



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

El Principio de Legalidad o la Primacía del Derecho en el Procedimiento Penal

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
OCTAVIO CORONA BAUZA

MEXICO, D. F.

1970



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.

**A MIS PADRES: CON HUMILDAD,
RESPETO Y EL MAS PROFUNDO AMOR ,
COMO UN TRIBUTO DE ETERNA GRATI-
TUD, POR SU FE EN MI.**

**A MIS HERMANAS: CON EL
CARIÑO QUE SIEMPRE LES HE TEU
NIDO.**

**A PATRICIA: QUIEN CON SU INEGABLE
COLABORACION Y APOYO HIZO POSIBLE LA -
REALIZACION DE MIS MAS CAROS ANHELOS,
CON AMOR.**

CON RESPETUOSO AGRADECIMIENTO
A MI QUERIDA UNIVERSIDAD Y A SU FACULTAD
TAD DE DERECHO.

A MIS MAESTROS EN RES-
PUESTA A SU NOBLE ESFUERZO,
Y CON ESPECIAL MENCIÓN A DON
FERNANDO CASTELLANOS TENA,
DON MARIO DE LA CUEVA, DON -
ALBERTO TRUEBA URBINA Y DON
ALFONSO NORIEGA CANTU, MI SINCERA
CERA ADMIRACION.

A MIS AMIGOS DE LA GENERACION
'65 DE ABOGADOS.

AL SR. LICENCIADO : DON FERN
NANDO CASTELLANOS TENA, CON RESP
PETO Y AGRADECIMIENTO POR SU VA-
LIOSA ASESORIA EN ESTE TRABAJO.

AL SR. LICENCIADO : DON JAV
VIER ALBA MUÑOZ AGRADECIENDO -
SU ORIENTACION EN EL PRESENTE -
TRABAJO.

**AL AMIGO Y GUIA EN LA PRACTICA
FORENSE: LICENCIADO RICARDO DE LA -
GARZA Y GARZA CON LA SINCERIDAD Y -
FIDELIDAD DE MI AMISTAD E INFINITO -
AGRADECIMIENTO.**

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O
LA PRIMACIA DEL DERECHO
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL**

C A P I T U L O I

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

- A) Significado de la expresión "Principio de Legalidad.

El Principio de Legalidad considerado como regla de fondo.

C A P I T U L O II

ABANDONO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

- A) ¿Hasta qué punto acoge nuestra Constitución los elementos que caracterizan al Principio de Legalidad o del "Rule of Law"?

C A P I T U L O III

**OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE EL COMETIDO
DEL MINISTERIO PUBLICO Y LA POLICIA JUDICIAL**

C A P I T U L O I V

ORGANIZACION Y CONTROL DEL MINISTERIO PUBLICO

- A) El Artículo 21 Constitucional, Estructura y Crítica.
- B) Leyes Orgánicas del Ministerio Público.
- C) Control del Ministerio Público.

C A P I T U L O V

ORGANIZACION Y CONTROL DE LA POLICIA JUDICIAL

CRITICA AL FUNCIONAMIENTO DE LAS PROCURADURIAS

C A P I T U L O V I

EL PROCEDIMIENTO PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

- A) Los Sistemas Procesales Penales.
- B) Estructura del Sistema Moderno.
- C) Jueces de Fallo. Jurado. Tribunales Colegiados. Cri
terio de conciencia otorgado a estos últimos. Garan -
tías que exige la concesión de esta facultad.

D) Consecuencias de la aceptación del Principio de Legalidad.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION

I N T R O D U C C I O N

El Imperio de la Ley entraña, en su sentido más directo y literal, la prevalencia de la certeza en las relaciones humanas. El hombre debe saber que derechos y obligaciones tiene en el seno de la sociedad. Los griegos se referían a la Ley o Nomos, como el principio de asociación política que asigna a cada ciudadano la posición que le incumbe en la sociedad y define su naturaleza y límites. Vemos que en 1610 la Cámara de los Comunes inglesa dirige al Rey Jacob I una petición concebida en los siguientes términos:

"Entre los muchos aspectos de la felicidad y libertad de -- los súbditos de Su Majestad en este reino, han gozado bajo el gobierno de sus Reales Progenitores... , ninguno considera más preclaro y precioso que el de ser guiados y gobernados por el Imperio de una Ley cierta. "

Esta es la interpretación del Imperio de la Ley que Dicey contrastó, en su famosa obra "The Law of the --- Constitution", con:

"todo sistema de gobierno basado en el ejercicio de facultades de administración amplias, arbitrarias y discrecionales por parte de las personas que tienen atribuida la autoridad".

II

A la luz de este trabajo y, todavía más, de la experiencia que han recogido ustedes miembros de este Sínodo - sobre el mundo actual, no tendrán dificultad en apreciar la - importancia práctica de este concepto del Imperio de la Ley. Tal vez sea en materia de Derecho Penal, que afecta directamente la vida y la libertad, donde más resalte la necesidad de la certidumbre. La existencia de leyes que castiguen una conducta que, en un principio no sólo estaba autorizada, sino que estaba considerada como expresión normal de las actividades políticas o sociales; los delitos definidos de manera tan amplia o vaga que nadie pueda comprender razonablemente su alcance ; una administración penal que, por designio deliberado o por indiferencia, obra de manera fortuita y discriminatoria: tales son las características propias de la sociedad carente de un requisito fundamental para una existencia organizada aceptable. Sin embargo, en el sentido - en que estoy examinándolo, el Imperio de la Ley tiene otras aplicaciones menos espectaculares, aunque igualmente importantes. En un mundo en que cada vez mas se reconoce la -- responsabilidad del Estado por regular esferas de acción que se atribuían antes a la iniciativa individual, existen actualmente posibilidades de incertidumbre que acrecientan la per-

III

manente incerteza de la existencia. En su calidad de norma de certidumbre, la finalidad del Imperio de la Ley a estos - respectos es señalar directrices y criterios que transformen las atribuciones ejecutivas discrecionales, inmotivadas y secretas, en normas administrativas razonablemente precisas.

Sin embargo, tal concepto del Imperio de la Ley puede ser objeto de serias críticas. Puede decirse que es demasiado rígido y limitado. Esta objeción data por lo menos de-- Aristóteles.

Dijo el filósofo: "Dado que la Ley no puede abarcarlo-- todo y que hay cuestiones que no pueden quedar comprendidas dentro de su esfera de aplicación, surgen dificultades y es -- necesario discutir si es preferible el imperio de la mejor Ley o el del hombre mejor dotado".

C A P I T U L O I

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A) SIGNIFICADO DE LA EXPRESION "PRINCIPIO DE LEGALIDAD".

El Principio de Legalidad es un término útil para designar a la vez ideales y la experiencia jurídica práctica, sobre los cuales la opinión de todos los juristas en una gran parte del mundo es unánime, si bien aún embrionaria y un poco indistinta.

La idea de Principio de Legalidad se funda en un doble ideal. Cualquiera que sea el contenido del Derecho, ese principio significa ante todo que cualquier poder en el seno del Estado es fruto del Derecho y debe ser ejercido de acuerdo con el Derecho. En segundo lugar supone que el Derecho mismo se funda en un Principio Supremo: "el respeto a la persona humana".

Es indispensable precisar lo que se entiende por "el respeto a la persona humana" como principio supremo del Derecho. Para la corriente lusnaturalista todo individuo, por el hecho de serlo disfruta de una serie de prerrogativas de las que no puede ser despojado, y si lo es, se comete en su contra un atropello. Semejante posición debe calificarse como extrema por cuan-

to a que según ella el Derecho preexiste al Ordenamiento Jurídico; mucho más aceptable es sostener que a virtud de las disposiciones constitucionales y de las comprendidas en las leyes secundarias el individuo disfruta de un estatuto que no puede traspasar el Poder legítimamente; la garantía es una limitación impuesta al Estado; recuérdese el antecedente histórico de la llamada Carta Magna que exigieron los nobles a Juan Sin Tierra; estaban fijando un límite al absolutismo; y en la evolución que ha tenido lugar en la sociedad hasta llegar a la época actual, el individuo nace ya protegido por una serie de derechos que el Estado tiene obligación de respetar. Cuando se habla del "respeto a la persona humana" debe entenderse que se está significando la imposibilidad legal del gobernante para disminuir las garantías del gobernado.

El Principio de Legalidad se basa en un concepto filosófico del hombre y la sociedad. En el sentido que se da a éste término en el presente trabajo no es sino un aspecto del Principio, pero que aún así es un aspecto muy necesario. La experiencia demuestra que ciertos principios, determinadas instituciones, ciertos procedimientos judiciales son necesarios para la realización de los ideales que forman la base de la Primacía del Derecho. No obstante en este dominio puramente pragmático no hay -

lugar para el dogmatismo. Las instituciones jurídicas muchas veces no dejan de enorgullecerse del Principio de Legalidad pero en otras es considerado menos favorablemente o incluso no existe en absoluto.

El concepto de Primacía del Derecho es complejo. Los términos admitidos generalmente como equivalentes de la noción inglesa "Rule of Law" analizados por primera vez por Dicey en su obra sobre Derecho Constitucional, pueden en la terminología jurídica de otros países aplicarse a un conjunto de nociones bastante diferentes y referirse a principios e instituciones de índole particular y bastante diferentes. Así pues la noción más frecuentemente utilizada es la de Principio de Legalidad o de Primacía del Derecho como se hace en Francia y en los Estados Unidos de Norteamérica, o bien el Rechtsstaat de los países de lengua alemana. Teniendo en cuenta éstos diferentes conceptos, sin que por ello se haya ligado totalmente a uno u otro de ellos, la noción de Legalidad es una expresión como se dijo arriba útil para resumir una combinación de algunas ideas fundamentales que constituyen los objetivos de cualquier sociedad organizada, por una parte, y las experiencias prácticas adquiridas en lo que concierne a las instituciones, de los procedimientos, y de la tradición jurídica por las que pueden ser realizados éstos

ideales, por la otra. El objeto de este Capítulo no es otro que --
el de presentar y formular este concepto. Por esta razón es --
útil examinar el Principio de Legalidad en el sentido en que noso--
tros consideramos aquí bajo dos aspectos diferentes; en primer --
lugar es necesario definir su contenido en cuanto al fondo, basán--
dose en el concepto de sociedad que lo inspira. En segundo lugar
es necesario definir, por medio de estudios de Derecho las ins--
tituciones, los procedimientos y las tradiciones jurídicas, es de--
cir, el conjunto de los dispositivos de procedimiento, los cuales
según la experiencia se han revelado como necesarios para apli--
car en la práctica este concepto a la sociedad. Ciertamente es --
puede objetarse inmediatamente que una distinción tan rígida, aún
cuando sea cómoda para la continuación de nuestro estudio presen--
ta verdaderos peligros. En efecto, hace correr el riesgo de que
sea menospreciada, por ejemplo la influencia recíproca constante
de los ideales de una sociedad, tal y como hallan su expresión en
las disposiciones Constitucionales relativas a los Derechos Funda--
mentales, así como la existencia o la ausencia de un aparato ad--
ministrativo que permita concretizar estos ideales. En realidad,
un estudio de los Derechos Fundamentales que no fuese completa--
do por un estudio de las vías de recurso sería estéril, al igual que
un estudio de las vías de recurso que no tuviese en cuenta los --
Derechos Fundamentales que tratan de proteger no tendría como re

sultados sino un formalismo desprovisto de sentido.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONSIDERADO COMO REGLA DE FONDO.

Ninguno de los conceptos de Primacía del Derecho que ha podido obtener cierto número de adhesiones podría estar totalmente desprovisto de contenido real. En el curso de su evolución, toda sociedad organizada puede verse obligada a reconocer el valor de la legalidad, interpretada en su sentido estrecho de adhesión de todos los miembros de la sociedad a las Leyes adoptadas por las Autoridades Supremas, y admitir la importancia de una aplicación regular y uniforme de las Leyes por aquellos que están subordinados a dichas Autoridades. Por esta razón es por lo que la definición que los países comunistas dan a la Legalidad Socialista concebida como "La aplicación estricta y constante de las Leyes y de todos los demás actos jurídicos se determina por el establecimiento de un orden jurídico sólido en el país". (1); muestra uno de los aspectos subyacentes del Principio de Legalidad o la Primacía del Derecho. Este principio, en sus consecuencias extremas obtendría la adhesión de todos los países que han repudiado la anarquía como forma de gobierno. Pero, a menos que un jurista esté dispuesto a admitir que un Estado que aplica las leyes eficaz y justamente - sea

el que fuere su contenido - pueda pretender que su existencia está regida por el Principio de Legalidad, debe estar preparado, si este Principio es el que informa su planteamiento, - a expresar de manera abierta su opinión sobre los objetivos de una sociedad organizada y sobre los Principios Fundamentales que deben inspirar el contenido de las Leyes en esa -- sociedad. Esto no quiere decir que incumbe al jurista usur-- par los cometidos asignados al filósofo, al especialista de la ciencia política o al economista, sino que los juristas deben -- comprender por sí mismos, y ponerlos al alcance de la co -- munidad, los valores en cuyo marco su experiencia de juris -- tas y su formación técnica puedan colocarse al servicio de la sociedad.

Si se contempla el catálogo de Leyes fácilmente se -- advierte que son ellas la expresión de los valores de la comu -- nidad, ya sea porque se les haya aceptado por considerarlos -- intrínsecamente buenos o porque quienes ejercen el Poder los -- hayan impuesto. Las viejas codificaciones germánicas se co -- nocían con el nombre de "Espejo" y existían el "Espejo de Sa -- jonia", el de "Brunswick", etc.; la expresión puede conside -- rarse como gráficamente afortunada por cuanto que la ley -- refleja la organización de un grupo determinado, y en nuestros

días, si no tuviéramos otro medio de investigación que el texto de las leyes en vigor, fácilmente podría descubrirse cuales son los valores que imperan en el medio mexicano; concreta -- mente y en relación con el Código Penal, fácilmente se advierte que la vida humana, la propiedad privada y pública, la libertad sexual, etc., son valores aceptados por la comunidad, y el ataque a los mismos es reprimido con cierta energía por el Derecho. El jurista, sin invadir el campo del sociólogo, puede no obstante incorporar los valores medios para que se conviertan en rectores de los mandamientos legales. En el proceso legislativo, salvo casos de excepción en el que el Estado crea situaciones nuevas (una nueva ley impositiva, establecimiento de concesiones, etc.), lo que informa la creación de las nuevas leyes es la necesidad de satisfacer una situación que importa a la comunidad; precisamente esa satisfacción que se procura tiene como base una situación de orden valorativo característicamente sociológico y cuando la ley no procura el mejoramiento de las condiciones sociales -- traiciona su propia finalidad y contradice su razón de ser. Tal es la justificación sociológica del orden jurídico. Por esta razón, en este estudio dedicado a un concepto particular -- del Principio de Legalidad, es necesario decir claramente que

este concepto está basado en los valores fundamentales de una Sociedad Libre, y por esta expresión consideramos a una sociedad que organiza un cuadro armónico en el interior del cual el libre espíritu de cada uno de sus miembros puede hallar su total expresión. Una Sociedad Libre es una sociedad que reconoce el valor supremo de la persona humana y concibe todas -- las instituciones sociales, y en particular el Estado, como si -- fuesen "servidores del individuo" y no sus "patronos".

