, después de ejecutar el hecho delictivo, el inculpado es perseguido materialmente, o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas e indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

Esta hipótesis legal, desde nuestro punto de vista, es decir, consecuentes a lo que hemos expresado sobre la condición primaria (una forma de noticia) de la pretensión punitiva o persecución preprocesal y procesal de los delitos, es una auténtica excepción a uno de los requisitos de procedibilidad: el de la denuncia; no así al de la querrela, requisito de procedibilidad de los llamados delitos a instancia de parte, según puede interpretarse, a contrario sensu, del primer párrafo del artículo 193 transcrito. En cambio, creemos que no es un quebrantamiento al principio de los requisitos de procedibilidad, supuestos primarios de la atribución punitiva, la facultad dada por el artículo 16 Constitucional, en el sentido de que se puede detener a una persona sin orden judicial en "los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente, y a sus cómplices, poniéndoles, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata", porque, como puede verse, la noticia que el Ministerio Público Federal tenga de la comisión de un hecho hipotéticamente delictivo, será a través de otras personas, o bien, de otra autoridad, ya que la expresión "a disposición de la autoridad inmediata" es sumamente dilatada, cabiendo en ella tanto la posibilidad del mismo Ministerio Público Federal, como otra autoridad cualquiera; es decir, en un caso de flagrante delito debe hacerse conocer al Ministerio Público Federal la existencia de un hecho, independientemente de que quien se lo haga saber. No puede pensarse que un particular o una autoridad distinta a la titular de la pretensión punitiva se dirija al juez solicitando la solución heterónoma de un conflicto normativo penal o, en términos de la ley: ejercitando la acción penal.

La persecución preprocesal del delito, primer aspecto de la pretensión punitiva del Ministerio Público Federal, órgano administrativo, está sujeta, como en lo particular, la pretensión punitiva misma y, en general, todo acto del Estado, al régimen de legalidad, esto es, al cumplimiento de normas previamente establecidas. Una de las especies fundamentales de este principio en lo que se refiere a la fase prejurisdiccional, consiste en que debe cumplimentarse, para su inicio legal, una condición que no es otra cosa que la noticia legal, entregada al Ministerio Público Federal, de un hecho supuestamente delictivo. El conocimiento o noticia regulada por la ley, se logra a través de la denuncia y de la querrela o acusación, institutos que forman los requisitos de procedibilidad, es decir, los requisitos o condición de la persecución preprocesal o de preparación del ejercicio de la acción penal.

Apartado Tercero.

La Acción Penal Federal.

La preparación del ejercicio de la acción penal tiene un destino transparente: ejercitarla. El orden jurídico es un sistema de normas y éstas a su vez, son un sistema de distribución de preceptos especializados en concretos campos de conducta social. La atribución de solución heterónoma de los conflictos jurídicos en cuanto actividad estatal está regulada por el derecho y existe para una determinada función normativa. Pero como señalamos, el paso hacia ese régimen no sucede en forma natural, sino que resulta necesario la realización o cumplimiento de una hipótesis; es decir, el paso es artificial. En el apartado tercero de la primera parte, confesamos nuestra impotencia para ahondar el concepto Acción más allá de su nota exterior o evidente; la de ser un instituto o categoría normativa que abre la jurisdicción. Ahora bien, si por una parte, el entronque o comunicación entre un régimen no jurisdiccional y un régimen jurisdiccional, requiere el cumplimiento de una determinada hipótesis y si, por otra, la Acción sólo podemos analizarla a través de su carácter de medio técnico-normativo que motiva la solución heterónoma en un caso concreto, debimos concluir que esa hipótesis o condición, para nuestra perspectiva, es precisamente la Acción.

Ya dentro del Derecho Penal Federal, la Acción así entendida, sería, por lo tanto, el medio o elemento que una vez pleneado, permite la realización normativa de la segunda etapa de la pretensión punitiva del Estado, esto es, la persecución procesal del delito. Así como la primera actividad de la atribución punitiva, o sea, la persecución preprocesal del delito, depende de la culminación de los requisitos de procedibilidad, la persecución procesal se surte cuando la acción penal ha sido ejercitada o plenada (1).

En el sistema jurídico contemporáneo, las distintas funciones normativas están o tienden a estar estrictamente diferenciadas. La solución he-

1). Véase pág. 54.

terónoma de una relación substantiva concreta es un plano distinto de otros planos normativos. Además, una tradición de límite y organización desarrollo. Es inimaginable, dentro del Estado de Derecho, que un funcionario, en el momento que se le ocurra, aprehenda a un sujeto, investigue o de la actividad estatal obliga a una especie de descentralización en su no sobre la hipotética comisión de un delito, juzgue por sí mismo, resolviendo sobre su culpabilidad con una pena que, acto inmediato, o cuando lo estime conveniente, además, ejecuta personalmente. Ya decíamos que en el Estado Tipo de nuestros días, toda actividad de los órganos del poder público queda condicionada a específicas motivaciones de los preceptos jurídicos. En el caso de la jurisdicción represiva o penal, el Estado, encargado de la atribución de pretensión punitiva, debe cumplimentar cierta hipótesis para que sea legal la apertura procesal: la acción penal. ¿Y qué contiene esa hipótesis o supuesto o condición? Precisamente, el deber del sujeto legitimado por el orden jurídico para solicitar la jurisdicción, de expresar ante el órgano competente su intención (intención que debe justificarse con una mínima certeza) de usufructuarla. Dentro del Derecho Penal Federal se regula, en el artículo 134 del Código Adjetivo, lo que se refiere al ejercicio de la acción penal.

Art. 134.— Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se han llenado los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución General de la República para que pueda procederse a la detención de una persona, se ejercitará la acción penal, señalándose los hechos delictuosos que la motiven.

No será necesario que se llenen los requisitos que exige el precepto constitucional citado, cuando el delito no merezca pena corporal o el Ministerio Público estime conveniente ejercitar desde luego la acción.

También hará consignación el Ministerio Público, ante los tribunales, siempre que de la averiguación resulta necesaria la práctica de un cateo (2).