Una Sociedad Libre concede, pues, un interés primor - dial a los derechos del individuo. Sin embargo, conviene, hacer resaltar que estos derechos pueden ser de dos clases. De manera general, en el curso de la evolución histórica de las Sociedades Libres, ha existido ante todo la preocupación del derecho de que dispone el individuo para afirmar su libertad frente a - cualquier ingerencia del Estado en sus actividades espirituales y políticas. Esta libertad halla su expresión en derechos tan sólidamente consagrados como la libertad de religión, de expresión y de reunión. Ahora bien, se ha reconocido que los derechos de esta clase, en ausencia de cierto nivel de instrucción y de seguridad económica, pueden tener un valor más teórico que real -- para una parte de la población. A continuación de esta comprobación se ha insistido sobre una segunda categoría de derechos--

individuales; se trata del derecho que asiste a cada ciudadano para obtener del Estado la posibilidad de acceder al mfnimo de medios materiales que le permitan, por lo menos, estar en condiciones de disfrutar de su libertad espiritual y polftica. Estas dos categorfas de derechos individuales son esenciales para una Sociedad Libre, que es la encarnaci3n de los valores fundamentales de este concepto de Primacfa del Derecho, sobre el cual trata el presente estudio. Sin embargo, si un -- jurista, en el ejercicio particular de su misi3n, pasa de los -- valores incluidos en la Primacfa del Derecho, es decir del -- contenido real de esta noci3n, a su contenido formal, o sea -- al mecanismo de procedimiento gracias al cual puede parti -- cipar en la realizaci3n de estos mismos valores, se da cuen -- ta de la importancia pr3ctica de la distinc3n establecida entre las dos categorfas de derechos. Desde hace mucho tiempo el jurista est3 familiarizado con el problema que consiste en elaborar procedimientos por medio de los cuales la ingerencia del Estado en los campos de acci3n particulares de la actividad individual, podrfa ser limitada e incluso prohibida. A pesar de que este problema sea bastante diffcil y a pesar de que su naturaleza varfa de un pafs a otro, el jurista sabe que posee las nociones fundamentales para resolverlo. Por-

esta razón, es de la mayor importancia hacer resaltar que el jurista que acepte el ideal de una sociedad libre como base de su concepto de legalidad, no puede negarse a tener en cuenta - este aspecto de la dignidad y del valor de la persona humana - que halla su expresión en la demanda de un mínimo de bienestar material, además del simple mantenimiento de las libertades políticas en una estructura social de orden y de legalidad.

No se trata de modo alguno de examinar bajo un ángulo dogmático a las distintas instituciones, procedimientos y tradiciones jurídicas, de las que la experiencia general de los juristas ha reconocido la importancia para la realización de los ideales fundamentales de este Principio de Legalidad. - Unicamente podemos decir que, en la mayor parte de los países, se pone de manifiesto la necesidad de poseer algunas instituciones, procedimientos y tradiciones jurídicas que presenten cierta similitud. Por otra parte, una de las conclusiones más importantes es la de que, el jurista debe ser moderado en las reclamaciones que formule para obtener el establecimiento del sistema jurídico necesario, si se quieren -- hacer efectivos los valores contenidos en el Principio de Legalidad. En primer lugar, no debemos olvidar que ninguna - institución, procedimiento o tradición jurídica, puede substituir

en numerosos dominios, al juicio individual sobre tal o cual --
cuestión, prevista o no por el sistema jurídico en vigor, y que,
en gran parte, el ejercicio de este juicio estará condicionado -
por las normas de la sociedad en que viven aquéllos que lo --
han formulado.

Con frecuencia se ha sostenido que "los pueblos tienen
los gobiernos que merecen". La frase tiene muy poco de ---
verdad desde el punto de vista socio-histórico y supone la ad -
misión de una idea conforme a la cual los pueblos pueden en -
cualquier momento sacudirse a los tiranos o bien, cambiar el
régimen por verdaderos actos de magia. La frase tiene el -
sabor del absolutismo revelado en la contestación que dió Nico-
lás II al representante de la Duma cuando en vía de queja se le
dijo que el pueblo ruso no podía soportar más la guerra y que -
no merecía tantas calamidades. El último de los Romanov con -
testó en forma cáustica con las siguientes palabras: "Yo me pre-
gunto si mi pueblo me merece". La realidad histórica es que -
a una determinada conformación socio-económica corresponde -
una cierta forma de gobierno y la estructura socio-económica -
viene a ser correlativa a ésta, entendiéndose por estructura --
económica el acervo cultural y no solamente la forma de produc-
ción sino la capacidad, en términos absolutos de satisfacción de-

las necesidades de subsistencia. Pero esta es una verdad muy relativa, al grado de que incluso en la actualidad numerosos pueblos están subyugados por cualquiera de los extremismos que aún padecemos y, desde el punto de vista de lo que podría llamarse bondad socio-política resulta inadmisibles afirmar que un pueblo que sufre una tiranía es porque la merece. El hecho de que a virtud de rebeliones masivas o de actos aislados se haya eliminado a uno que otro tirano, no demuestra sino que en un momento determinado alguien pudo terminar con la tiranía, pero no es lícito afirmar que antes de dicha eliminación esos pueblos no fueron dignos de una mejor suerte.

El mecanismo del poder es en cierto aspecto complejo, pero obedece a un principio que puede considerarse permanente a saber, la capacidad de mando de quienes lo ejercen. Dicha capacidad debe entenderse no como aptitud sino como posibilidad actuante de hacerse obedecer. Los gobiernos se entronizan por la aceptación expresa de los gobernados - como sería el caso de una democracia que verdaderamente lo fuera - o por la imposición que hace la clase dominante. El ideal es que el gobernante sea un verdadero representante de la comunidad pero la realidad es otra, por lo menos en el momento de coyuntura socio-política por la que atraviesa actual

mente la mayoría de los países latinoamericanos.

En segundo lugar, puede decirse que, en numerosos países, en los que la conciencia política de los individuos y el aparato político han alcanzado un alto nivel de evolución, los derechos individuales están garantizados tanto por medio de las vías políticas, como por los recursos ante los tribunales.

Finalmente, es preciso hacer resaltar que el presente estudio no constituye más que un documento de trabajo, no pretende producir un informe completo y definitivo de los Principios Fundamentales, tanto teóricos como prácticos de la Primacía del Derecho, incluso en el sentido especial que nosotros le damos; su finalidad es únicamente la de indicar cuáles son al parecer los problemas mayores que conviene estudiar en relación con el procedimiento penal, el Ministerio Público y la Policía Judicial y trazar el sentido general de las conclusiones que razonablemente caben esperar se deriven de él. El estudio ha sido limitado por la documentación que los autores pueden proporcionar y por las informaciones que los distintos textos han puesto a disposición nuestra en el momento de la redacción. No podía, e incluso si ello hubiera sido materialmente posible, el estudio no lo ha intentado, dar un --

cuadro completo de todos los aspectos jurídicos en los que tiene ingerencia el Principio de Legalidad; el estudio trata -- más bien de ilustrar la clase de problemas que deben ser -- examinados en lo tocante al Procedimiento Penal, a la Policía Judicial y al Ministerio Público. Hecha la aclaración del caso y a manera de conclusiones de este primer Capítulo podemos afirmar que el Principio de Legalidad es una expresión que -- designa , a la vez , los ideales de la experiencia jurídica -- práctica sobre las cuales la opinión de todos los juristas -- en una gran parte del mundo, es unánime, aún cuando sea todavía embrionaria y un poco indistinta.

El Principio de Legalidad se basa en un doble ideal. -- Sea el que fuere el contenido del Derecho, este principio implica, primeramente, que todo poder en el Estado procede del Derecho y se ejerce de conformidad con el Derecho. En segundo lugar supone que el Derecho mismo se funda en un --- principio supremo, el del respeto de la persona humana.

La experiencia de los juristas muestra que algunos -- principios, que ciertas instituciones, y determinados proce -- dimientos son necesarios para la realización de los ideales -- que forman la base del Principio de Legalidad. Por otra -- parte estos principios, estas instituciones y estos procedi --

mientos no forman un conjunto rígido y que su importancia respectiva es variable.

El Principio de Legalidad, en el sentido en el que se le considera en el presente trabajo, implica "los principios, las instituciones y los procedimientos, no siempre idénticos pero similares en numerosos puntos, que, según la tradición y la experiencia de los juristas de las distintas regiones del mundo, que poseen con frecuencia estructuras políticas y condiciones económicas diferentes, se han revelado como esenciales para proteger al individuo contra un gobierno arbitrario y para permitirle gozar de su dignidad de hombre".

CITAS.

C A P I T U L O I

1. - Nadbailo, Serie Jurídica Universidad de Lvov, Núm. 2,
pág. 12.

C A P I T U L O I I

ABANDONO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

- A) ¿HASTA QUE PUNTO ACOGE NUESTRA CONSTITUCION
LOS ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN AL PRINCIPIO-
DE LEGALIDAD O DEL "RULE OF LAW"?

La pregunta que constituye el tema de este Capítulo suscita dos cuestiones subsidiarias, o se descompone en ellas, la primera principalmente de hecho, la segunda de conveniencia, a saber: ¿Es exacto que existe una tendencia a abandonar el Principio de Legalidad? En el supuesto de que, en efecto, se advierta un movimiento en tal sentido, ¿Es de aprobarse o de reprobarse que deje de imperar el Principio de Legalidad?

En este Capítulo trataré de dar respuesta a ambas interrogaciones. Con el objeto de contestar la primera me asomaré al curso que ha seguido en los últimos años la legislación de nuestro país y me referiré a varios de los ordenamientos recientes. También expresaré mi opinión sobre el segundo problema y me esforzaré por explicar los fundamentos en que lo apoyo.

Sin embargo, antes de examinar si es exacto que en

México nos estemos apartando del Principio de Legalidad, parece indispensable que abordemos la tarea previa de determinar si el Principio de Legalidad ha tenido y tiene fuerza obligatoria en nuestro país.

El Principio de Legalidad es un Principio jurídico, es decir, pertenece al mundo del Derecho. Como ocurre con otras instituciones jurídicas, ésta que nos interesa responde a cierta concepción social y política y tiende a realizar determinados ideales, sin que por ello pierda su naturaleza propia.

El Principio de Legalidad no está establecido ni definido, en otras tantas palabras, en ninguna norma de Derecho positivo. No existe en nuestro Derecho Constitucional - que es donde podría encontrarse - ningún precepto que expresamente lo instituya, ni que nos diga que se entiende por él. Se trata consiguientemente, de una elaboración o construcción, apoyada por supuesto en los datos que proporciona el derecho positivo, que es obra de la jurisprudencia y de la doctrina. Lo cual evidentemente no le resta fuerza obligatoria como no se la quita a otros principios, v. g., al del Estado de Derecho, al de Irretroactividad, al de la Autonomía de la Voluntad de los Particulares, el hecho de que no se hallen desarrollados y explicados en nuestras leyes positivas, las que se --

limitan a sentar las bases para su construcción por los juristas.

En nuestro medio el Principio de Legalidad se ha entendido en forma un tanto restringida y tal parece, de acuerdo con el contexto de algunas resoluciones judiciales que se le atribuye - un significado puramente de aplicación letrística de la ley en - cuadrando los hechos acreditados en la norma legal correspondiente. Incluso se ha insinuado que la legalidad se concreta a "proceder de acuerdo con la ley", expresión que revela muy poco alcance en quienes la mantienen.

Si contemplamos el Artículo 14 Constitucional principal - mente en el párrafo último con el que se establece que: "En juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho", fácilmente advertiremos que el Principio de Legalidad va mucho más allá de la prevención explícita de las normas, y que se nutre de lo que en el lenguaje constitucional son los Principios Generales del Derecho. Ahora bien, no puede válidamente separarse la ley del derecho ni éste de aquélla. Una noción iusnaturalista predica la existencia de un derecho distinto al legislado o al aceptado por la estructura coactiva que se llama Estado; para el iusnaturalismo el Derecho preexiste a la naturaleza humana según -

se apuntaba en el Capítulo I; pero en un orden jurídico como el nuestro en que se procede de acuerdo con prevenciones expresas, los llamados Principios Generales del Derecho no pueden ser otros distintos a los que informan a cada una de las normas; si la equidad puede servir en algunos casos como criterio para dirimir una controversia, es porque la ley civil hace alusión a ella, al igual que la buena fé. De la observación del conjunto de preceptos que integran la ley positiva puede concluirse que la idea romana de justicia preside la mayoría de las instituciones, principalmente las que se refieren al llamado derecho privado, y es tan sólo en las normas característicamente impositivas como las fiscales en las que se sigue un criterio objetivo que atiende más a cuestiones de orden cuantitativo que cualitativo.

El Principio de Legalidad en nuestro derecho debe ser entendido significando mucho más que la aplicación letrística de la ley, sino de principios rectores conforme a los cuales la afectación a cualquier esfera jurídica debe producirse únicamente cuando resulte ello necesario; con ello se significa que cualquier cambio en el orden jurídico debe estar condicionado a situaciones necesarias de orden socio-político; ello es, que convenga a la sociedad de la que el individuo -

forma parte y que se produzca dentro de un orden particular de jerarquía organizada; de lo contrario se llegaría a un individualismo absolutamente inaceptable o al absolutismo en contra del cual se ha luchado por milenios.

Posiblemente porque se trata de un principio de rai -
gambre liberal y democrática, es en las obras de los auto -
res anglo-sajones y franceses donde encontramos el punto -
tratado con más frecuencia y mayor amplitud. A los de len -
gua alemana se debe la elaboración del concepto de "Estado -
de Derecho" - y aún este mismo nombre - , que tiene con el
Principio de la Administración Legal o la Primacía del Dere -
cho una conexión evidente, pero entre los traducidos a idio -
mas que conozco, únicamente se ocupan del Principio de Le -
galidad. Mayer en su obra "Le Droit Administratif Allemand",
París, Tomo I, pags. 70 - 96; Fleiner en su obra "Les Prin -
cipes Généraux du Droit Administratif Allemand", París pags.
86 - 93; Merkl en su obra "Teoría General del Derecho Ad -
ministrativo", Madrid, pags. 215 - 227. En la imposibili --
dad de realizar un examen exhaustivo o de hacerme cargo --
de las variantes y discrepancias que existen, me concreta --
ré a un autor francés reciente Laubadere y a la exposición -
clásica de Dicey en su obra sobre Derecho Constitucional, la

cual es usual que se tome como punto de partida por todos los autores británicos y norteamericanos.

Para Laubadere, "Las autoridades administrativas están obligadas a ajustarse a la Ley en su actividad o mas exactamente a la legalidad, que es una noción más amplia que la de Ley. El Principio de Legalidad no es sino un aspecto del -- principio más general según el cual el Estado Moderno está sometido a reglas jurídicas en todas sus actividades o Principio del Estado de Derecho... las reglas de Derecho que la administración está obligada a observar en su actividad son unas escritas, otras no escritas. Entre las primeras se encuentran -- las leyes, los reglamentos y cualquier acto-regla, con la consecuencia de que toda decisión individual debe ser conforme a -- la regla general pre-establecida; entre las fuentes no escritas de la legalidad, figuran las reglas de origen consuetudinario, notablemente los Principios Generales del Derecho. Los actos -- administrativos pueden infringir el Principio de Legalidad por lo que respecta al autor del acto, al fin perseguido, a la forma, a la existencia de los motivos y al objeto. Esta clase de ilegalidad únicamente puede producirse tratándose de facultades regladas, pero no de facultades discrecionales, las que existen cuando, habiendo la ley atribuido una competencia, deja al agente en --

libertad de elegir el sentido en que ejercerá esta competencia, le permite juzgar de la oportunidad de la medida por tomar. - Como excepciones al principio, se admiten en derecho francés las teorías de los poderes de guerra y las circunstancias excepcionales, y de los actos de gobierno. La sanción del Principio de Legalidad, consiste en la nulidad de los actos jurídicos ilegales y la privación de efectos de los actos materiales ilegales. El control de la legalidad puede ser administrativo (jerárquico o por el autor del mismo acto) o jurisdiccional. Las dos modalidades de éste último son el recurso por exceso de poder y la excepción de ilegalidad. Por último, el recurso por exceso de poder, calificado como el instrumento por excelencia del control de la legalidad administrativa, procede por incompetencia, vicio de forma, desviación o desvío de poder, violación de la ley, lo que significa infracción de ésta por lo que se refiere al objeto del acto, e inexistencia de los motivos". (1) .