En el artículo transcrito, pensamos que hay una clara referencia a una entidad capaz o, mejor dicho, necesaria para la introducción jurisdiccional. Insistimos en que no puede ser nuestro objetivo una profundización de la

- 2). En el artículo 4º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, al señalarse que "Cuando del acta de policía judicial no aparezca la detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará o pedirá a la autoridad judicial que practiquen todas aquellas diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para la detención...", se posibilita que el órgano titular de la atribución punitiva (Ministerio Público), acuda ante el órgano titular de la atribución de solución heterónoma de los conflictos normativos penales, (poder judicial), sin ejercitar la acción penal. Esta disposición ha sido vivamente criticada en la doctrina mexicana.

Acción más allá de ese carácter o facultad de dinamizar la solución heterónoma de un conflicto penal material.

Ahora bien, la acción penal no es la consignación en cualquiera de las tres modalidades inscritas en el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales. No lo sería tampoco, ya dentro del ámbito jurisdiccional, la primera actividad del órgano encargado de la atribución de solución penal heterónoma. La consignación es el cumplimiento fáctico o material de la hipótesis de la acción, es decir, del deber de que el sujeto legitimado por el orden jurídico (el Ministerio Público Federal), solicite, intencional y expresamente, la función jurisdiccional. El primer acto del órgano jurisdiccional, por su parte, significa la recepción, o mejor, la contestación del tribunal a la solicitud hecha valer por la parte legitimada. En el apartado tercero de la segunda parte, al presentar el problema sobre las relaciones entre la acción penal y su ejercicio, manifestamos que aquélla es anterior a ésta, porque es una condición previa del orden jurídico. Desde luego que en el Derecho Penal Federal, en el sustantivo y en el adjetivo, no se encuentra un precepto expreso que defina a la acción penal como una hipótesis anterior a su ejercicio y que además defina el contenido mismo de esa hipótesis o condición. Esta lo hemos deducido, amén de no encontrar unidad alguna en la teoría jurídica de la acción, de una multitud de factores que caracterizan al sistema jurídico contemporáneo: la diferenciación y especialización del orden normativo, la circunstancia de que cada régimen normativo especializado tiene existencia según supuestos diferentes, etc., etc.; en fin, de todas las consideraciones fundamentales de nuestro ensayo. Ahora bien, esto no agota las diferencias entre nuestro pensamiento y el derecho positivo penal Federal. Hay una aclaración fundamental, que si bien pudo plantearse desde el momento mismo en que abordamos con nuestras consideraciones generales el régimen positivo, creíamos conveniente hacerlo hasta este momento, con el objeto de no interrumpir constantemente nuestro análisis al señalar, concretamente, como resultaría necesario, la diversidad entre las disposiciones y su ideología con nuestro particular punto de vista. Dicha aclaración, seguramente ya anotada, puede expresarse en los puntos siguientes:

El Derecho Penal Federal, cuando habla de la acción penal, está haciendo referencia al llamado derecho de acción penal o derecho de castigar del Estado y, cuando menciona su ejercicio, a lo que se refiere es a la actualización o proyección procesal o jurisdiccional de ese derecho de castigar o de acción penal; nosotros, como ya ha sido insistentemente señalado, entendemos por acción penal una categoría o instituto procesal que abre la jurisdicción o función jurisdiccional del Estado y, por su ejercicio, la realización de ese supuesto por parte del Ministerio Público, con el objeto de iniciar la persecución procesal o jurisdiccional del delito, persecución

ésta que con la preprocesal o prejurisdiccional componen los dos momentos de la atribución de pretensión punitiva del Estado Mexicano en su nivel Federal. En tales condiciones, la pretensión punitiva como conjunto de actos regulados por la ley y encaminados a la aplicación de las consecuencias normativo penales en un caso concreto, coincide con el concepto legal de acción penal o derecho de castigar del Estado; sin embargo, no hay coincidencia con la idea de su ejercicio, porque, para nuestra terminología, con la acción penal no se está ejercitando la atribución de pretensión punitiva en el sentido legal, ya que la pretensión punitiva se empieza a ejercitar desde el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, siendo el ejercicio o cumplimiento de la acción penal, uno de los actos necesarios para que se alcance la finalidad de la atribución punitiva del Estado. Por eso, cuando hablamos de preparación del ejercicio de la acción penal no queremos significar que se está preparando la pretensión punitiva sino, propiamente, la realización de un supuesto indispensable (el ejercicio de la acción penal) para que aquélla llegue hasta sus últimas y naturales consecuencias: la aplicación de las consecuencias normativas penales a un caso concreto; la ley, en cambio, entiende por preparación del ejercicio de la acción penal, la preparación de un derecho del Estado que va a ejercitarse o manifestarse procesalmente.

Hechas las anteriores y necesarias aclaraciones, dedicaremos la última parte del presente y último apartado de nuestro ensayo al estudio de la llamada extinción de la acción penal (atribución punitiva), sin pretender, clara está, una solución definitiva sobre dicha cuestión sino más bien, como un intento de llevar nuestra elaboración hasta los tópicos más importantes del tema que dio materia a nuestro estudio.

La pretensión punitiva como atribución o actividad del Estado, tiene un régimen normativo de carácter general, como lo es la atribución misma; es decir, no está sujeta a ninguna modalidad temporal sino que es intemporal, o en el último de los casos, su término sería el mismo del Estado que la realiza. Esta idea puede alcanzar entendimiento, si se piensa que con dicha atribución el Estado cumple un servicio público, servicio que por razones técnicas y de historia social, sólo puede ser acometido por la organización estatal. Las razones históricas que en forma indirecta han sido mencionadas en otra parte de nuestro trabajo, pueden reducirse a una doble circunstancia: por un lado, el repudio absoluto de la venganza privada y, por otro, el significado de las "ilegalidades" que dan vida al Derecho Penal. Entre las razones técnicas tenemos el complejo mecanismo que se requiere para la investigación del delito y para todas las nociones (medidas de seguridad, tratamiento ético durante la ejecución, la ejecución misma, etc.) que caracterizan al Derecho Penal contemporáneo. Siendo la pretensión punitiva una atribución primaria o esencial del Estado Moderno, existe en la me-

dida en que éste tiene vigencia histórica jurídica en una sociedad determinada. Ahora bien, la generalidad e intemporalidad de la atribución punitiva y de su régimen jurídico, para que merezcan sentido, deben operar en los casos concretos cuando se colme el primer supuesto e hipótesis que se regula en dicha ordenación normativa, es decir, dado el supuesto primario (requisitos de procedibilidad) dicha atribución se individualiza y adquiere temporalidad frente a un caso concreto, el cual, lógicamente, está previsto dentro de la hipótesis normativa general. La Fórmula de tal hipótesis sería, más o menos como sigue: Cuando el órgano titular de la atribución punitiva tenga conocimiento de un hecho probablemente delictivo, debe realizar todos los supuestos inscritos en el orden jurídico (persecución preprocesal y procesal) para que se actualicen las consecuencias. Este enunciado, general o intemporal, se individualiza al caso concreto. Es decir, como toda norma jurídica, las hipótesis del régimen de la pretensión punitiva son genéricas, necesitando para su vida dinámica una proyección individualizada, esto es, la aplicación a un caso concreto. Pues bien, y en base de lo anteriormente expresado, diremos que es esa individualización de la atribución punitiva y no la atribución punitiva misma la que está sujeta a una modalidad, ya sea de tiempo o de circunstancias que tienen un significado jurídico.

No es pues, la atribución punitiva del Estado la que, por ejemplo, prescribe, sino que lo que prescribe es la individualización, es un caso concreto, de esa actividad estatal normativamente concretada. Una vez establecida esta diferencia, debemos señalar otras: son distintas jurídicamente, las modalidades de la pretensión punitiva individualizada según sucedan durante la persecución preprocesal o durante la persecución procesal del delito.

Antes de considerar las modalidades de la pretensión punitiva individualizada del Estado Mexicano en su nivel Federal debe recordarse que la doctrina hace un distingo en la extinción de la responsabilidad penal. La extinción penal, señala Fernando Castellanos Tena, comprende dos circunstancias distintas: la extinción de la acción penal o actividad del Estado cuya finalidad consiste en lograr que los órganos jurisdiccionales apliquen la ley punitiva a casos concretos y, la extinción de la pena como derecho del Estado de ejecutar las sanciones impuestas a los infractores (3). En la nota 245, Pág. 263 de su Código Penal Anotado, Raúl Carrancá y Trujillo manifiesta que debe "distinguirse entre a) la extinción del derecho de acción penal de cuyo ejercicio es titular el Ministerio Público (Art. 21 Cons.); y b), la extinción del derecho de ejecución penal..." Debido a que, como expresamos oportunamente, la ejecución no corresponde al órgano titular

3). Opus cit., pág. 442.

de la pretensión punitiva, es decir, al Ministerio Público, sino a otro órgano del mismo Poder Administrativo, la extinción ejecutiva no será objeto de nuestra atención.

Las modalidades o limitaciones de la pretensión punitiva individualizada durante la secuela preprocesal, serán aquellas situaciones que una vez iniciada dicha actividad, frustren su natural desenvolvimiento. Esta misma noción general tiene aplicación a la secuela procesal o jurisdiccional. Veamos la situación preprocesal:

En el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales se expresa que: Los funcionarios y agentes de policía judicial estén obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden federal de que tengan noticia, excepto en los casos siguientes:

I.— Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.

II.— Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

En su oportunidad recogimos la diferencia, dentro de la persecución prejurisdiccional, de los requisitos de procedibilidad (querrela y denuncia) y de la investigación. El primer párrafo del artículo, con claridad meridiana, está considerando que se ha cumplido ya con los requisitos de procedibilidad y que debe desenvolverse la preparación del ejercicio de la acción penal. Ahora bien, ese desarrollo de la actividad preprocesal puede sufrir una limitación; en las fracciones del artículo citado se regulan dichas modalidades. A primera vista, el contenido de la fracción primera, es decir, la falta del requisito de procedibilidad de querrela, derrumba nuestras elaboraciones. Pero en realidad, el texto legal plantea un grave problema de indiferenciación técnica, porque la investigación o averiguación no puede alcanzar vida legal ante la ausencia de los requisitos de iniciación o de procedibilidad; es decir, en la fracción primera se señala como excepción de la investigación de un hecho conocido la ausencia de un requisito de procedibilidad como lo es la querrela cuando, para efectos de la legalidad de un acto del Estado, la noticia legal de un hecho supuestamente delictuoso sólo puede obtenerse por denuncia o querrela. O, en otras palabras: se está hablando de un obstáculo del desarrollo de la actividad preprocesal cuando, en puridad, ese desarrollo ni siquiera se ha iniciado, en el caso presente, por la falta de una de las dos formas legales de conocimiento o noticia de los hechos: la querrela. En fin, para nosotros, los términos de la fracción comentada, son técnicamente una contradicción con el párrafo primero del mismo artículo 113, en atención a que por la falta de querrela, no se ha iniciado la persecución preprocesal, no pudiendo, por lo mismo, ser obstaculizada. Esta anomalía técnica debe ser analizada en relación con

lo contenido en los artículos 468 fracción II y 471 del mismo Código Adjetivo. En el primero se expresa:

Artículo 468.— Iniciado el procedimiento judicial no podrá suspenderse sino en los casos siguientes:

II.— Cuando se advirtiere que se está en alguno de los casos señalados en las fracciones I y II del artículo 113;

En el segundo:

Artículo 471.— Cuando se haya decretado la suspensión del procedimiento, en los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV del artículo 468, se continuará tan luego como desaparezcan las causas que lo motivaron.

Como es notorio, el legislador, presionado por una situación de hecho, y con el afán de no dejar impunes determinadas conductas lesivas, subsana, riñendo con la lógica, los graves errores cometidos durante la preparación del ejercicio de la acción penal (fase preprocesal de la atribución de pretensión punitiva individualizada). Aclaremos de una vez que la falta de cumplimiento de los requisitos de procedibilidad no pueden entenderse como una limitación de la pretensión punitiva individualizada, la cual, según puede recordarse, se individualiza precisamente, gracias a la presencia de dichos requisitos; es decir, nuestro presente análisis no se refiere a cómo surge la pretensión punitiva en su carácter individualizado, sino, a las limitaciones o modalidades de su desenvolvimiento jurídico ya iniciado y que la ley prevee como circunstancias que frenan en un determinado caso, ya su dimensión preprocesal, ya su dimensión procesal.

La fracción segunda del artículo 113 recoge aquellas situaciones que paran la persecución preprocesal ya iniciada, es decir, ya satisfecha en sus requisitos de procedibilidad.

En el artículo 137 del mismo Código Adjetivo se señala que: el Ministerio Público no ejercitará la acción penal:

I.— Cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito; (4).