Después de este resumen, que puede parecer excesivo pero que he estimado de interés a fin de mostrar la precisión de las soluciones a que se ha llegado en la nación donde, a mi juicio se ha alcanzado mayor protección para los administrados, pasamos a la exposición que hace Dicey de los requisitos del "Rule of Law". Antes debo aclarar que esta expresión

no corresponde como se dijo en el Capítulo anterior exactamente al Principio de Legalidad sino que lo comprende y es más amplia, pues abarca en su operación tanto autoridades administrativas como judiciales. Para el constitucionalista inglés el "Rule of Law" significa en primer lugar "la supremacía o predominio absoluto de la Ley por oposición a la influencia del poder arbitrario, y excluye la existencia de la arbitrariedad, de la prerrogativa, y aún de amplias facultades administrativas por parte del gobierno; en segundo término, la igualdad ante la Ley, o la sujeción de todas las clases por igual, a las leyes ordinarias, administradas por los tribunales ordinarios; por último, el hecho de que la Constitución, comprendiendo la posición de la Corona y sus servidores, es resultado de la ley ordinaria de Inglaterra, es decir, que en vez de que sea la fuente de los derechos de los individuos, es la consecuencia de éstos, tal y como los han definido y los hacen cumplir los tribunales". (2).

Si prescindimos del tercer aspecto o elemento, que constituye una peculiaridad de la formación histórica del derecho constitucional inglés y de la falta de una ley fundamental escrita, y si nos concretamos a los dos restantes, encontraremos que las coincidencias con la doctrina francesa son mucho ma

yores de lo que parece a primera vista. Con razón se ha cri-
ticado a Dicey su incomprensión del "Droit Administratif", nom-
bre que inclusive dejó en francés a fin de hacer resaltar su -
carácter extraño a las instituciones inglesas, y se ha demos--
trado que ni éstas poseían en todos los casos caracteres que -
les atribuyó, ni las francesas pugnaban tanto como creía con la-
esencia de los principios del "Rule of Law". (3). Sería desea-
ble poder presentar una versión moderna de estos conceptos en
Inglaterra o en los Estados Unidos de Norteamérica; por desgra-
cia esta tarea es muy difícil, en primer lugar porque, como ya
se dijo, el concepto es más amplio que el del Principio de Le -
galidad y se acerca al del Estado de Derecho o tiende, en algu -
nas opiniones, a identificarse con el gobierno limitado o gobierno
constitucional y a englobar la suma de restricciones al ejercicio
del poder y de garantías a los gobernados. En segundo término,
toda una serie de autores, tanto ingleses como norteamericanos,
son enemigos del "Rule of Law", como de la división de poderes,
de los tribunales independientes, e inclusive del gobierno consti-
tucional en general. Hennings, Robson, etc. en Inglaterra, lo han
atacado como un principio "whig" o liberal; en tanto que en los Es-
tados Unidos de Norteamérica ha sufrido los embates de Haines,
Frank, Frankfurter y otros autores menos conocidos quienes ca-

lifican a la teoría de la supremacía de la ley de "complicación innecesaria". (4).

Insensiblemente me he deslizado de exponer lo que la doctrina extranjera entiende por Principio de Legalidad, a la ofensiva desarrollada en su contra, aunque ésta ha amainado bastante en los últimos años. Sin embargo, de la consulta de las obras norteamericanas retendré otro elemento que ha venido a substituir la exigencia de Dicey de que únicamente los tribunales ordinarios pueden administrar la ley. "Consideramos como cosa evidente, (escribió Freund refiriéndose a los Estados Unidos) que si la administración a de estar sometida a la Ley, debe estar sujeta a los tribunales". (5). "Cualquier persona que sufra un agravio en sus derechos como consecuencia de la acción de cualquier organismo, o a quien perjudique o agravie tal acción en el sentido de la ley aplicable, tendrá derecho a la revisión judicial de la misma". (6).

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O DEL "RULE OF LAW" EN NUESTRA CONSTITUCION.

La Constitución establece la división de poderes, prohíbe que se reúnan en una sola persona o corporación, confía la facultad de expedir las leyes exclusiva al Poder Legislati-

vo y dispone que únicamente otra ley puede reformarlas o derogarlas (Artículos 50 y 72, inciso f).

La función fundamental del Presidente de la República, en quien se deposita el ejercicio del Poder Ejecutivo, consiste en "ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión" -- (Artículos 80 y 89, fracción I). Aunque el Presidente puede -- actuar libremente en diversas materias, principalmente al -- ejercitar el derecho de iniciar leyes (Artículo 71, fracción I), al disponer de la Fuerza Armada para la seguridad interior y defensa exterior de la nación (Artículo 89, fracción VI), y al dirigir las negociaciones diplomáticas (fracción X), es de observarse que los tratados en que culminan éstas requieren la ratificación del Senado, que para declarar la guerra se re -- quiere una ley previa (fracción VIII), y, sobre todo, que en -- varios casos específicos de funciones administrativas, la -- Constitución cuida de reiterar que se realicen con arreglo a la ley (fracciones II frase final, V, IX y XV). También para la -- existencia de los colaboradores más importantes del Presidente, sin cuyo concurso no deben ser obedecidos los reglamentos, decretos y ordenes que dicte, es indispensable una Ley, la que fija los asuntos de su competencia.

En la Constitución se crea un Poder Judicial indepen -

diente, inclusive con un poder igual en categoría a los otros - dos, encargado de conocer las controversias que se susciten - sobre la constitucionalidad de las leyes o actos de toda clase de autoridades y de todas las controversias del orden civil o - criminal que se susciten sobre cumplimiento y aplicación de le - yes federales (Artículos 94, 103 y 104, fracción I). Como he - afirmado el hecho de que la disposición que acabamos de citar - no mencione las leyes administrativas carece de importancia si se tiene en cuenta que la concordante Constitución de 1857 ha - blaba de leyes federales sin limitación (Artículo 97, fracción I) y que las palabras "del orden civil o criminal" se tomaron de la - fracción VI al refundirla en la I; pero sobre todo que el Poder - Judicial íntegro, no solamente parte de él, se deposita en los - tribunales ordinarios por el Artículo 94. (7). En consecuencia, la solución de la Constitución, cualesquiera que sean las exce - lencias indiscutibles del Consejo de Estado Francés y su Juris - prudencia, como de las constituciones norteamericanas e ingle - sa de las que procede la nuestra (aunque en Inglaterra existe - actualmente un vacío gravísimo debido a la inhibición de los tri - bunales ante la administración), y de la belga, es que sean tri - bunales judiciales, no tribunales administrativos, los que cono - zan de las controversias a que den lugar las leyes federales. -

También deben ser los tribunales de la Federación los que han de resolver, al menos en definitiva, siempre que con un acto administrativo se violen las garantías individuales o se invadan las jurisdicciones federal o local. Dentro de esta función les corresponde ejercer el control de la legalidad como consecuencia de la exigencia del Artículo 14 Constitucional de que nadie puede ser privado de la vida, la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino conforme a las leyes y de que la resolución definitiva de los jueces civiles (entre los cuales vuelvo a opinar que cabe todo lo que no sea penal y, por lo tanto, los procedimientos administrativos) debe ser conforme a la ley o a su interpretación jurídica, y a falta de aquélla, se fundará en los principios generales del derecho. Este control se ejerce en último término, es decir, después de agotados los medios de defensa ordinarios, como consecuencia de lo dispuesto en el Artículo 107, fracción IV, constitucional.

Llegamos así a la cuarta y última gran base que suministra la Constitución para sostener que el Principio de Legalidad e inclusive el "Rule of Law" y el Estado de Derecho rigen en México, salvo en los casos expresamente exceptuados. Conforme a su Artículo 10., todo individuo goza en nuestra nación de las garantías que enumeran los Artículos siguientes, a saber,

de la libertad y la protección de las leyes (Artículo 2o.), de la libertad de trabajo (Artículos 4o. y 5o.), de manifestación de -- las ideas y de escribir y publicar escritos (Artículos 6o. y 7o.), de petición (Artículo 8o.), de asociación y reunión (Artículo 9o.), de poseer y portar armas (Artículo 10), de movimiento (Artículo 11), de igualdad (Artículos 12 y 13), de seguridad personal y real (Artículos 16 y 26), de seguridad frente a acusaciones y en materia penal (Artículos 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23), de libertad religiosa (Artículo 24), de libertad para su correspondencia (Artículo 25), de propiedad (Artículo 27) y de libertad e igualdad para la concurrencia económica (Artículo 28). En todos los casos, los derechos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad que consagra la ley fundamental no pueden limitarse ni vedarse su ejercicio sino por una ley o por determinaciones judiciales o administrativas que se basen en la ley, según expresamente se declara en numerosos artículos, en tanto que en otros se requiere una autorización legal para que actúen las autoridades y en otros, finalmente, se prohíbe que se coarten o nieguen, inclusive por la ley. En materia de cargas públicas, también el Artículo 31 exige una ley para que los mexicanos debamos servir en la guardia nacional y contribuir a los gastos públicos. Además, el Artículo 14, según ya se hizo notar, consagra en general el derecho a no

ser privado de la vida, la libertad, las propiedades, posesiones o derechos (no solamente los constitucionales, sino los legales) sino conforme a las leyes, y agregaré que mediante un procedimiento en que se cumplan las formalidades esenciales. Por último, los pocos casos en que la Constitución ha juzgado necesario establecer que contra determinados actos administrativos no procederá ningún juicio o recurso (Artículo 3o., fracciones II y V y Artículo 27, fracción XIV) confirman que en principio se -- considera que cabe un medio de defensa jurisdiccional en todos los demás. (8).

Si el Principio de Legalidad se encuentra consagrado por la Constitución Política que nos gobierna, como creo haberlo de mostrado, ello constituye una razón necesaria y suficiente para acatarlo, para que los tribunales condenen las normas legales y los actos administrativos que lo infrinjan, y para que todos nos esforcemos por que tenga vigencia efectiva en nuestra patria, -- inclusive perfeccionándolo en puntos como el señalado de la falta de control de lo que en Francia se llama la moralidad admi -- nistrativa.

Sin embargo, para que las instituciones se cumplan plenamente es indispensable que la opinión pública esté convencida de su bondad y eficacia. De lo contrario su aplicación será for-

mal y mecánica, y puede ocurrir que se conserven los nombres, que se continúe rindiendo homenaje a los principios y a las -- grandes doctrinas por las que tanto se combatió en otras épocas, pero que deje de comprenderse su razón de ser, que gradualmente se desnaturalicen y que hasta lleguen a ampararse bajo su -- prestigio actos que los contradigan y afrenten. Debido a estos -- motivos y a que abrigo la convicción de que el Principio de Le -- galidad es tan indispensable y benéfico en la actualidad como -- cuando por primera vez se alcanzó conciencia de él, a continuación recuerdo brevemente las razones que lo fundan y justifican.

Para esto recurriré otra vez a autores franceses, debido a sus conocidas cualidades de concisión y claridad. El Principio de Legalidad, expone Duez y Deberyre en su libro reciente, "descansa primeramente en una idea lógica. Se presenta como un corolario necesario de carácter obligatorio del acto-regla, ya que es evidente que si pudieran tomarse decisiones concretas prescindiendo del acto-regla, éste perdería en la misma medida su carácter obligatorio. Pero la legalidad material sefunda igualmente en una razón de orden práctico; el juego del -- principio impide la arbitrariedad en las decisiones concretas. -- En razón del carácter abstracto del acto-regla, de él resulta -- una especie de imparcialidad automática porque su autor no puede

de considerar, al tiempo de elaborarlo, todas las aplicaciones concretas que se harán de él en el futuro. Por otra parte, la legalidad material genera cierta seguridad jurídica para el administrado; sabe que al tiempo de aplicarla, ni la administración ni el juez podrán contradecir la regla que conoce". (9).

El tema es tan profundo como apasionante y podría extenderme en corroboración del parecer que cito. Ante la necesidad de poner término a este capítulo, me concreto a observar que el principio que comento es también un instrumento de la democracia. Para que la voluntad general expresada en la ley impere en la práctica, es necesario que entre ella y las situaciones que pretende regir no medie otra voluntad que la encaminada a su cumplimiento. Si en cambio los funcionarios pueden decidir autónomamente como salvo el Presidente de la República, no son designados por elección (ni sería posible ni conveniente que lo fueran), frente a la voluntad popular representada por la ley se alzarán los deseos y conveniencias propios de la burocracia, cuando no de una multitud de déspotas inferiores, que no por pequeños serán menos perjudiciales para la libertad individual, ni menos nocivos para la comunidad en conjunto. Llegamos con esto a la justificación cardinal del Principio de Legalidad, como del régimen constitucional, del Estado de Dere

cho y de las demás ideas-fuerzas que el hombre ha elaborado a fin de lograr que el Estado que debe tener el monopolio de la coacción, no la emplee en su contra para sojuzgarlo y destruirlo. Como percibieron los griegos desde la época de Pericles, cuando éste llamó a Atenas "el más libre de los países libres" (10) y cuando el concepto de isonomía, ahora relegado a la física, designaba el orden político en que imperaba una misma ley, formada por el pueblo e igual para todos, de la que los magistrados eran los guardianes y servidores, una nación únicamente es libre cuando en ella rigen leyes generales "que definan todos los puntos que puedan y dejen los menos posibles a la resolución de los jueces". (11). El supuesto conflicto entre la libertad y la ley no existe y, por el contrario, sin ésta no es realizable la libertad. La oposición verdadera se encuentra entre un gobierno de leyes y un gobierno de hombres; entre un régimen en que imperan "leyes generales, formadas después de deliberar, sin que influyan en ellas resentimientos y sin que se sepa sobre quienes tendrán efecto", como lo definió John Marshall, y un sistema de decisiones individuales, variables, cuyo sentido es imposible predecir con seguridad. Nada tiene de novedoso ni extraño esta explicación, pues se remonta, como ya señaló, a los orígenes del pensamiento político y encarna la experiencia de la -

humanidad. Basta que volvamos a leer a los grandes pensadores que han alumbrado su lento y penoso camino, tan frecuentemente abandonado en pos de falacias y quimeras, para confirmar nuestra fe en las instituciones que felizmente consagra la ley fundamental, entre ellas el Principio de Legalidad. Pues, como escribió Locke, "la libertad de los hombres bajo el gobierno no estriba en tener una regla fija con arreglo a la cual vivir, que sea común a todos los miembros de la sociedad, formada por el Poder Legislativo instituído en ésta; y no en estar sujetos a la voluntad inconstante, desconocida y arbitraria de otro hombre". Así se convertirá en realidad la sentencia de Cicerón que está inscrita en la Suprema Corte de Justicia y seremos libres cuando todos los administrados y administradores, gobernantes y gobernados, estemos sometidos por igual a la ley.

CITAS.

C A P I T U L O I I

1. - Laubadere, "Manuel de Droit Administratif", París, --
1951, págs. 80, 81 y 82. En la obra del mismo autor, --
"Traité Elementaire du Droit Administratif", París, --
1963, págs. 192 - 231.
2. - Dicey, "Introduction to the Study of the Law of the - -
Constitution", London, 1950, págs. 183 y sgs.
3. - Wade, En la Introducción de la Obra citada de Dicey, - -
págs. LXVII y sgs.
4. - Jennings, "The Law of the Constitution", London; Robson;
"Justice and Administrative Law", London; Haines "A -
Government of Law or a Government of Men", Los An --
geles; Frank, "Law and the Modern Mind", New York; -
Frankfurter, Prólogo a "Current Developments in ---
Administrative Law", Yale Law, según cita de Hayek en-
"The Constitution of Liberty", Chicago, pág. 496.
5. - Freund, Citado en "Gellhorn Administrative Law, Cases-
and Comments", Brooklyn, 1952, pág. 1026.
6. - Parker, "Administrative Law", Indianapolis, 1960, pág.
303.

7. - Velasco, "Derecho Administrativo en Evolución del Derecho Mexicano", México, 1946, tomo I, págs. 57 y 80 - 83.
8. - Sobre el mismo tema ver Velasco "The Rule of Law - in Mexico, a Symposium on Law and Government", -- University of Miami, Florida, 1958, págs. 9 - 12.
9. - Deberyre, "Traité de Droit Administratif", París, 1952, págs. 204 - 205.
10. - Tucídides, "Guerra del Peloponeso", libro VII, párrafo- 69, en "Los Historiadores Griegos", Nueva York, 1942, Vol. I, pág. 938.
11. - Aristóteles, "Retórica", en "Las Obras Básicas de Aristóteles", Nueva York, 1941, pág. 1326.

C A P I T U L O I I I

OBSERVACIONES PRELIMINARES - SOBRE EL COMETIDO DEL MINIST TERIO PUBLICO Y LA POLICIA JUDICIAL

El Ministerio Público en México, es la institución encargada de la investigación y persecución de los delitos; tiene, igualmente, como fin el de representar a la sociedad en los juicios -- en que se ventilen problemas que afecten al orden público, defender los intereses de los menores o incapaces y el patrimonio de la Nación, así como la de promover las medidas tendientes a procurar una recta y pronta administración de justicia.

En otras palabras, el Ministerio Público en México, es el titular de la Acción Penal y de la representación de la sociedad -- en todos aquellos negocios en que el interés público entre en juego.

El Artículo 21 de la Constitución, da al Ministerio Público, su actual fundamento jurídico, al establecer: "La persecu -- ción de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél", pues dicho Artículo vino a romper el sistema procesal vigente hasta -

1917, y sobre bases modernas, relevó a los jueces de la facultad que tenían para la averiguación y persecución de los delitos, atribuyéndosela al Ministerio Público y limitando la función de aquéllos a la imposición de las penas.

Además, la propia Constitución en los Artículos 73 y -- 102 fija las bases para la organización, competencia y funcionamiento del Ministerio Público Federal y del fuero común en el Distrito y Territorios Federales.

El Ministerio Público Federal, se establece en el Artículo 102 citado "Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los reos; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; -- hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determine".

"El Procurador de la República --agrega el Artículo 102-- intervendrá personalmente en los casos en que la Federación --fuere parte; en los casos de los ministros, diplomáticos y cónsules generales, y en aquellos que se suscitaren entre dos o más

Estados de la Unión, entre un Estado y la Federación, o entre los Poderes de un mismo Estado. En los demás casos en que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General podrá intervenir por sí o por medio de alguno de sus agentes. "

El propio Artículo 102, fija las bases para la organización del Ministerio Público, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva, debiendo estar presididos por un Procurador General, el cual deberá tener las mismas cualidades requeridas para ser Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El Procurador General de la República es, además, atento lo señalado en dicho precepto legal, el Consejero Jurídico del Gobierno y tanto él como sus agentes, se someterán estrictamente a las disposiciones de la ley, siendo responsables de toda falta, omisión o violación en que incurran con motivo de sus funciones.

Por lo que se refiere al Ministerio Público del Orden Común, el Artículo 73, fracción VI, inciso cinco, de la Constitución, dispone que "El Ministerio Público en el Distrito Federal y en los Territorios estará a cargo de un Procurador General, que residirá en la ciudad de México y del número de agentes que

determine la ley, dependiendo dicho funcionario directamente -- del Presidente de la República, quien lo nombrará y removerá - libremente. "

Tanto el Ministerio Público Federal, como el Ministerio Público del Orden Común, para el Distrito y Territorios Federales, cuentan con sus Leyes Orgánicas, expedidas para el primero, con fecha 10 de noviembre de 1955, y para el segundo, con fecha 29 de diciembre de 1954.

En estas leyes se precisan las facultades y atribuciones del Ministerio Público, tanto Federal como del Orden Común, - en acatamiento por lo previsto por nuestra Constitución.

De entre estas facultades nos interesa destacar sobre - todo las que se refieren al Proceso Penal, que podemos resumir de la siguiente manera:

- a) Corresponde al Ministerio Público la persecución de los delitos.
- b) Corresponde al Ministerio Público, el ejercicio de la Acción Penal ante los Tribunales y por lo mismo, la facultad de solicitar la orden de aprehensión en contra de los reos, que es - privativa de dicha institución.
- c) El Ministerio Público debe buscar y presentar las pruebas - que acrediten la responsabilidad de los reos, y

d) El Ministerio Público debe pedir en su caso la aplicación de las penas.

Tiene, pues, el Ministerio Público un doble carácter en el procedimiento penal: Autoridad, cuando investiga los delitos, y Parte cuando practica la acción persecutoria que al decir de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, "le compete de -- una manera exclusiva y entonces, se convierte en Parte, puesto que en esa etapa del proceso ya no ordena sino que se limita a -- solicitar del Juez, lo que cree pertinente en Derecho".

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1917, la investigación y persecución de los delitos, estaba reservada a los Jueces, facultad que rompía el equilibrio dentro del proceso, y que había de motivar además críticas de nuestros consti-
tuyentes contra dicho procedimiento inquisitivo, que al decir de los mismos, convertía al Juez en parte injustificadamente.

La iniciativa del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza, en relación a este punto, expresa que el Ministerio Público ha sido así nominal y los jueces -- arbitrarios y coloniales, por lo que la nueva organización que -- se proponía, había de dar al Ministerio Público la importancia -- que le correspondía, dejando exclusivamente a su cargo la per-
secución de los delitos y la búsqueda de los elementos de convic

ción que ya no se haría más por procedimientos atentatorios, como los ejecutados por los jueces.

"Dicha iniciativa tenía como alcance -afirma Don Miguel S. Macedo- el quitar a los jueces la función de hacer la instrucción buscando y resumiendo las pruebas para detener o mandar -aprehender a los presuntos responsables, no dejándoles otra función que la de resolver sobre las peticiones formuladas por el Ministerio Público, a quien debe corresponder, exclusivamente, la iniciativa de todo el procedimiento."

Así pues, el procedimiento inquisitivo anterior a la Constitución de 1917, se substituyó por el mixto y se otorgó al Ministerio Público, la facultad de investigar y perseguir a los delincuentes mediante la Policía Judicial, que según la Constitución, debía depender en lo sucesivo del Ministerio Público.

Las Leyes Orgánicas del Ministerio Público, distinguen, pero sólo a partir de la Ley de 2 de octubre de 1929, la preparación del ejercicio penal, del ejercicio de la acción misma, y los Códigos de Procedimientos Penales, tanto Federal como del Orden Común, se encargan de reafirmar tal distinción.

La facultad que la Constitución otorga al Ministerio Público para investigar y perseguir los delitos, se ha considerado como una garantía que no puede ser violada por las entidades fe-

derales, las cuales tienen la obligación de organizar la administración de justicia de acuerdo con lo que dicho precepto establece, es decir, atribuyendo al Juez la facultad de imponer penas, y al Ministerio Público la de investigar los delitos y ejercitar la Acción Penal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpretando el Artículo 21 Constitucional, ha sostenido que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo la autoridad y mando de aquél, y considera en numerosas ejecutorias, que una de las más trascendentales innovaciones de nuestra Constitución de 1917, en relación con la organización judicial, fue precisamente, el que los Jueces dejaran de ejercer funciones de Policía Judicial para que no tengan el carácter de Jueces y Partes encargados, como estaban, antes de la vigencia de la Constitución, de decidir sobre la responsabilidad penal y allegarse, de oficio, elementos para fundar el cargo.

Consecuentemente con dicha opinión, la Corte, a partir de 1918, ha reiterado que los Jueces están obligados a someterse al texto constitucional comentado.

Existió sí, unanimidad de opinión respecto al ejercicio de la Acción Penal, pero no puede decirse lo mismo respecto

a la facultad que la Constitución otorga al Ministerio Público, para la persecución de los delitos.

En el artículo que se cita, publicado en el tomo VII, fol. 126, del Semanario Judicial, se dice, entre otros, lo que sigue: "En materia Federal, el Ministerio Público, en virtud de sus facultades, la persecución de los delitos, desde la iniciación del proceso, pero que en el Fuero Común, la que corresponde a la Policía Judicial, que también la Policía Judicial puede tener a su cargo la persecución de los delitos". Y en la ejecutoria publicada en el tomo VII, fol. 127 del Semanario Judicial, se tiene que, "En materia Federal, el Ministerio Público, tiene exclusivamente la facultad de intervenir, desde la iniciación de un proceso, pero que en el Fuero Común, la mente de la Constitución ha sido que las diligencias que tiendan a averiguar la existencia del delito y a determinar las personas que en cualquier grado aparezcan responsables, puedan ser practicadas por los funcionarios que forman parte de la Policía Judicial, dejando a los Estados en libertad para adoptar, en toda su amplitud, el sistema establecido en el Fuero Federal".

Las opiniones que hemos señalado, respondieron a los dudas que implicó el cambio del sistema que prevalecía has-

ta 1917, y solo paulatinamente se ha venido aceptando la separación que la Constitución precisó entre las funciones del Juez y las del Ministerio Público.

Baste decir que solo a partir de 1930, el Ministerio Público del Orden Común, se ajustó a los preceptos constitucionales y que, en los Estados poco a poco se ha venido operando este ajuste.

Además, la confusión provenía de lo que debe entenderse por Policía Judicial. Por Policía Judicial se entendía el conjunto de funcionarios que tenían a su cargo la instrucción, que el Artículo 51, del Código de Procedimientos Penales del Distrito de 1894, definía en los siguientes términos: "La instrucción comprende todas las diligencias practicadas para la comprobación de los delitos e investigación de las personas que en cualquier grado, pueden ser responsables de ellos, desde que se comienza el proceso hasta que sea puesta a la vista de las partes para formular conclusiones".

Por Policía Judicial entiéndase, por tanto al grupo de funcionarios que tenían a su cargo esa instrucción, cuya lista se precisaba en la Ley:

- a) Jueces de Paz.
- b) Jueces Menores.

- c) Jueces Correccionales y del Ramo Penal.
- d) Comisarios e Inspector de Policía.
- e) Ministerio Público.

Sin embargo, el significado de Policía Judicial en la Constitución de 1917, es distinto, ya que no significa funcionario o agente instructor del proceso, sino únicamente, cuerpo de agentes de policía encargados de la investigación de los delitos y en dependencia del Ministerio Público. Así se ha definido la Policía Judicial en las Leyes Orgánicas tanto del Ministerio Público Federal (Artículos 35 a 40) como en la del Ministerio Público del Orden Común (Artículos 33 a 39).

Ahora bien, la organización del Ministerio Público, fundada en lo previsto en el Artículo 21 de la Constitución, ¿Implica contradicción con las atribuciones que impone el Artículo 20 al Juez del proceso?, desde luego, la mayoría de nuestros comentaristas han sostenido que no existe tal contradicción, por cuanto que la función del Juez es resolver situaciones jurídicas, en tanto que - como dice Don José Angel Ceniceros -, "averiguar es reunir elementos para decidir si está constituida una prueba o no, y si ella es conducente para la determinación de los datos relacionados directamente con el delito o con el delincuente".

El cumplimiento por el Juez de las disposiciones contenidas en el Artículo 20, no constituye sino el ejercicio de la facultad jurisdiccional, por cuanto debe procurar que en el proceso, se cumpla con las garantías constitucionales fijadas en el Artículo 20, para que el reo pueda ser juzgado con toda imparcialidad; en tanto que los Artículos 21 y 102, dan facultades al Ministerio Público para investigar el delito, antes de iniciarse un proceso. Sin embargo, consideramos que la garantía de la fracción II del Artículo 20 constitucional, se aplica por igual al proceso y a la averiguación, pues nadie puede ser compelido a declarar en su contra y menos aún, ser incomunicado o presionado para conducirse en determinado sentido. No obstante, en otro orden de ideas, pueden aparecer o pueden suponerse, contradicciones entre lo dispuesto por el Artículo 16 de la propia Constitución y el 21 .

En efecto, el Artículo 21 de la Constitución, impone al Ministerio Público la obligación de perseguir y averiguar el delito y en cumplimiento de esta facultad, se han organizado las Direcciones de Averiguaciones Previas Penales en la Procuraduría General de la República y de Investigaciones, en la del Distrito, cuya función principal es la de practicar las averiguaciones o investigaciones penales ante la jurisdicción y

aún más, el Artículo 3o. del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en su fracción I, establece que corresponde al Ministerio Público, dirigir a la Policía Judicial en la investigación que hagan para comprobar el cuerpo del delito.

Atento lo dispuesto por el Artículo 16 constitucional, y a la interpretación que sobre dicho precepto ha dado la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que el Juez previa la petición del Ministerio Público, pueda librar una orden de aprehensión, basta con llenar los requisitos mínimos que se fijan en dicho Artículo 16 que establece que "no puede librarse ninguna orden de aprehensión si no va precedida de una demanda, acusación o querrela, de un hecho determinado, que la Ley castigue con pena corporal, apoyada tal declaración, bajo protesta, de persona digna de fé u otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, con excepción hecha de los casos de flagrante delito, en los que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".

Los requisitos que fija la Constitución, salvo el caso del flagrante delito, para que se pueda despachar una orden de aprehensión o de detención se limitan así a:

- a) La existencia de una denuncia, acusación o querrela.
- b) De un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal.
- c) Que esa denuncia esté apoyada por declaración bajo protesta, de persona digna de fé, o
- d) Por otros cargos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

La Dirección de Averiguaciones Previas como una parte integrante del Ministerio Público es la que generalmente practica las averiguaciones encaminadas a satisfacer los requisitos que señala el Artículo 16 Constitucional y que al mismo tiempo que son los mínimos para girar una orden de aprehensión, constituyen la base fáctica y legal para el ejercicio de la acción penal.

La facultad de investigación, que la ley concede al Ministerio Público, no resulta entonces en los términos del Artículo 16 Constitucional innecesaria, por cuanto que para el ejercicio de la acción penal y el libramiento de una orden de aprehensión, bastan los requisitos exigidos como mínimos en dicho Artículo.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en las Tesis Jurisprudenciales números 720 y 721 ha precisado lo siguiente:
ORDEN DE APREHENSION. - Para dictarla, no es necesario que-

esté comprobado el cuerpo del delito, sino solo que se llenen los requisitos prevenidos por el Artículo 16 constitucional.