II.— Cuando, aún pudiendo serlo, resulta imposible la prueba de la existencia de un hecho y;

III.— Cuando esté extinguida legalmente.

Previamente al comentario del artículo transcrito, debemos nuevamente recordar la diferencia establecida entre lo que la ley penal entiende por acción penal y por el ejercicio de la acción penal, y lo que nosotros entendemos por tales conceptos. En síntesis: para la ley, la acción penal es el derecho de acción penal (derecho de castigar o Jus Puniendi) del Estado y el ejercicio: la actualización o proyección procesal o jurisdiccional de ese derecho. Para nosotros, la acción penal, a diferencia del sentido de la ley, es una categoría o instituto procesal independiente de la atribución puni-

4). Es decir: cuando no se integre una mínima certeza.

tiva, constituyendo su ejercicio —su cumplimiento—, una de las actividades de esa pretensión punitiva del Estado, es decir, el cumplimiento de una hipótesis necesaria para que devenga el segundo momento de la pretensión individualizada: el jurisdiccional; el derecho de acción penal o jus Puniendi, considerado por la ley, coincide, en el fin, con la atribución de pretensión punitiva: que en un caso concreto se apliquen las consecuencias del precepto penal material. Así pues, mientras que para nosotros los casos considerados tanto en el artículo 137 como en el 113 significan supuestos que frenan o limitan la comunicación jurisdiccional al frenar o limitar el natural desenvolvimiento de la persecución preprocesal de la pretensión punitiva individualizada (ya iniciada), en cambio, para la ley, son circunstancias que frustran el ejercicio o actualización de un derecho del Estado.

En modo especial debe considerarse el contenido de la tercera fracción del artículo 137, esto, es, la extinción de la acción penal, según la ley. (para nosotros: la extinción misma de la pretensión punitiva individualizada durante su primer manifestación, es decir: durante la secuela preprocesal o prejurisdiccional).

En el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en materia Federal, se regulan los medios extintivos de la acción penal (atribución de pretensión punitiva individualizada). Tales son:

I.— La muerte del delincuente:

Art. 91.— La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, con excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él.

Este medio, como es de observarse, extingue no sólo la pretensión punitiva individualizada sino también, excepción hecha de las circunstancias registradas en el mismo artículo, el derecho del Estado de ejecución de las sanciones penales o atribución ejecutiva.

II.— Amnistía:

Art. 92.— La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaren, se entendería que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con reacción a todos los responsables del delito.

En el términos generales, el comentario del artículo 91 tiene aplicación en el recientemente transcrito.

III.— Perdón y Consentimiento del Ofendido:

Art. 93.— El perdón o el consentimiento del ofendido extinguen la acción penal, cuando concurren estos requisitos:

I.— Que el delito no se pueda perseguir, sin previa querrela;

II.— Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público; y

III.— Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca éste ante la autoridad como su legítimo representante, por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito (5).

Los presentes medios extintivos lo son tan solo de la pretensión punitiva individualizada (acción penal para la ley). Respecto al perdón y al consentimiento, Raúl Carrancá y Trujillo, en la nota 247, Pág. 267 del Código Penal Anotado, expresa: "Perdón y consentimiento han de ser irrestrictos, no condicionados, para que surtan efecto legal, y han de consagrarse fehacientemente. El perdón es posterior al delito; el consentimiento, anterior".

IV.— Prescripción.

Art. 100.— Por la prescripción, se extingue la acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos.

La prescripción, alcanza tanto a la atribución punitiva individualizada (acción penal en el sentido legal), como a la atribución ejecutiva; tiene como caracteres la circunstancia de ser personal, de colmarse por el simple transcurso del tiempo establecido en la misma ley, produce sus efectos, no obstante que no se alegue como excepción, los jueces deben aplicarla de oficio, desde el instante mismo en que se enteren de su existencia e independientemente del estado del proceso; (Art. 101). Respecto del tema que directamente nos interesa, tenemos:

Art. 102.— Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día que se cometió el delito, si fuere consumado, desde que cesó, si fuere continuo, o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución, si se tratare de tentativa.

En este artículo, se dan las reglas del cómputo de la prescripción en la pretensión punitiva individualizada (acción penal para la ley).

Art. 104.— La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo mereciere multa, si el delito mereciere, además de esta sanción, la corporal, o fuere alternativa, se atenderá en todo caso a la prescripción de la pena corporal, y lo mismo se observará cuando corresponda alguna otra sanción accesoria.

Según Raúl Carrancá y Trujillo (6), en este artículo se señala el término mínimo para la prescripción del derecho de acción (de la atribución punitiva individualizada).

Art. 105.— La acción penal prescribirá en un plazo igual, al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito; pero en ningún caso bajará de tres años.

5). En el artículo 275 del Código Fiscal de la Federación se regula una especie de perdón extintivo, con la peculiaridad que el ofendido que perdona lo es una entidad estatal. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

6). Código Penal Anotado, pág. 279.

Al tenor del presente artículo y del inmediato anterior, el término mínimo de la prescripción varía según se trate de sanciones meritorias de simple multa (un año) o de sanciones privativas de libertad (tres años como límite menor).

Art. 107.— La acción penal que nazca de un delito, sea o no continuo, que sólo pueda perseguirse por queja de parte, prescribirá en un año, contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, independientemente de esa circunstancia. Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos perseguibles de oficio.

Lo dispuesto en el artículo anterior, más que significar un régimen especial en la prescripción de la acción penal en los delitos perseguibles por querrela necesaria, regula el término en que precluye el derecho del particular afectado de querrelarse. Precisamente, en la última parte del artículo que nos ocupa, se determina que una vez satisfecha la acusación legal o querrela, el régimen de prescripción es igual en los delitos perseguibles de oficio y en los delitos perseguibles a instancia del particular.

Finalmente, en el artículo 118, se expresa que:

Para la prescripción de las acciones penales, se tendrá como base el término medio aritmético de las primeras, según el delito de que se trate.