Tomo III	Olvera José C.	pág.	83
Tomo IV	Navarro José Trinidad	pág.	540
	Guevara J. de la Luz	pág.	1233
Tomo XIII	Nieto Leopoldo F.	pág.	621
Tomo XIV	Molina Ladislao	pág.	128

ORDEN DE APREHENSION. - Para dictarla es necesario - que lo pida el Ministerio Público, y si éste no solicita dicha orden el Juez no tiene facultades para expedirla.

Tomo XVIII	Cordero Rafael	pág.	440
Tomo XIX	Navarro, Francisco	pág.	233
	Ramírez, Francisco	pág.	251
	Pérez, Ricardo	pág.	1287
	Mancio, Everildo	pág.	1287

Es cierto que basta que se encuentren reunidos los requisitos del Artículo 16 constitucional para que pueda el - Ministerio Público ejercitar acción penal y el Juez acceda a - su petición, pero una elemental sindéresis jurídica impone el que si alguien va a ser detenido, pueda ser sometido al pro - ceso correspondiente, y como la base del proceso es la comprobación de la materialidad del hecho y la existencia de da--

tos que hagan probable la responsabilidad del acusado, es por que la fracción I del Artículo 3o. del Código de Procedimientos Penales por el Distrito y Territorios Federales obliga al Ministerio Público y a la Policía Judicial que se recaben los datos que servirán para dar por comprobado el cuerpo del delito. Resultaría carente de sentido girar una orden de aprehensión no obstante que ni siquiera estaba acreditada la materialidad del hecho. Lo anterior no significa que se está afirmando que la comprobación del cuerpo del delito es indispensable para que pueda librarse la orden de aprehensión, sino que estando obligado el Juez dentro del término de 72 horas a resolver sobre formal prisión o libertad del indiciado, resultaría incongruente librar la orden si no existe posibilidad de comprobar el cuerpo del delito dentro del término de 72 horas.

Ciertamente hay casos en que resulta indispensable solicitar con caracter de urgente una orden de aprehensión, especialmente tratándose de delitos, que por su gravedad, conmueven a la opinión pública o que de no hacerse así, pueden provocar la fuga de criminales de gran peligrosidad; pero en general, el Ministerio Público como institución de buena fé, debe tratar de reunir el mayor número de elementos probatorios, para que la actuación penal se inicie debidamente fundada o para impedir que

la actuación penal se inicie debidamente fundada, o para impedir que a través de una acusación falsa se realice una detención injustificada.

Hay dos intereses que debe cuidar el Ministerio Público: por una parte el interés social y por la otra el interés a la protección de la persona humana; por eso se ha sostenido que el Ministerio Público es una institución de buena fé y que al hacer uso del poder que le da la Constitución, debe obrar con toda prudencia, cuidando de cohonestar esos dos supremos intereses que se fundan en el respeto a la persona humana y en la seguridad del cuerpo social que representan.

La atención de esos dos supremos intereses, a los que debe ajustar su acción el Ministerio Público, corresponde a la Dirección de Averiguaciones Previas o de Investigaciones, dependencias que tienen la obligación de preparar cuidadosamente el ejercicio de la acción penal o bien resolver que no debe ser ejercitada dicha acción, bien porque los hechos no son delictuosos, o porque no se pueden probar los hechos denunciados.

La Constitución, según hemos apuntado, otorga al Ministerio Público, el monopolio de la acción penal, lo que significa que solo el Ministerio Público puede resolver si es o no de ejercitarse dicha acción, monopolio que está en consonancia con los

principios fundamentales del procedimiento penal mexicano. -

De acuerdo con nuestro sistema procesal, el proceso penal mexicano, se informa en el principio dispositivo o de instancia de parte, de tal suerte, que si no se ejercita la acción penal, la jurisdicción no puede ponerse en movimiento por sí sola. El proceso penal, se convierte así, en una especie de litigio, en el que el examen del acusado, no tiene más significación que el de ser oído en audiencia, y en el que las partes que litigan son el acusado y su defensor, y el Ministerio Público, a quien corresponde ejecutar la acción penal, de tal suerte que si no se ejercita, no puede haber proceso, como sucede en materia civil, que si no existe demanda no puede haber juicio.

La pretensión punitiva del Estado, se mueve a través de la acción penal; si ésta no se ejercita, si no se pone en movimiento a la jurisdicción por el Ministerio Público, el Juez o el ofendido no pueden procesar a un delincuente.

Significa también esta situación procesal, que nuestro procedimiento se rige por el Principio de la Legalidad, aún cuando en México este principio suele limitarse con la aplicación de los principios de la oportunidad y de la discrecionalidad, que dan mayor fuerza y poder al Ministerio Público.

De esta suerte, si el Ministerio Público no ejerce la acción penal o si se desiste de ella, no existe base para el procedimiento; y aún cuando la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha tratado de limitar el poder del Ministerio Público, por lo que se refiere al ejercicio de la acción penal, la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, lo es en el sentido de que el titular de la acción penal es el Ministerio Público, y que su ejercicio no puede ser limitado o controlado por la jurisdicción.

ACCION PENAL. - Corresponde su ejercicio al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo el mando y autoridad de aquél. Una de las más trascendentales innovaciones hechas por la Constitución de 1917, a la organización judicial, es la de que los Jueces dejen de pertenecer a la Policía Judicial, para que no tengan el carácter de jueces y partes encargados, como estaban antes de la vigencia de la Constitución, de decidir, sobre la responsabilidad penal y allegar de oficio elementos para fundar el cargo.

Tomo II	Harlam, Eduardo y coags.	pág.	83
	Vázquez, Juana	pág.	1024
	Grimaldo Buenaventura	pág.	1550
Tomo IV	Mantilla y de Haro, Ramón	pág.	147

ACCION PENAL. - Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando el no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el Artículo 21 constitucional.

Tomo VII	Revuelta, Rafael	pág.	262
	Téllez, Ricardo	pág.	1503
Tomo IX	Hernández, Trinidad	pág.	186
	Ceja, José A.	pág.	567
	Carrillo, Daniel y coags.	pág.	659

Ahora bien, el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, puede dar origen a la arbitrariedad y al abuso, por lo cual, es importante, que dentro de los lineamientos de la organización del Ministerio Público, se busquen las medidas de control que impidan dichos excesos. Además pueden buscarse medidas de control externo, que faciliten al mismo tiempo que impidan la arbitrariedad, en el ejercicio de la acción penal. De esas medidas de control se tratará en el Capítulo siguiente.

C A P I T U L O I V

ORGANIZACION Y CONTROL DEL MINISTERIO PUBLICO

A) EL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL, ESTRUCTURA Y CRITICA.

El 10. de diciembre de 1916, el primer jefe del ejército constitucionalista Don Venustiano Carranza expuso su deseo de reformar el sistema de enjuiciamiento existente, y ante el Congreso Constituyente reunido en la Ciudad de Querétaro, presentó el proyecto de Carta Magna, documento en el que incluye, entre otras disposiciones, la creación del Ministerio Público, con bases diferentes a las conocidas con anterioridad, y al efecto manifestó en su exposición de motivos lo siguiente:

"Las leyes vigentes, tanto en el Orden Federal, como en el Orden Común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene un carácter meramente decorativo, para la recta y pronta administración de la justicia. Los Jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los

Jueces de la época colonial; ellos son los encargados de -
averiguar los delitos y buscar pruebas, a cuyo efecto siempre
se han considerado autorizados a emprender verdaderos asal
tos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin --
duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados come-
tidos por los Jueces que, ansiosos de renombre, veían con ---
verdadera fruición que llegase a sus manos un proceso que les
permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en mu -
chos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranqu
ilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisi-
ciones, las barreras mismas que terminantemente establecía
la Ley.

La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evita
rá ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los Jueces
toda la dignidad y toda la respetabilidad de la Magistratura, da-
rá al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde,
dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos,
la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por
procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de --
los delincuentes.

Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial -

represiva a su disposición, quitará a los Presidentes Municipales y a la Policía Común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio particular.

Con la Institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad quedará asegurada; porque, según el Artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo Artículo exige". (1).

Por su parte, el Artículo 21, en el mencionado proyecto establecía: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de 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 la Policía Judicial, que estará a disposición de éste".

El Artículo citado fue dictaminado para su aprobación por una comisión presidida por el General Mújica y podemos advertir tres puntos esenciales en este dictamen.

- a) Se consideró perfectamente bien incluída la primera parte del Artículo comentado, por cuanto a que, aún cuando el Artículo 14 en su párrafo 2o. establecía la imposibilidad de ser privado de la vida, libertad, posesiones, etc.

sin juicio previo y de acuerdo con las leyes expedidas con anterioridad, dicha parte "aparece más circumscrita y terminante y colocada como para deslindar los respectivos campos de acción de las autoridades judiciales y administrativas. Tanto por esta circunstancia, como por conservar el enlace histórico, creemos que debe conservarse la primera frase del Artículo 21." (2).

- b) Se propone limitar las facultades de la autoridad administrativa en la imposición de arrestos y multas, aún cuando éstas, de acuerdo con el Artículo 22 Constitucional, no podían ser excesivas, y al efecto, se fija el arresto máximo de quince días.
- c) En relación con la persecución de los delitos como facultad de la autoridad administrativa, sirviéndose para ello del Ministerio Público y de la Policía Judicial, la comisión dictaminadora, impugnó dicha dependencia y propuso una solución inversa, es decir: "Toca al Ministerio Público perseguir los delitos y dirigir la Policía Judicial, y en el ejercicio de esas funciones, debe ser ayudado tanto por la autoridad administrativa como por los agentes subalternos de ésta".

"Desarrollando - sigue diciendo la comisión dictaminadora - nuestra opinión acerca de la Policía Judicial, creemos que, cualquiera que sea la forma en que la organicen los Estados en uso de su soberanía, siempre habrá necesidad de que las autoridades municipales, - además de sus funciones propias, ejerzan funciones de Policía Judicial, sean auxiliares del Ministerio Público; y, en el cumplimiento de esas obligaciones en el ejercicio de tales funciones, deben quedar subalternadas a dicho Ministerio". (3).

En virtud de lo asentado con anterioridad, la comisión encargada de la elaboración del mencionado dictamen, propuso el establecimiento del Artículo 21 en los términos siguientes: -

"Artículo 21. - La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Sólo incumbe a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones al Reglamento de Policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por 36 horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiera impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 15 días.

La autoridad administrativa ejercerá las funciones de Policía Judicial que le impongan las leyes, quedando subalternada al --

Ministerio Público en lo que se refiere exclusivamente al desempeño de dichas funciones".

El día 5 de enero de 1917, se pasó a discusión el dictamen mencionado y fue retirado posteriormente por la misma comisión que lo redactó en virtud de la no aprobación por parte de la asamblea, quien discutió la dependencia de la institución del Poder Ejecutivo, así como también la deficiente aplicación de sanciones con motivo de las infracciones al Reglamento de Policía.

El 12 de enero la comisión presidida por el General Mújica volvió a presentar un segundo dictamen acompañado de un voto particular emitido por el Diputado Colunga; el referido dictamen en su parte relativa expresa:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Incumbe a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones a los Reglamentos de Policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por 36 horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 15 días. También incumbe a la propia autoridad la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial que estará a dis

posición de éste".

Importante fue el voto particular emitido en relación con el Artículo comentado, al establecer: "Comparando la redacción anterior con el texto original del Artículo 21 se advierte la incongruencia claramente, pues el precepto establece que incumbe a la autoridad administrativa castigar las faltas de policía y la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y la Policía Judicial. Siendo las faltas de policía exclusivamente de la esfera municipal. Es obvio que la autoridad administrativa a quien se alude es la municipal y, por lo mismo, a esta autoridad municipal es a la que se confía la persecución de los delitos, lo que no está conforme con las ideas emitidas en la exposición de motivos, no se aviene tampoco a una buena organización de la Policía Judicial.

Esta debe existir como una rama de la autoridad administrativa, de la cual debe tener cierta independencia y todas las atribuciones de la policía ordinaria no deben utilizarse sino como auxiliares de la Policía Judicial. En el proyecto se establece lo contrario: "la autoridad municipal tendrá a su cargo la persecución de los delitos, empleando como instrumentos en esta tarea al Ministerio Público y a la Policía

Judicial".

"Por otra parte, no solo los reglamentos de policía ameritan castigo en caso de ser infringidos, sino también los reglamentos gubernativos. Creo que el castigo que éstos últimos debe también atribuirse en términos generales, a la autoridad administrativa, en consecuencia, soy del parecer que debe redactarse el Artículo que menciono, en los términos siguientes:

"Artículo 21. - La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. 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. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por 36 horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente que no excederá en ningún momento de 15 días." (4).

Este Artículo fue aprobado con fecha 13 de enero y adicionado únicamente en la forma siguiente:

"Si el infractor fuere jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo de una semana".

Por su parte el proyecto del Primer Jefe Constitucionalista organizó el Ministerio Público en el Distrito Federal en la forma siguiente:

"Artículo 73 - VI - 5a. - El Ministerio Público en el Distrito Federal y en los Territorios estará a cargo de un Procurador General que residirá en la Ciudad de México, y el número de agentes que determine la ley dependiendo dicho funcionario directamente del Presidente de la República, el que removerá y lo nombrará libremente".

El Artículo 102 organizó el Ministerio Público Federal y fue reformado ligeramente con fecha 11 de septiembre de 1940; mismo Artículo que en su parte conducente dice:

"Artículo 102. - La Ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, debiendo estar presidido por un Procurador General, el que deberá tener las mismas calidades requeridas para ser Magistrado de la Suprema Corte de Justicia. Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los Tribunales, de todos los delitos del orden federal, y por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los reos, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos, hacer que -

los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas, e intervenir en todos los negocios que la misma Ley determine.

El Procurador General de la República intervendrá personalmente en todos los negocios en que la Federación fuere parte y en los casos de los Ministros, Diplomáticos y Cónsules Generales y en aquellos que se suscitaren entre dos o más Estados de la Unión, entre un Estado y la Federación, o entre los Poderes de un mismo Estado. En los demás casos en que debe intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General podrá intervenir por sí o por medio de sus agentes.

El Procurador General de la República será el consejero jurídico del gobierno y tanto él como sus agentes, se someterán estrictamente a las disposiciones de la Ley, siendo responsables de toda falta u omisión o violación en que incurran con motivo de sus funciones".

Objeto de críticas ha sido la creación del Ministerio Público de acuerdo con el Artículo 21 Constitucional en vigor, el cual le otorga el monopolio de la Acción Penal, y al efecto, el Licenciado Francisco J. Peniche Bolio, expresa:

"Al cabo de casi medio siglo de regir en los Estados Unidos

Mexicanos la Constitución Federal de 1917, que entre otras reformas trajo la de dar al Ministerio Público el monopolio de la acción persecutoria, ha traído consecuencias tan funestas como las existentes cuando eran los Jueces los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas.

En efecto, al tener en sus manos la institución del Ministerio Público la facultad exclusiva de perseguir los delitos, se cayó en un absurdo monopolio el que ni nuestro mexicanísimo juicio de amparo puede tocar.