Decíamos que desde el punto de vista jurídico son situaciones diferentes las limitaciones de la pretensión punitiva individualizada, según se produzca en una u otra de sus dimensiones, la preprocesal o la procesal. Así por ejemplo, las fracciones I y II del artículo 137 citado tienen una mecánica y consecuencia jurídicas específicas, motivando la hipótesis primera una resolución definitiva de archivo (7) y la segunda una reserva del expediente (artículo 131 de la Ley Adjetiva Federal). En términos generales los límites o modalidades de la secuela preprocesal producen un no ejercicio de la acción penal (es decir: para la ley, un no ejercicio o manifestación procesal del derecho de acción penal o jus puniendi del Estado y, para nosotros, un no cumplimiento de la hipótesis que motiva la apertura jurisdiccional). En cambio, las que suceden en el período procesal o jurisdiccional, integran un desistimiento de la acción penal (para la ley, el desistimiento de un derecho estatal ya deducido ante el órgano de al jurisdicción y, para nosotros, una modalidad o límite, no de la acción penal en el sentido ideológico de la ley, sino un desistimiento de la pretensión punitiva individualizada debido a circunstancias suscitadas durante el segundo momento de la misma).

7). Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal, págs. 127 y 128.

En el artículo 138 de la Ley Adjetiva Federal, se contiene el régimen de las modalidades o limitaciones procesal o jurisdiccionales:

Art. 138.— El Ministerio Público solamente puede desistirse de la acción penal:

I.— Cuando apareciere plenamente comprobado en autos, que se está en alguno de los casos mencionados en el artículo anterior, y:

II.— Cuando durante el procedimiento judicial aparezca plenamente comprobado en autos que el inculcado no ha tenido participación en el delito que se persigue, o que existe en su favor alguna circunstancia eximente de responsabilidad, pero solamente por lo que se refiere a quienes se encuentren en estas circunstancias.

Por la fracción I del artículo 138 transcrito, nos encontramos con que una misma circunstancia limitativa (fracciones primera y segunda del artículo 137) o un mismo medio extintivo (al tenor de la fracción tercera de dicho artículo 137) puede situarse, por mandato legal, tanto en la fase preprocesal como en la procesal de la pretensión punitiva individualizada. Ahora bien, esta ambivalencia recién destacada no riñe la manifestación de que la presencia de las limitaciones o modalidades son jurídicamente distintas según la secuela de la atribución en que aparezca. En primer lugar: porque la calificación de, digamos una prescripción, varía de una secuela a otra; así en la prejurisdiccional es un solo órgano, el Ministerio Público Federal, el que al decide y, en cambio, en la procesal, es el órgano jurisdiccional el que resuelve sobre ella. En segundo lugar: porque, técnicamente, y utilizando el mismo ejemplo, la prescripción en la fase preprocesal se traduce en un no ejercicio de la acción penal, mientras que en la procesal producirá, en cuanto que es un desistimiento, un sobreseimiento en el proceso.

CUARTA PARTE

CONCLUSIONES GENERALES

apartado primero.— Conclusiones Generales.

CUARTA PARTE

CONCLUSIONES GENERALES

apartado primero.— Conclusiones Generales.

1.— El derecho positivo representa para la comunidad que lo crea una doble solución social. Por una parte, estatuye un modo general de garantía u ordenación en la sociedad de que se trate y, por otra, se especializa en orden a campos concretos de conducta, los cuales rige en atención a los específicos problemas que ese campo delimitado produce.

2.— La especialización normativa funcional no significa una escisión del sistema jurídico, ya que éste es siempre unitario o cerrado; dicha unidad se establece en la norma constitucional o norma primaria y fuente común de validez de las normas o conjuntos de normas particulares. La validez de las normas es personal, material, espacial y temporal. La presencia de una validez material (de temas particulares de conducta) en las normas obliga, lógicamente, a la creación de instituciones o categorías normativas adecuadas al concreto campo de conducta; es decir: de instituciones especializadas.

3.— Las relaciones jurídicas controvertidas o con incertidumbre jurídica, son un renglón concreto de conducta que el sistema jurídico rige en modo particular y típico; esta región es distinta de la que forman las relaciones jurídicas ciertas o no cuestionadas. La parte más rica de la región de conducta mencionada en primer término la constituye la que se refiere al restablecimiento técnico y metódico de la certidumbre jurídica, ocupándose de ella el llamado derecho procesal. Es aquí donde la acción en tanto categoría o instituto jurídico especializado adquiere plena significación.

4.— La Teoría Jurídica de la Acción se divide en dos grandes postulados: o bien se le confunde con la relación material o bien se le separa de ésta y se le considera como una entidad distinta. Esto no quiere decir que la señalación de la naturaleza específica de la acción haya sido lograda en modo uniforme dentro de la literatura jurídica. No obstante lo anteriormente señalado, existe un punto de coincidencia doctrinal respecto a la acción: considerarla como algo capaz de impulsar el devenir jurisdiccional.

5.— El paso de una relación substantiva al régimen jurisdiccional o procesal o de solución heterónoma de un conflicto normativo jurídico no

sucede en modo insensible sino artificial, en atención a que tanto el régimen de situación jurídicas no controvertidas como el régimen jurisdiccional son especializaciones del derecho positivo que tienen temas de conducta y categorías normativas concretas y, por lo mismo, diferentes. Al no poder profundizar el concepto Acción más allá de su aspecto directo o evidente: el de ser medio de la apertura jurisdiccional, concluimos en que la Acción es una categoría procesal necesaria para que devenga real el régimen de solución heterónoma de los conflictos normativo jurídicos; la Acción es un elemento técnico normativo, una hipótesis condicionada que al motivarse dinamiza la actividad jurisdiccional.

6.— La Acción como un elemento o instituto normativo necesario para lograr la comunicación del régimen jurisdiccional es un concepto unitario y general, uno y el mismo en las distintos regímenes jurisdiccionales particulares: el civil, o el laboral, o el penal, etc., etc. La diferencia entre las distintas acciones queda formulada en el reconocimiento de aquéllos caracteres que legitiman o condicionan el ejercicio o uso de la acción de que se trate.

7.— La unicidad o uniformidad de la Acción y de todos los institutos de la solución heterónoma (partes, procedimientos, etc.) es igualmente un carácter del proceso o régimen procesal. Esto parte de que si, desde el punto de vista de la especialización de las normas, es uniforme tanto la región de conducta como las categorías que sirven para su control eficaz, lo es también en la forma normativa o régimen que las contiene, es decir, el procesal. La unidad general del régimen procesal impone un estudio unitario del proceso en la doctrina jurídica.

II

1.— Las notas distintivas del ejercicio de la acción penal sólo pueden encontrarse en el análisis del Estado Moderno, organización que guarda respecto al delito, una intervención portentosa. El Estado Moderno es resultado de un proceso de centralización de las funciones o actividades fundamentales a la vida de relación. Esta forma organizativa surge en las transformaciones políticas, económicas y sociales de las pequeñas Repúblicas del Renacimiento Italiano. Las actividades del Estado Moderno reciben el nombre de atribuciones del Estado: su expresión es tradicionalmente, a través de las formas o funciones Jurisdiccional, Legislativa y Administrativa.

2.— El contenido de la forma o función Jurisdiccional regida por el sistema procesal es la atribución de solución heterónoma de los conflictos normativo jurídicos; la Acción como instrumento o instituto procesal vive dentro de la jurisdicción.

3.— La intensa relación entre el Estado y el Delito produce la formación de instituciones que en cierto modo rompen conceptos normativos tradicionales. En lo general, están como ejemplo las llamadas medidas de seguridad que violentan las nociones de acto-consecuencia y de acto culpable-sanción; está también el tratamiento ético del delincuente que agrega a la ejecución de sanciones penales un contenido metajurídico. En lo particular a nuestro tema está la persecución del delito o promoción de los supuestos indispensables para que en un caso concreto se apliquen las consecuencias de la ley como una cuestión o afán público o estatal. Esta nota no la encontramos de modo característico en las otras ramas del derecho positivo, donde por lo general, el Estado se limita a permitir al particular interesado u ofendido las vías para la solución de un problema jurídico concreto, entre ellas, como fundamental, la jurisdiccional.

4.— La actividad que el Estado realiza para que en un determinado caso se apliquen las consecuencias previstas en el precepto penal sustantivo constituye la Pretensión Punitiva del Estado Contemporáneo. Es una atribución que dada la división del trabajo normativo, se divide en dos momentos: uno preprocesal que culmina con el ejercicio de la acción penal; es decir, con la satisfacción de la hipótesis (Acción Penal) que abre la jurisdicción, y otro procesal, que a su vez culmina normalmente con la resolución jurisdiccional o aplicación de las consecuencias a un caso concreto.

5.— El ejercicio de la acción penal constituye un aspecto de la atribución de pretensión punitiva del Estado contemporáneo. Esta circunstancia depara las notas distintivas de la acción penal, siendo tales principios:

- a) El de Publicidad o Estatalidad.
- b) El de Imperatividad.
- c) El de Mínima Certeza.
- d) El de Legalidad.

6.— La Estabilidad o Publicidad del ejercicio de la acción penal, quiere decir que no es el particular sino el Estado el encargado de promover la función jurisdiccional del Estado, para que en un caso concreto se apliquen las consecuencias jurídicas señaladas en el derecho penal sustantivo.

7.— La Imperatividad del ejercicio de la acción penal significa que el Estado debe, una vez dados los supuestos de indicación regulados en la ley, promover la jurisdicción penal, es decir, debe cumplir la hipótesis (Acción penal) indispensable para que la solución heterónoma tenga vida en un caso concreto.

8.— El principio de mínima certeza descubre un especial contacto del ejercicio de la acción penal y por lo tanto de la acción penal misma, con la relación material controvertida. Para que la acción penal sea ejercitada debe justificarse un mínimo de certeza de la calidad problemática de la

relación substantiva. El principio de mínima certeza es comprensivo de los elementos: a) requisitos de procedibilidad o de inicio del ejercicio de la acción penal (y con ello de la atribución punitiva misma) y b), investigación o averiguación que consiste en la obtención de las probanzas acreditantes tanto de la infracción de un precepto típico como de la responsabilidad del agente, o, más bien, de la posible infracción y de la posible responsabilidad penal. La mínima certeza es en cierto modo una preparación del ejercicio de la acción penal.

9.— El principio de legalidad quiere decir que el ejercicio de la acción penal como el de todo acto del Estado se sujeta a un régimen jurídico, a un conjunto de normas previamente establecidas.

10.— La acción penal es la hipótesis prevista en el orden jurídico y que una vez plenada produce la apertura jurisdiccional represiva. Tiene un carácter público porque es una categoría o instituto de una atribución estatal: la de solución heterónoma de los conflictos normativo penales. La acción penal es anterior a su ejercicio y a los hechos posiblemente delictivos.

11.— La pretensión punitiva, compuesta de una fase preprocesal y de una fase procesal o de presencia de parte del Estado en el tratamiento jurisdiccional de la relación substantiva, tradicionalmente encuentra su expresión a través de la forma o función Administrativa o Ejecutiva del Estado Moderno. La forma de la atribución punitiva es decidida según criterios de política jurídica o de estimativa histórica.

12.— La atribución de pretensión punitiva del Estado contemporáneo es un concepto jurídico, distinto de los juicios de valer o de estimativa con que pretenda ser fundamentada.

III

1.— Las consideraciones generales sobre la acción penal y sobre la pretensión punitiva tienen proyección en el Derecho Mexicano vigente.

2.— El Estado mexicano pertenece al Estado Tipo de nuestros días, esto es, al Estado Moderno. Contiene, en lo general, las nociones de medidas de seguridad y de tratamiento ético del delincuente durante al ejecución y, en lo particular la persecución del delito como una cuestión o actividad pública o estatal.

3.— La atribución de solución heterónoma de los conflictos normativos penales que tiene como categoría, entre otras, a la acción penal, y la atribución de pretensión punitiva, dentro de la que está el ejercicio de la acción penal, se regulan en derecho mexicano. En el artículo 21 Constitucional se expresa que "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la

autoridad Judicial". En esta expresión se hace mérito tanto a la atribución de solución heterónoma de los conflictos normativos penales, la cual no consiste sólo en imposición de penas sino también de absoluciones, y a la forma o función de dicha actividad: la Judicial o Jurisdiccional. En el mismo precepto al señalarse que "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél", se está distinguiendo también, tanto la pretensión punitiva o persecución —latu sensu— del delito como actividad encaminada a que en un caso concreto se apliquen las consecuencias legales, como a la forma o función de dicha atribución: La administración, en tanto que el Ministerio Público es un órgano del Poder Ejecutivo.

4.— La forma Federal del Estado mexicano produce una descentralización normativa de sus atribuciones, dando vida a los niveles Local y Federativo. Nuestro estudio del derecho positivo mexicano se concreta al nivel Federal o Federativo, advirtiéndose que las consideraciones resultantes tienen, en términos generales, aplicación al nivel Local.