De los excesos cometidos por aquellos Jueces que mencionaba el mensaje Carrancista de 1916, se llegó a los defectos de los agentes del Ministerio Público encargados de la acción persecutoria de los delitos. Del abuso se pasó a la abstención; y tan injusto es privar de la libertad a quien no ha cometido falta alguna, como no privar de aquélla a quien la ha cometido".

Más adelante, el mismo Peniche Bolio reconoce: "Ante las encontradas opiniones que se pronunciaron por distintos Tribunales Federales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió en tesis jurisprudencial la improcedencia del Amparo contra el Ministerio Público, bien sea porque no ejercite la acción penal, o bien porque se desista de ella." (5).

La posición de la Corte parte de la base de que la ga--

rantía del Artículo 21 Constitucional lo es del acusado y no del ofendido; ello es, cuando establece el mandato nuestra Carta-Fundamental de que "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público" significa que únicamente el Ministerio Público podrá acusar, con exclusión de cualquier otro organismo o persona física. En estas condiciones y como a virtud del contenido del Artículo 17 Constitucional "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho", se encuentra el gobernado totalmente en manos del Estado; en efecto, de acuerdo con el pensamiento de la Corte, es al Ministerio Público a quien corresponde decidir, con exclusión de cualquier otra institución, si debe o no ejercitarse la acción penal; se entiende la garantía con un significado distinto al de un "deber" del Ministerio Público, y se le atribuye únicamente como un "estatuto a favor del acusado. Así entendido, hubo de concluir la Suprema Corte de Justicia que no se viola garantía alguna del ofendido por el hecho de que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal.

Incluso en las discusiones al respecto se ha llegado a sostener que ni siquiera se disminuye la expectativa del ofendido a virtud del no ejercicio de la acción penal, puesto que si

el acto que la afecta es de un carácter ilícito, tiene expedita la vía civil correspondiente para satisfacer su legítimo interés.

Por nuestra parte, consideramos que, siendo la institución del Ministerio Público un organismo creado por un ordenamiento constitucional, todas y cada una de sus actuaciones se encuentran regidas por el Principio de Legalidad, y al mismo Poder Legislativo le corresponde dictar las leyes necesarias con el objeto de regular debidamente el funcionamiento de dicho órgano, el cual deberá forzosamente de sujetarse a los lineamientos trazados por esas leyes o, de lo contrario, se verá sancionado por infringirlas.

B) LEYES ORGANICAS DEL MINISTERIO PUBLICO

Vamos a referirnos en este inciso a las Leyes Orgánicas del Ministerio Público del Fuero Común y del Fuero Federal.

Desde luego, es innecesario realizar un estudio exhaustivo de cada una de las disposiciones contenidas en dichos ordenamientos, en virtud de la brevedad del presente Capítulo, pero trataremos en forma sintética, una idea de los principios en los que se fundan sus materias afines y diferencias entre una y otra.

Primeramente hemos de decir, que a partir de la vigencia de la Constitución de 1917, y creada la institución del Ministerio Público dentro de su Artículo 21, e inspiradas también por lo dispuesto en los Artículos 73, fracción VI, base 5a., y 102, surgen las diferentes Leyes Orgánicas en los Estados de la República, las cuales adoptan en la estructura jurídica de sus ordenamientos, los principios consagrados en esas disposiciones constitucionales, y así, se hace depender, por regla general, al Ministerio Público, del Poder Ejecutivo; los Procuradores pasan a ser consejeros de ese Poder y además representan al Estado como entidad soberana; se le da también al Ministerio Público la facultad de investigar delitos, ejercitar la acción penal, cuidar la regularidad de los procesos con el objeto de que la justicia sea pronta y expedita, etc. etc.

Ahora bien, por lo anteriormente expuesto, desprendemos como primer punto de afinidad de las Leyes Orgánicas, una serie de disposiciones o conceptos establecidos previamente en la Constitución Política de la República, o sea, el punto de arranque de dichas leyes. Esto nos hace pensar en que no hay razón para la existencia de diversidad de criterios en la elaboración de dichas Leyes Orgánicas, pues si han recogido en su seno lo sustancial de los principios constitucionales, también deben de tratar

de coincidir en sus demás partes, dado que las funciones - desempeñadas por el Ministerio Público, nunca dejase de ser las de un órgano estatal.

Vamos a referirnos a los puntos de afinidad y diferencia más importantes de los contenidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales, lo cual nos servirá como base para facilitar el estudio que pretendemos realizar, por ser uno de los ordenamientos más completos.

LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. - Esta Ley está integrada por ocho Títulos los cuales comprenden las siguientes materias: - Facultades y Obligaciones; en éstas se incluyen el ejercicio de la acción penal, exigir la reparación del daño, interposición de recursos, investigación de delitos de su competencia, recibir manifestaciones de bienes, auxiliar al Ministerio Público Federal, etc. (Artículo 1o.). Personal; integrado de acuerdo con el Artículo 3o., por un Procurador General de Justicia; Dos Sub-Procuradores, Primero y Segundo; Director y Sub-Director de Investigaciones; Director y Sub-Director de la Policía Judicial; Jefe del Departamento Consultivo; Director

del Departamento de Servicios Periciales; Jefe de la Oficina de Manifestación de Bienes; Jefe del Departamento Administrativo; Dos Agentes Auxiliares para los Territorios Federales; Los Agentes Auxiliares del Procurador que determine el presupuesto; el número de Agentes Investigadores del Ministerio Público indispensables adscritos al Sector Central de Investigaciones, a la Jefatura de Policía, a las Delegaciones de Policía y a los Hospitales de las Cruces Verde y Roja; los Agentes del Ministerio Público adscritos a los Tribunales Civiles y Penales; los Agentes del Ministerio Público adscritos a los Tribunales Civiles y Penales de los Territorios de Baja California de Quintana Roo y de las Islas Marías; los Jefes de Oficina y demás Personal que señale el presupuesto y el Personal de la Policía Judicial. Se establece en la parte final del Artículo 3o. que el personal adscrito a la Dirección de Investigaciones, "por la naturaleza de sus funciones, forma parte de la Policía Judicial".

El Capítulo III se refiere a nombramientos, remociones y suplencias, estableciéndose en el Artículo 4o. la designación del Procurador General de Justicia, a cargo del Presidente de la República. El personal restante es removido y nombrado libremente por el Procurador, excepto los Sub-Procuradores, -

los cuales son nombrados con aprobación del Presidente de la República.

El Capítulo IV, establece las vacaciones y licencias del personal de la institución.

El Capítulo V se refiere a las excusas e incompatibilidades, estableciéndose como nota importante en el Artículo 14 la no recusación de los agentes del Ministerio Público, pero su excusa se acepta cuando exista alguna de las causas que motivan la excusa de los Jueces. El Presidente de la República califica las excusas del Procurador y éstas de los funcionarios del Ministerio Público (Artículo 15). En el mismo Capítulo se incluye la incompatibilidad para desempeñar otros cargos, excepto los puestos de carácter docente y la facultad del Procurador para autorizar el desempeño de otro cargo que no sea incompatible (Artículo 16).

El Título Segundo incluye las Facultades y Obligaciones de los Funcionarios del Ministerio Público. En su Capítulo I, el Artículo 17 dispone cuáles son las facultades y obligaciones del Procurador General. El Capítulo II, Artículo 18 se refiere a las funciones de los Sub-Procuradores. Por su parte el -- Capítulo III establece las facultades y obligaciones de los agentes auxiliares, entre las cuales se encuentra el hecho de estar

facultado para dictaminar en los asuntos en que el Procurador deba decidir sobre procedencia del desistimiento de la acción penal, sobre la formulación de conclusiones de no acusación - y sobre la falta de elementos para ejercitar la acción penal. - En el Capítulo IV de este Título se incluyen las facultades y - obligaciones de los agentes adscritos a los Tribunales del or - den penal, mismas que regulan completamente la intervención - de dichos representantes sociales, por cuanto a la actividad - que desarrollan dentro de los juzgados de su adscripción, así - como también se incluyen, entre otras obligaciones, el acudir o concurrir a las visitas de cárceles que practiquen esos Tribu - nales, rendir al Procurador informes mensuales de los asun - tos en que intervengan y poner en su conocimiento las irregula - ridades por ellos advertidas.

El Título Tercero reglamenta en su Capítulo único el fun - cionamiento de la Dirección General de Investigación, y la in -- tegra con una Dirección General, una Sub-Dirección General, -- Sector General de Investigaciones, Agencia Investigadora del -- Ministerio Público Foráneas, Oficina de Revisores, Oficina de - Consignaciones (Artículo 24). Como facultades de la Dirección - General de Investigaciones, se establecen: practicar averigua - ciones previas y ejercitar acción penal, someter al Procurador-

los casos de no ejercicio de la acción penal, turnar los exhortos y causas por incompetencia, excusas e impedimentos que reciba el Ministerio Público (Artículo 25).

El Título Cuarto reglamenta en su Capítulo único, las funciones del Departamento Consultivo.

El Título Quinto se refiere al Departamento de Servicios Periciales, compuesto de las siguientes secciones: 1. - Laboratorio de Criminalística y Casillero Judicial, Dactiloscópico y Descriptivo; 2. - Psicometría; 3. - Bioquímica; 4. - Ingeniería; 5. - Documentología; 6. - Idiomas; 7. - Balística; 8. - Valuación; 9. - Mecánica y Electricidad; 10. - Incendio; 11. - Tránsito de Vehículos; 12. - Médico Forense en el Sector Central y Agencias Investigadoras, y 13. - de las demás que sean necesarias (Artículo 30). Estos servicios, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 31, se prestan, a pedimento de las autoridades judiciales penales del Distrito y Territorios Federales y del Ministerio Público en esta jurisdicción, así como también de la Policía Judicial del Distrito y Territorios Federales.

El Título Sexto reglamenta en su Capítulo único Artículo 32 el funcionamiento de su Departamento de Manifestaciones de Bienes de los empleados y funcionarios de los Territorios Federales y Distrito Federal.

El Título Séptimo se refiere a la Policía Judicial integrada por: Una Dirección, Una Sub-Dirección, Un Departamento Administrativo, Un Departamento de Investigaciones de Emergencia, Guardia de Agentes, Escuela Técnica de la Policía y además, se establece que contará con Dos Comandantes y Jefes de Grupo, Agentes y Personal Administrativo - que determine el presupuesto (Artículo 33). El Ministerio Público según lo dispuesto por el Artículo 34, tiene a su disposición a la Policía Judicial, y además las policías restantes son auxiliares de la Judicial y deberán acatar órdenes que ésta dera en el ejercicio de sus funciones. Se establece, además, en dicho Capítulo, la función desarrollada por la Policía Judicial como auxiliar del Ministerio Público del Orden Común, facultándosele para investigar los hechos delictuosos de que tenga conocimiento, buscar pruebas de la existencia de los delitos, citar y presentar personas para la práctica de diligencias, ejecutar órdenes de aprehensión y de cateo, cuando la autoridad judicial lo determine (Artículo 37). Además la Policía Judicial ejercerá sus funciones o atribuciones, de acuerdo con las órdenes expresas del Ministerio Público excepto en los casos de urgencia, en que actuará desde luego dándole cuenta inmediata al funcionario del Ministerio Público que corresponda (Artículo-

38).

El Título Octavo contiene disposiciones generales, entre ellas, la imposición de correcciones disciplinarias (Artículo 39). En el Artículo 40, se establece la regla que debe de seguirse cuando se soliciten instrucciones del Procurador, las cuales deben de hacerse por conducto del superior inmediato y al efecto, deberán exponer el caso y emitir la opinión que sobre él tengan (Artículo 40). En cambio el Artículo 42 dispone: "Los Agentes del Ministerio Público, en ningún estado del proceso, podrán variar o modificar la acción penal que se hubiere intentado, sin previa autorización del Procurador General". Se establece además, la obligación de fundar y motivar legalmente las resoluciones y pedimentos del Ministerio Público (Artículo 41).

C) CONTROL DEL MINISTERIO PUBLICO

La Acción Penal corresponde al Estado, quien generalmente la ejercita utilizando órganos especiales que pueden ser según Florian, inmediatos o mediatos. Son inmediatos de acuerdo con dicho autor, aquéllos que están legalizados con el Estado por su calidad de funcionarios y son mediatos los particulares legalmente autorizados para ejercitar la acción penal en interés y nombre del

Estado. (6).

Por imperativo constitucional no existen en México órganos mediatos de la Acción Penal; El Ministerio Público es su titular, y dada la calidad de funcionarios poseída por sus miembros, debe considerársele como un órgano inmediato del Estado.

Indica Florian (7) que, según los datos del Derecho -- Comparado la Acción Penal se ejercita de acuerdo con dos - procedimientos: 1o. Como en el caso nuestro y en la mayoría de las naciones, mediante un órgano creado exprofeso, llamado Ministerio Público, que se encuentre bajo el mando de un - funcionario denominado Procurador de la República, Procurador Fiscal, o Procurador o Fiscal del Rey, según la forma de gobierno adoptada por el país de que se trate y 2o. mediante la actividad espontánea de los ciudadanos, como se acostumbró en Roma, y como actualmente sucede en Inglaterra.

El primer sistema constituye un monopolio de la acción penal por parte del Estado y el segundo representa un monopolio de la misma acción por parte de los ciudadanos. Sin embargo, éstos monopolios no son absolutos, pues donde impera el del Estado se acepta, en algunos casos, el concurso de agrupaciones o individuos particulares y donde rige el monopolio de los ciudada-

nos interviene, a veces un funcionario especial.

Siguiendo nuestro Código Penal éste concede acción popular para perseguir los delitos denominados genéricamente -- Abuso de Autoridad; tal se desprende del contenido del párrafo-último del Artículo 214 del Código Penal. Por otra parte, en los términos del Artículo 111 Constitucional, párrafo 4o. "se concede acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos comunes u oficiales de los altos funcionarios de la Federación"; en tales condiciones resulta, que de acuerdo con el régimen que establece la Ley Fundamental, la exclusividad de -- que trata el Artículo 21 Constitucional lo es tan solo cuando se -- trate de un particular, porque si el posible acusado es un alto -- funcionario, entonces se acoge la Constitución al principio acusatorio. Sin embargo, no tengo conocimiento de que en alguna -- ocasión se haya ejercitado por los particulares la acción penal, -- pues siempre en tales casos, se ha seguido el común procedi --- miento de denuncia. Por otra parte siendo el Ministerio Público el único capacitado para ejercitar la acción penal, de acuerdo con la interpretación del Artículo 21 Constitucional, que ha hecho la -- Suprema Corte de Justicia de la Nación, la acción penal popular-reconocida por el Código no puede practicarse, pues resulta contraria a nuestra Carta Fundamental.

Cuando el Estado tiene el monopolio de la acción penal, confiándola al Ministerio Público, puede suceder que éste se niegue en determinado caso a ejercitarla no obstante la presencia de los presupuestos generales de la acción (delito y delincuente), y a pesar de que se hayan satisfecho las condiciones de procedibilidad, cuando son necesarias, o en caso contrario, - que se niegue a cumplir su misión a pesar de haberse denunciado un delito perseguible de oficio, y existir méritos bastantes para proceder. ¿Qué puede hacerse en semejante caso? - Todo monopolio conduce al abuso o precisa por lo mismo contra restarlo. Tratándose de monopolios mercantiles particulares - el Estado interviene y los desbarata; pero tratándose del monopolio de la acción penal en manos del propio Estado, cuando por medio del órgano correspondiente se niega a actuar escudado en su onnipotencia, ¿Cómo se puede proceder? ¿Cómo contra restar el abuso del Ministerio Público que no quiere intentar la acción puesta en sus manos fundado precisamente en que es el único capacitado para ejercitarla?