5.— Los principios del ejercicio de la acción penal: Estatalidad, Imperatividad, Mínima Certeza y Legalidad, tienen regulación en el Derecho Penal Federal.

6.— El principio de Publicidad o Estabilidad queda desbrozado en el artículo 21 Constitucional y, concretamente, en el artículo 102 también Constitucional. De ellos se ha desprendido que el órgano encargado de la atribución punitiva y con ello, el ejercicio de la acción penal, es el Ministerio Público Federal. Este órgano de la Administración tiene una regulación específica en la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, en cuyo artículo primero, fracciones I y II, quedan glosadas las dos dimensiones: preprocesal y procesal o jurisdiccional, de la atribución de pretensión punitiva.

7.— El principio de la Imperatividad u obligatoriedad del ejercicio de la acción penal tiene su regulación, en lo general, en los preceptos anteriormente mencionados y, en lo particular, en los artículos 10. fracción I y 20. y 30. del Código Federal de Procedimiento Penales. Con ellos se establece el principio de que, dados los requisitos de iniciación, el Ministerio Público Federal debe cumplir todos los supuestos (entre ellos el ejercicio de la acción penal) para que en un caso concreto se apliquen las consecuencias de la ley penal, material, es decir, para que tenga vida la atribución de pretensión punitiva del Estado mexicano en su nivel Federal.

8.— El principio de Mínima Certeza como justificación del ejercicio de la acción penal, formado por los requisitos de procedibilidad y por la investigación o averiguación previa, se regula del modo siguiente: los requisitos de procedibilidad se deducen, en forma general, del artículo 16

autoridad Judicial". En esta expresión se hace mérito tanto a la atribución de solución heterónoma de los conflictos normativos penales, la cual no consiste sólo en imposición de penas sino también de absoluciones, y a la forma o función de dicha actividad: la Judicial o Jurisdiccional. En el mismo precepto al señalarse que "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél", se está distinguiendo también, tanto la pretensión punitiva o persecución —latu sensu— del delito como actividad encaminada a que en un caso concreto se apliquen las consecuencias legales, como a la forma o función de dicha atribución: La administración, en tanto que el Ministerio Público es un órgano del Poder Ejecutivo.

4.— La forma Federal del Estado mexicano produce una descentralización normativa de sus atribuciones, dando vida a los niveles Local y Federativo. Nuestro estudio del derecho positivo mexicano se concreta al nivel Federal o Federativo, advirtiéndose que las consideraciones resultantes tienen, en términos generales, aplicación al nivel Local.

5.— Los principios del ejercicio de la acción penal: Estatalidad, Imperatividad, Mínima Certeza y Legalidad, tienen regulación en el Derecho Penal Federal.

6.— El principio de Publicidad o Estabilidad queda desbrozado en el artículo 21 Constitucional y, concretamente, en el artículo 102 también Constitucional. De ellos se ha desprendido que el órgano encargado de la atribución punitiva y con ello, el ejercicio de la acción penal, es el Ministerio Público Federal. Este órgano de la Administración tiene una regulación específica en la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, en cuyo artículo primero, fracciones I y II, quedan glosadas las dos dimensiones: preprocesal y procesal o jurisdiccional, de la atribución de pretensión punitiva.

7.— El principio de la Imperatividad u obligatoriedad del ejercicio de la acción penal tiene su regulación, en lo general, en los preceptos anteriormente mencionados y, en lo particular, en los artículos 1o fracción I y 2o y 3o del Código Federal de Procedimiento Penales. Con ellos se establece el principio de que, dados los requisitos de iniciación, el Ministerio Público Federal debe cumplir todos los supuestos (entre ellos el ejercicio de la acción penal) para que en un caso concreto se apliquen las consecuencias de la ley penal, material, es decir, para que tenga vida la atribución de pretensión punitiva del Estado mexicano en su nivel Federal.

8.— El principio de Mínima Certeza como justificación del ejercicio de la acción penal, formado por los requisitos de procedibilidad y por la investigación o averiguación previa, se regula del modo siguiente: los requisitos de procedibilidad se deducen, en forma general, del artículo 16

Constitucional, y, específicamente, en los artículos 2o. y 113 y siguientes del Código Federal de Procedimientos Penales y en los artículos relativos del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en materia Federal; la investigación, por su parte, se regula en la misma ley Adjetiva, artículos 1o. fracción I, 2o. fracciones II y III, 3o. fracción I y 123 y siguientes.

9.— El principio de Legalidad si bien no tiene una preceptuación expresa, puede encontrarse en la composición misma del Estado mexicano, en su carácter de Estado de Derecho.

10.— La acción penal Federal es la hipótesis normativa que el Ministerio Público Federal debe plenar para que sea posible el segundo momento de su atribución punitiva, es decir, el jurisdiccional o procesal. El contenido de dicha hipótesis es la necesaria e intencional manifestación, o mejor, el deber de manifestación del Ministerio Público Federal de que se produzca la apertura jurisdiccional; o sea, de que se inicie la solución heterónoma de un conflicto normativo penal concreto. La acción penal así considerada, no tiene un régimen expreso ni en el Derecho Substantivo ni en el Derecho Adjetivo, pero puede ser deducida a través de la especialización y diferenciación del sistema jurídico positivo mexicano, así como de la especialización y diferenciación de sus instrumentos o institutos normativos.

11.— Para la ley la acción penal es el derecho de acción penal o jus puniendi del Estado mexicano, y su ejercicio, la actualización o proyección procesal de ese derecho. Para nosotros, la acción penal es una categoría procesal que contiene una hipótesis sin cuyo cumplimiento no puede alcanzarse el segundo momento de la pretensión punitiva; su ejercicio lo entendemos como el cumplimiento de esa hipótesis (acción penal) necesaria para el devenir jurisdiccional.

12.— Para la ley la preparación del ejercicio de la acción penal es al preparación del ejercicio o actualización del derecho de acción penal o jus puniendi del Estado mexicano; para nosotros, es la preparación o justificación del cumplimiento de una condición (acción penal) que requiere ser satisfecha para que sea posible la solución heterónoma de un conflicto penal substantivo.

13.— La idea legal de acción penal y la nuestra de pretensión punitiva coinciden en el fin, o sea, en que el destino de aquéllos es la aplicación en un caso concreto de las consecuencias previstas en el precepto pena material.

14.— La atribución de pretensión punitiva y su régimen normativo son de carácter general y no están sujetos a limitaciones temporales o circunstanciales; en cambio, la individualización de ese régimen a un caso concreto sí queda condicionada a tales limitaciones.

15.— Desde el punto de vista jurídico son distintas las modalidades o limitaciones que suceden en una u otra dimensión de la pretensión punitiva, es decir, en la preprocesal o en la procesal. En el primer caso, en términos generales, se produce un no ejercicio de la acción penal, en el segundo, un desistiendo de la acción penal. (Es decir: para la ley, en el primer caso, una no actualización de un derecho del Estado y, en el segundo, un desistiendo de ese derecho ya ejercitado y que produce su extinción; en cambio para nosotros, el primer caso significa un no cumplimiento de la acción penal —hipótesis que una vez cumplida abre la jurisdicción— y el segundo, una extinción de la pretensión punitiva individualizada).

16.— Las modalidades o limitaciones del período preprocesal se registran en los artículos 113 y 127 del Código Federal de Procedimientos Penales, las del segundo momento, o sea, el jurisdiccional, en el artículo 138 del mismo Cuerpo Legal Adjetivo.

17.— Una misma modalidad o limitación puede aparecer tanto en la fase preprocesal como en la procesal de la atribución punitiva, sin que dicha circunstancia derrumbe el pensamiento de que la mecánica y consecuencias jurídicas son distintas según afecten la parte preprocesal o la parte jurisdiccional o procesal.

18.— La calificación de una modalidad durante la fase prejurisdiccional es de competencia exclusiva del Ministerio Público Federal, en cambio, en la procesal interviene el órgano de la atribución de solución heterónoma de los conflictos normativos penales, siendo precisamente ese órgano el que decide sobre la limitación o modalidad surgida.

BIBLIOGRAFIA

- No. 1.— A. MERCADER Amílcar.
La Acción su naturaleza dentro del orden jurídico, Editorial Depalma, 1946.
- No. 2.— ALSINA Hugo.
Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t 1, Ediar, S. A., Editores, 1956.
- No. 3.— B. RIQUELME Víctor.
Instituciones de Derecho Procesal Penal, Editorial Atalaya, 1946.
- No. 4.— BELING Ernst.
Derecho Procesal Penal, Editorial Labor, S. A., 1943.
- No. 5.— CARNELUTTI Francesco.
Teoría General del Delito, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.
Lecciones sobre el Proceso Penal, t 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.
- No. 6.— CARRANCA Y TRUJILLO Raúl.
Derecho Penal Mexicano, Parte General, 2 tomos, Antigua Librería Robredo.
Derecho Penal Anotado, Antigua Librería Robredo 1962.
- No. 7.— CASTELLANOS TENA Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Editorial Jurídica Mexicana, 1963.
- No. 8.— COLIN SANCHEZ Guillermo.
Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, 1964.
- No. 9.— DOMENICO TOLOMEI Alberto.
Los Principios Fundamentales del Proceso Penal, Editorial Jus, 1947.
- No. 10.— FENECH Miguel.
Derecho Procesal, t 1, Editorial Labor, S. A., 1952.

- No. 11.— FERNANDEZ DOBLADO Luis.
Política y Reforma Penitenciaria, Revista Criminalística, XXIV, No. 7,
Julio de 1958.
- No. 12.— FLORIAN Eugenio.
Elementos de Derecho Procesal Penal, Librería Bosch, 1943.
- No. 13.— FRAGA Babino.
Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 1963.
- No. 14.— FRANCO SODI Carlos.
El Procedimiento Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S. A., 1957.
- No. 15.— GARCIA B. RAMIREZ Sergio.
Represión y Tratamiento Penitenciario de Criminales, 1962.
- No. 16.— GOMEZ Eusebio.
Tratado de Derecho Penal t 1, Compañía Argentina de Editores,
1939.
- No. 17.— GONZALEZ BUSTAMANTE Juan José.
Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa,
1959.
- No. 18.— GONZALEZ DE COSSIO Juan José.
Apuntes para la Historia del Jus Puniendi en México, 1963.
- No. 19.— HELLER Herman.
Teoría del Estado, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1961.
- No. 20.— JIMENEZ ASENJO Enrique.
Derecho Procesal t 1, Editorial Revista de Derecho Privado.
- No. 21.— JIMENEZ DE ASUA Luis.
El Nuevo Derecho Penal, Editorial Paez-Bolsa, 1929.
- No. 22.— J. COUTURE Eduardo.
Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, B. A.,
1962.
- No. 23.— KAFKA Franz.
El Proceso, Editorial Losada, 1961.
- No. 24.— KELSEN Hans.
Teoría General del Estado, Editorial Nacional, 1959. Teoría Pura
del Derecho, Editorial Eudeba, 1963.
- No. 25.— MANZINI Vincenzo.
Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo 2 y tomo 4. Ediciones
Jurídicas Europa-América.
Tratado de Derecho Penal, t 1, Ediar, S. A., Editores, 1948.
- No. 26.— MAURACH Reinhart.
Tratado de Derecho Penal, t 2, Edit.
- No. 27.— MEZGER Edmund.
Derecho Penal, Parte General, t 1, Editorial Bibliográfica Argen-
tina, 1958.

- No. 28.— MONTESQUIEU.
El Espíritu de las Leyes, Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, 1964.
- No. 29.— RIVERA SILVA Miguel.
Naturaleza, Cultura y Derecho Penal, Imprenta Universitaria, 1943.
El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, 1963.
La Esencia del Derecho Penal y las Escuelas Contemporáneas, Tesis, 1937.
- No. 30.— ROCCO Hugo.
Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t 1, Ediar, S. A., Editores, 1956.
- No. 31.— RODRIGUEZ Ricardo.
El Procedimiento Penal en México, Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, 1898.
- No. 32.— SAUER Guillermo.
Derecho Penal, Parte General, Bosch Casa Editorial, 1956.
- No. 33.— SCHMIDT Eberhard.
Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

FE DE ERRATAS

Página	Dice	Debe Decir
52	29) Véase pág.	29) Véase pág. 29
52	30) Véase pág.	30) Véase pág. 31

En algunas ocasiones la enumeración progresiva de las notas de pie de página queda interrumpida; sin embargo, la relación, en su caso, entre el cuerpo del texto y el cuerpo de las notas correspondientes es correcta