Tal situación terriblemente peligrosa, han procurado resolverla teóricos y legisladores, encontrando un medio o forma para controlar el ejercicio de la acción penal, confiado exclusivamente al Ministerio Público.

En México el juicio de amparo llenaría tan importante función si no fuera porque la Suprema Corte de Justicia, ha interpretado el Artículo 21 Constitucional en el sentido de que la resolución del Ministerio Público, negándose a ejercitar la acción penal, no viola garantías individuales.

Este criterio de la Corte ha sido muy debatido. En principio puede afirmarse que la mayoría de los tratadistas mexicanos están de acuerdo en que la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal ha hipertrofiado el alcance del Artículo 21 de la Constitución General de la República. En este sentido es claro Manuel Rivera Silva. Por su parte Juan José González Bustamante en su obra "El Derecho Mexicano Penal" se muestra también inconforme con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, criterio que, repito permite al Ministerio Público, sin restricción alguna, no solo abstenerse de ejercitar la acción penal, aún cuando se haya cometido algún delito por persona determinada, sino que también facilita el que se desista a su arbitrio del ejercicio de dicha acción cuando fue intentada. González Bustamante dice lo siguiente: "Ni aún en los casos expresamente determinados en la ley procesal, es aceptable que el Ministerio Público pueda desistirse de la acción penal. Su naturaleza jurídica y la necesidad de obtener la declaración del órgano jurisdiccional-

que decida sobre las cuestiones planteadas, es ineludible. De otra manera dejamos en el desamparo el interés social, si como sucede en México, no existe un órgano de control que aprecie serenamente la acción penal del Ministerio Público. El objeto procesal debe ser, obtener una declaración de los tribunales a quienes compete de un modo absoluto la decisión de las controversias judiciales en el orden penal". (8). El problema, en consecuencia, está en pie. El abuso del órgano de la acción penal, en nosotros, es factible, y por desgracia, en no pocos casos se ha manifestado como una realidad. De aquí se sigue la necesidad como antes decía, de encontrar una forma de control externo que bien pueda ser, entre tanto, una reforma legal bien meditada se lleva a cabo, modificar la jurisprudencia de la Suprema Corte estableciendo una nueva que reconozca la procedencia del juicio de amparo contra actos del Ministerio Público.

Antes de la Reforma actualmente en vigor, existía como medio de control, ocurrir en queja ante el superior jerárquico de dicho funcionario, con el objeto de que revisara el acto de éste. Así se creyó poder controlar el ejercicio de la acción penal por el mismo órgano que la tiene en sus manos.

Como acabo de indicar, este sistema imperaba en México, donde funcionó de manera un tanto imperfecta, pues sólo se rea -

lizaba tratándose de resoluciones del Departamento de Investigaciones que ordenaba el archivo de un asunto; pero no existía contra actos de los agentes adscritos a los juzgados y cortes penales, en forma tal que pudiera hablarse de un verdadero control.(9).

Las medidas de control externo, que requieren estudio más profundo, por cuanto obligan a modificar nuestra legislación, deben en mi opinión, investigarse en relación a la intervención de la jurisdicción, como se establece en algunas legislaciones extranjeras, en Italia por ejemplo, aunque la investigación de ésta puede ser conveniente, sobre todo en lo que se refiere al problema de la clasificación de los delitos, que, una jurisprudencia equivocada obliga a seguir de acuerdo con las conclusiones del Ministerio Público, cuando tal clasificación debería ser facultad de los Jueces, siempre que los hechos no se modificaran por el juzgador. Ciertamente con poder benevolente, calificado de proteccionista a favor del acusado, a llevado a la Suprema Corte a mantener lo que puede considerarse como una exageración, como se mantiene actualmente el punto de vista de que al concretar el Ministerio Público en su pliego acusatorio la materia de su acusación, la calificación que haga de los hechos ata ineludiblemente al Juez, -

en cada subsunción que haga de la conducta dentro de un tipo determinado; resulta en consecuencia que si el Ministerio Público acusa por un tipo distinto al que estima el Juez, el -- órgano jurisdiccional está fatalmente obligado a dictar abso - lución, no obstante que ambas figuras tengan el mismo núcle. Esta posición resulta en cierta forma contradictoria con las facultades que tiene el Juez en lo referente a observar el - pliego de conclusiones , pues en dicho momento procesal pue - de ocurrir al superior jerárquico del agente que las formula y señalar los defectos que el pliego contenga, excitando en - cierta forma a la institución del Ministerio Público para que corrija su yerro, resulta que semejante facultad va más allá de lo que en buena técnica debe ser la función jurisdiccional, y sin embargo, cuando no ha hecho observación alguna y en el momento procesal de la sentencia encuentra que hay delito, - está obligado a dictar absolución.

En los momentos en que esto se escribe hay en la Pri - mera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una tendencia minoritaria (Ministros Rebolledo y Guitrón) estimando que debe terminarse con la jurisprudencia actual y que la - invocación de un tipo determinado no ata al Juez, y que basta , siguiendo el mismo principio romano, que el Ministerio Públi-

co se refiera a hechos para que el Juez decida el derecho.

En cuanto a los medios de control interno establecidos -- por la Ley, deben ser objeto en la práctica de una mayor aten-- ción y perfeccionamiento.

Desde luego, de acuerdo con nuestro procedimiento penal, el Ministerio Público no puede formular acusaciones inacu - satorias sin la intervención previa del Procurador; no es da - ble al Ministerio Público, en la práctica, pedir la aplicación del - Artículo 36 del Código de Procedimientos Penales, sin oír la - opinión de los auxiliares del Procurador , y cuando sus conclu - siones no se ajusten a las constancias del proceso o son con -- tradictorias , el Juez de la causa está obligado a señalar es - tos hechos al Procurador para que se tomen las medidas per - tinentes , a efecto de que se modifiquen o confirmen ; medidas - todas ellas de control , señaladas en la ley, que consideramos - pertinentes y de gran utilidad en la práctica , para limitar el - poder del Ministerio Público.

Pero existen además , otras medidas de control interno - sobre las que quiero insistir , puesto que se refieren concreta - mente a la actuación del Ministerio Público durante el período -- de investigación.

Dada la organización de la Procuraduría, investigada -

la denuncia o la querrela presentada, pueden darse las siguientes situaciones:

- 1o. Archivar el expediente, porque los hechos denunciados no se probaron o no son delito,
- 2o. Reservar la averiguación con objeto de allegarse mayores pruebas bien sea para acreditar el hecho denunciado o la presunta responsabilidad del inculgado, y
- 3o. Consignar, con pedimento de orden de aprehensión la - averiguación o para los efectos del Artículo 4o. del Código de Procedimientos Penales.

Desde luego, en cuanto a la organización interna de la Procuraduría, soy de opinión que debe concederse la mayor - autonomía a los investigadores, y hacerlos responsables de - las resoluciones que adopten, bien sea ordenando el archivo o la consignación del expediente; sin embargo, es de tal manera importante el ejercicio de la acción penal, que no es posible - que las resoluciones que tomen los Jefes de Mesa, no sean objeto de medidas de control; la abstención del ejercicio de la - acción penal o del ejercicio de ésta, revisten tal importancia - y trascendencia, que sería antijurídico y absurdo no adoptar - medidas para hacer efectivo este control.

Cierto que el Procurador debe abstenerse, en lo posi -

ble, de intervenir personalmente en las averiguaciones o dar - -
instrucciones a los Jefes de Mesa para actuar de determinado -
sentido, pues ello debilita su posición y lo hace fácil blanco de -
las críticas de la opinión; pero de esto a una absoluta indiferen -
cia en su actuación, hay una gran diferencia.

En la Ley Orgánica anterior, las facultades del Procurado
dor eran menos amplias que las facultades que actualmente se -
le conceden; sin embargo, es esencial que intervenga en la ave-
riguación de los delitos sólo que a través de los órganos crea -
dos por la Ley Orgánica del Ministerio Público, para el efecti-
vo control de la acción penal.

En la ley anterior, cuando se dictaba una resolución de
archivo se notificaba a las partes para que, dentro del término
de quince días, interpusieran un recurso, a efecto de que se revis
ara dicha resolución por los auxiliares, y el Procurador, -
con vista en la opinión de éstos, confirmara o modificara tal -
resolución de archivo.

De acuerdo con la actual Ley Orgánica del Ministerio -
Público, y creo que es meritoria esta Reforma, la Dirección -
General de Investigaciones debe someter al Procurador los ca-
sos de no ejercicio de la acción penal, y éste debe oír a los au-
xiliares para dictar la resolución correspondiente.

En consecuencia, la función de los auxiliares ha adquirido una mayor relevancia, ya que deben revisar de oficio, todas las resoluciones de no ejercicio de la acción penal; desde el -- punto de vista práctico, es de gran importancia que el cuerpo de auxiliares sea lo más selecto, numeroso y competente que se requiera, para que pueda cumplir sus funciones y estar en condi - ciones de proponer la revisión o confirmación de las resolucio - nes de los Jefes de Mesa, en el sentido de que no es procedente el ejercicio de la acción penal.

Una de las mayores preocupaciones de los litigantes y - de los tratadistas, es precisamente esa facultad del Ministerio Público, para abstenerse de ejercitar la acción penal; las discu - siones más acres y violentas que han surgido en la Suprema - - Corte de Justicia de la Nación, sobre las facultades del Minis - terio Público, han girado precisamente, sobre el no ejercicio - de la acción penal, a grado tal, que se ha apuntado una tenden - cia para conceder el amparo en contra del Ministerio Público - cuando éste no ejercite la acción penal, no obstante que, hasta ahora, la jurisprudencia firme es, en el sentido de que no pro - cede el amparo por este motivo.

Hace ya algunos años los Ministros Teófilo Olea Leyva, Luis Chico Goerne y Fernando de la Fuente, propugnaron, so -

bre todo este último, por que se reconociera la acción de amparo al ofendido por un delito, pero no pudo reformarse la jurisprudencia porque no se reunió la mayoría de cuatro votos indispensables que requería la Ley de Amparo, además de que los motivos que tenía el Ministro de la Fuente para operar en esa forma eran distintos a los que señalaban los otros dos.

Es conveniente, entonces, que si éste es uno de los puntos más delicados, en relación a las funciones del Ministerio Público, en bien de la sociedad y de la institución, el no ejercicio de la acción penal esté debidamente fundado para no crear una sensación de incertidumbre o de impotencia, en aquéllos que han denunciado un hecho que consideran delictuoso y que puede afectar a sus intereses.

Por contra, es también de una gran importancia que se controle en forma debida, el ejercicio de la acción penal, pues en muchas ocasiones sirve sólo, sobre todo en delitos patrimoniales, para presionar a las personas, a efecto de que lleguen a un arreglo económico y en otras ocasiones, la consignación se hace de tal manera defectuosa, que se ven obligados los jueces a dictar autos de soltura.

En delitos tan serios, tan técnicos, tan complicados, como son los delitos patrimoniales, siguen haciéndose las con

signaciones en machotes, y con frecuencia se olvidan los detalles importantes para la investigación, e inclusive se omiten requisitos de forma o se olvidan firmas que pueden dar lugar a escandalosas absoluciones.

En el ejercicio de la acción penal, es tan importante cuidar que no se haga una consignación indebida por cuanto afecta el honor y dignidad de las personas, como el procurar que la consignación, en caso de que proceda, se haga con todo cuidado, en beneficio de la sociedad; opinamos que así como debe empeñarse la administración en que el Departamento de Auxiliares se integre por elementos capaces y debidamente remunerados, el Departamento de Consignaciones debe contar igualmente con un grupo de abogados que cuide que las consignaciones que se hagan sean procedentes, y que, de serlo, estén debidamente fundadas e integradas.

Es frecuente que al hacerse la consignación falten firmas, requisitos de forma y lo más grave, requisitos de fondo; los jueces se quejan de las deficiencias en las consignaciones, y mi experiencia señala la necesidad de cuidar en forma especialísima, el ejercicio de la acción penal.

Podríamos también sugerir, que dentro de este grupo de abogados que van a revisar las consignaciones, algunos ten-

gan especiales conocimientos en materia civil, pues tales conocimientos son indispensables, tratándose, sobre todo, de los delitos patrimoniales, pues aún cuando el Derecho Penal es un Derecho objetivo, reenvía a ciertos fenómenos jurídicos, como la posesión, la propiedad, etc., y los conocimientos en materia civil sirven para evitar muchas equivocaciones y muchas injusticias.

Una medida más de control debe establecerse por lo que se refiere a las resoluciones de reserva, que pueden dar lugar a abstenciones mal intencionadas en la investigación de los delitos; valdría la pena que existiera también un grupo de abogados a quienes se encargara impulsar la investigación, cuando se ha dictado una resolución de archivo provisional, pues ésta se dicta muchas veces porque no existen pruebas, porque la Policía Judicial no investiga, porque los testigos no se presentan, etc., y esto da lugar, con el tiempo, a una ineficaz actividad del Ministerio Público y a la falta de cumplimiento al imperativo constitucional que tiene de investigar los delitos.

Claro está que estas resoluciones marchan parejo con la inactividad de la Policía Judicial, en donde se acumulan por millares las órdenes de investigación y de presentación.

Creo que con estas medidas de control que he señalado,

se puede dar mayor flexibilidad al Ministerio Público pues, in -
sisto, en la investigación debe darse la más amplia libertad a -
los Jefes de Mesa, para actuar conforme a su criterio y no so--
metidos a las presiones de sus superiores. Si cometen delito, -
al favorecer indebidamente a una de las partes, su conducta cae
dentro de la Ley de Responsabilidades, si se equivocan y la - -
equivocación en materia penal es muy grande, siempre existen-
órganos superiores que pueden revisar sus resoluciones, sin --
que por ello se reste agilidad a la institución.

CITAS

C A P I T U L O I V

1. - "Diario de Debates del Constituyente", México, 1917, T. I,
pag. 264.
2. - "Diario de Debates del Constituyente", México, 1917, T. II,
pag. 9.
3. - "Diario de Debates del Constituyente", México, 1917, T. II, -
pag. 11.
4. - "Diario de Debates del Constituyente", México, 1917, T. I,
pags. 36 y 237.
5. - "El Artículo 21 Constitucional", Diario Exelsior, Editorial
de 14 de marzo de 1963.
6. - Florián Eugenio, "Elementos de Derecho Procesal Penal"
Editorial BOsh, Barcelona, 1931.
7. - Florián Eugenio, "Elementos de Derecho Procesal Penal"
Editorial Bosch, Barcelona, 1931.
8. - González Bustamante Juan José, "Principios de Derecho -
Procesal Penal Mexicano", 3a. Edición, Editorial Botas, -
México, 1959.
9. - Franco Sodi Carlos, "El Procedimiento Penal Mexicano",
4a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1957, pag. 63 y ss.

C A P I T U L O V

ORGANIZACION Y CONTROL DE LA POLICIA JUDICIAL

ORGANIZACION. - La Policía Judicial del Distrito y Territorios Federales según el Artículo 33 de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales se compone de: Una Dirección; una Sub-Dirección; un Departamento Administrativo; un Departamento de Investigaciones de Emergencia; Guardia de Agentes y Escuela Técnica de la Policía. Consta además de dos Comandantes y de los Jefes de Grupo, Agentes y Personal Administrativo que determine el presupuesto.

También es pertinente señalar que las policías preventivas las de tránsito y cualquier otra del Distrito y Territorios Federales son auxiliares de la Policía Judicial al tener de la Ley Orgánica en cita.

En el Artículo 35 de la mencionada Ley se establecen los requisitos que deben reunir los Agentes de la Policía Judicial: ser mexicano por nacimiento; haber cursado estudios primarios; acreditar que ha observado buena conducta; y no haber sido sen- ciado como responsable de hechos delictuosos.

La Policía Judicial del Distrito y Territorios Federales como órgano auxiliar que es del Ministerio Público del orden

común, tiene a su cargo según se establece en el Artículo 37 las siguientes funciones: Investigar los hechos delictuosos -- de que tenga conocimiento, ya sea, acatando instrucciones -- del Ministerio Público, o bien mediante denuncias o querellas que directamente se le presente; buscar las pruebas de la -- existencia de los delitos y las que tiendan a determinar la -- responsabilidad de quienes en ellos participen; citar y pre -- sentar personas para práctica de diligencias; ejecutar órde -- nes de aprehensión y las de cateo cuando la autoridad judi -- cial lo determine; cumplir las instrucciones que reciban de -- sus superiores.

En el Artículo 38 de la Ley Orgánica citada se estable -- ce en forma precisa que la Policía Judicial ejercitará sus -- atribuciones cumpliendo órdenes expresas de los funciona -- rios del Ministerio Público exceptuando el caso de urgencia en -- que desde luego puede actuar de mutuo propio dando cuenta in -- mediatamente al funcionario del Ministerio Público que corres -- ponda y asimismo a su superior.

En cuanto a la Ley Orgánica del Ministerio Público Fe -- deral en el Título Octavo Capítulo 1o. del mencionado ordena -- miento se establece en el Artículo 35 las atribuciones de la Po -- licía Judicial Federal a saber: I.- Recibir en los casos a que

se refiere el Artículo 2o. de esta Ley, o por acuerdo superior, las denuncias, acusaciones y querellas sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, y practicar las diligencias urgentes, que el caso amerite, debiendo dar cuenta inmediata al funcionario del Ministerio Público Federal de la jurisdicción, para que acuerde lo conducente; II. - Practicar en -- auxilio de las labores del Ministerio Público Federal, las diligencias que específicamente le encomiende; III. - Investigar - por orden del Ministerio Público Federal, hechos delictuosos que le hayan sido denunciados; IV. - Buscar, por orden del Ministerio Público Federal, las pruebas de la existencia de los delitos y las que conduzcan a determinar quiénes son los responsables; V. - Cumplir las citas y presentaciones que le ordene el Ministerio Público Federal; VI. - Ejecutar las aprehensiones y cateos que ordene la Autoridad Judicial; y VII. - Cumplir las órdenes que le sean giradas por sus superiores.

En el Artículo 37 de la Ley en cita se establece que las órdenes que reciba la Policía Judicial Federal en cualquier lugar de la República se darán por el Procurador, los Sub-Procuradores, el Director General de Averiguaciones Previas, el Director Jurídico y Consultivo y el Jefe de Nacionalización de Bienes, de acuerdo con sus atribuciones. En el mismo Artículo, se aclara que en el -

Distrito Federal podrá recibir estas órdenes también del Ministerio Público Federal adscritos a la Oficina Central de Averiguaciones Previas y del Agente del Ministerio Público de guardia, en relación con los asuntos que tramitan.

El Artículo 38 se refiere a la organización de la Policía Judicial Federal que se compone: de una Jefatura; una Subjefatura; Comandancia y el número de Agentes que le señale el presupuesto; Guardia de Agentes; Sección de Trámite y Control; y Oficina de Antecedentes Policíacos y de Identificación.

En el Artículo 39 del mencionado ordenamiento se encuentran los requisitos para ser Agente que son los mismos que se requieren para ser Agente de la Policía Judicial del Distrito y enumerados ya arriba.

CONTROL. - Hemos mencionado a la Policía Judicial, y con anterioridad la hemos definido, como el cuerpo de policía, que bajo la dependencia del Ministerio Público, tiene como función la de investigar los delitos.

Un eficaz ejercicio de la acción penal, por el acopio de indicio, presunciones o pruebas, que permitan el cumplimiento de la función del Ministerio Público al través del proceso penal o sea, obtener la aplicación de la exigencia punitiva del Estado, se debe en gran parte a la actividad que en la inves-

tigación de los delitos desarrolle la Policía Judicial; pero - ésta carece de medios para cumplir su función y además trabaja en absurda competencia con otras policías que en abierta pugna con las disposiciones constitucionales se atribuyen la función de investigar los delitos.

En convenciones, congresos, asambleas, etc., de juristas, funcionarios judiciales, y aún de policía, desde hace años se viene insistiendo en la unificación de las diferentes policías federales en un sólo cuerpo, bajo la dirección del Procurador - General, y en la desaparición del Servicio Secreto, por lo que - se refiere al Ministerio Público del Distrito Federal, pero a - pesar de tanta insistencia, de los graves errores atribuidos a esa desorganización policíaca, a las comprobadas inmoralidades del Servicio Secreto y de las otras policías que padecemos, existe una extraña resistencia del poder público para la organización policíaca; en este trabajo unimos nuestra voz a las - propuestas anteriores, para insistir en la necesidad de reorganizar la policía e insistimos en la urgente necesidad de que - desaparezca el Servicio Secreto, para que podamos contar con una eficiente policía judicial.

En primer lugar, ésta es notoriamente insuficiente. Las investigaciones por realizar se suman por millares y en cuanto-

a las órdenes de aprehensión quedan también millares sin ejecutar; como medida de control para la actividad de los Agentes de la Policía Judicial se ha señalado un número determinado de órdenes a cumplir cada mes , resultando que se cumplen las órdenes fáciles y las difíciles se archivan.

Un delito de amenazas, injurias, un accidente de tránsito, en que haya intervenido una persona conocida, etc., permiten con más facilidad detener al inculpado y no así en delitos de importancia en los que el delincuente se oculta y ofrece serias resistencias para su detención.

En el record del Agente cuenta lo mismo una orden de aprehensión por un delito trivial que la aprehensión de un peli-groso delincuente.

Esta situación la considero absurda, y es producto del es caso personal con que se cuenta.

Creo también, que sería extraordinariamente útil que un grupo de agentes de la Policía Judicial auxiliara a los agentes-adsritos a las Cortes Penales, para que éstos estuvieran en condiciones de presentar pruebas a los Jueces del proceso.

Pero no existe Policía Judicial; sin embargo, me consta que por lo menos en más de dos ocasiones, se ha tratado de que el numeroso personal del Servicio Secreto desaparezca, para que el presupuesto respectivo, se pase a la Procuraduría.

Los Procuradores han tenido miedo a este problema, y creo que, constitucionalmente, no debe existir el Servicio Secreto, sino sólo Policía Judicial, y que el presupuesto de la primera debe pasar a la segunda.

CRITICA AL FUNCIONAMIENTO DE LAS PROCURADORIAS. - Finalmente nos permitimos hacer mención en este Capítulo a algunos de los defectos que en la práctica hemos encontrado en el funcionamiento de las Procuradurías, en especial en la del Distrito Federal:

Presupuesto. - A propósito de presupuesto, no podrá funcionar la Procuraduría del Distrito en forma efectiva, si no se le dota de un presupuesto propio y suficiente para poder atender sus necesidades.

Peritos. - El problema de los peritos es otro grave problema, y vale la pena que las nuevas autoridades presten toda su atención, para que el cuerpo de Peritos de la Procuraduría, esté bien pagado y cuente con el personal indispensable.

No sabríamos qué sugerir respecto a los Peritos de Tránsito, pero es indispensable que este problema se estudie de una manera especial, pues una de las fuentes de corrupción de la Procuraduría, más grave, más seria, es precisamente aquélla que tiene relación con los accidentes de tránsito.

Se han sugerido algunas medidas convenientes, para dar un trato especial a quienes cometen los delitos culposos, en las Delegaciones y creo que ello es conveniente; también debe estudiarse la intervención de gestores, agentes de compañías de seguro, etc., que prostituyen la acción de la Justicia, la dificultan y obligan a los que cometen accidentes de tránsito a procurar huir lo más rápido posible antes de ir a las Delegaciones.

Hemos pensado desde hace mucho tiempo, en el problema del seguro obligatorio de los automovilistas; existen proyectos y quizá ésta y otras medidas podrían facilitar la resolución de este gravísimo problema. A este respecto cabe manifestar que en los términos del Artículo 31 del Código Penal, el Ejecutivo Federal deberá reglamentar "sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial la reparación" del daño en los delitos culpables entre los que se comprenden la mayoría de los que se ejecutan con motivo del tránsito de vehículos. El 29 de agosto de 1934 se promulgó el decreto correspondiente, pero antes de dos meses, un nuevo decreto de fecha 27 de octubre del mismo año dejó sin efecto al anterior.

Estrechez Económica. - Como resumen de lo expuesto con anterioridad, podemos señalar que muchas de las fallas del Ministerio Público se deben a la miseria presupuestal y al abandono - en que se ha tenido a esta institución.

La carencia de laboratorio de investigación, de Policía Judicial, de transportes, de sueldos decorosos para tener un personal eficiente, sólo puede remediarse a través del presupuesto; - si n embargo, otras deficiencias tienen su origen en la duplicidad de funciones, que no se explican en un país pobre como el nuestro, que debe cuidar sus gastos con especial esmero.

Es absurda la coexistencia del Ministerio Público y los Juzgados Calificadores, ya que la función de éstos últimos puede ser realizada por el Ministerio Público, como es absurda la coexistencia del Servicio Secreto y la Policía Judicial, con la consiguiente duplicidad y aún rivalidad de la investigación de los delitos.

Además y tratándose de laboratorio de investigación criminal, en vez de que exista uno solo, debidamente dotado, por lo menos se cuenta con el de la Jefatura y el de la Procuraduría, ambos con raquíto presupuesto y escasos medios de investigación.

Proponemos en consecuencia, que se gestione la suspensión de todos los servicios, hasta hoy duplicados, para aumentar el presupuesto de la Procuraduría y propugnar porque se mejoren las -

**condiciones económicas de los agentes del Ministerio Público,
en bien de la colectividad.**

C A P I T U L O VI

EL PROCEDIMIENTO PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El primer tema que se presenta al iniciarse el estudio del proceso es el de su definición, la que se puede formular en los siguientes términos: "Es el conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos - jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por - el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea". (1).

Todo proceso tiene como esqueleto tres funciones que -- son: la acusación, la defensa, y la decisión. Estas funciones, a través de los diferentes sistemas procesales, adquieren expresiones propias, que, en términos generales, son las siguientes:-- oral o escrita, con publicidad popular, con publicidad mediata y - con publicidad para las partes o secreta. Se dice que el proceso es oral "cuando se desarrolla preponderantemente a través de la palabra hablada" (Florian), presentándose la inmediatez revelada en el contacto directo entre las partes, los terceros y el juez; es escrito, cuando la escritura es el medio que utilizan las partes para intervenir en el proceso. El proceso es público popular, cuando se desenvuelve ante la mirada de todos; es públi-

co mediato, cuando pueden estar presentes en los actos que - informan el proceso, cierto grupo de personas, por ejemplo, - magistrados, abogados notables, etc. ; el proceso es público- para las partes, cuando únicamente éstas pueden estar pre -- sentes en la diligencia y, es secreto, cuando, además del -- Juez y el Secretario, sólo está presente la persona que deba - desahogar la diligencia. (2) .

A) LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES

La acusación, defensa y decisión pueden revestir en el-- proceso diferentes formas, constituyendo los sistemas de enjuiciamiento que deben distinguirse de los órdenes procesales. Los últimos son productos históricos, es decir, lineamientos que aluden a la legislación de un pueblo en una época determinada y los sistemas de enjuiciamiento no son patrimonio de una legislación-determinada, son productos de principios extraídos de manifes - taciones históricas.

La tradición señala tres sistemas de enjuiciamiento que - son:

- I. - El sistema acusatorio.
- II. - El sistema inquisitivo.
- III. - El sistema mixto.

Los Dos Sistemas Clásicos: Acusatorio e Inquisitivo. - La organización de la justicia penal, cuya mejor expresión es el proceso, responde a las distintas soluciones a que se llegue en -- las investigaciones de los orígenes de la Pena, del Estado y del Derecho.

Entre dos corrientes opuestas ha oscilado el pensamiento jurídico, al plantear estos problemas, en todas las épocas: La individualista y la socialista. Según influya una u otra, se entregará al Estado la directa investigación del delito y su sanción; o se le colocará en la situación de árbitro para resolver la acusa-ción que ante él se traiga por la víctima o sus representantes; - originándose así desde los tiempos más remotos los clásicos procesos conocidos en la historia jurídica con los nombres de Acusatorio e Inquisitivo.

El estudio de cualquiera de esos procesos nos descubre los problemas fundamentales que encierran, que no son otros que los referentes a las acciones, a la prueba y a la jurisdicción.

En el Acusatorio la acción se ejercita por la propia vícti - ma o sus parientes, a cuyo cargo corre la prueba de testigos que se produce ante los jueces.

La acción es así privada, moviéndose por el que sufrió el agravo en su bien jurídico - vida, propiedad, honor - adquiriendo -

como en el juicio civil la condición de demandante, siendo demandado el delincuente, a quien se le franquea la defensa, citándolo y emplazándolo ante el jurado.

El proceso presenta todos los caracteres de controversia, se desarrolla oral y públicamente y le pone término al veredicto.

En el Inquisitivo, por el contrario, la acción es pública, se ejercita de oficio a nombre de la sociedad al ser violada la ley por el delito cometido y se somete al supuesto delincuente a responder de los cargos que pesan sobre él. La prueba principal es la confesión que al no obtenerse directamente, se busca en el tormento, que no ha dejado de emplearse desde los albores de la humanidad.

El proceso en esta condición lleva al secreto, casi a la emboscada, conduciendo la investigación escrita a la sentencia que dicta el mismo investigador.

Lo esencial es el carácter de la acción con que se inicia cada uno de esos procesos; la privada para el Acusatorio y la pública para el Inquisitivo.

Los caracteres secundarios y formales los adquieren a través de un largo desarrollo, ya que no cabe concebir diferencias procesales de la naturaleza de las secundarias, cuando no existía—

escritura y la persecución penal tenía que ser de oficio, en el sentido que hoy damos a ese término y flagrantes todos los delitos, juzgándolos de inmediato.

¿Puede hablarse en esos lejanos tiempos de justicia - privada, de venganza de sangre de imposiciones o ventajas -- personales?

Los aportes de la psicología colectiva, de la etnología, del totemismo, permiten afirmar fuera de las exageraciones - del historicismo o del positivismo, que todas las instituciones - son producto espontáneo e inconsciente de la multitud, en cualquiera de sus diversas transformaciones: tribu, tribu - sedentaria, poblado, ciudad, estado o nación.

No comprenderíamos nunca la pena, si no reconociéramos para ella el origen colectivo, del que recoge su fuerza compulsiva que fija el carácter coactivo de la norma jurídica y cuyo movimiento en el que participa el propio culpable al entregarse al castigo, lo quedaría en el Ministerio si no lo aclarara el tabú, - el primer código no escrito de la humanidad, como lo tituló Wundt.

Pena y autoridad son ideas correlativas, como las de liber - tad y responsabilidad. No se concibe la existencia de las unas sin las otras. El Estado supone el Derecho, fuera del cual no habría - convivencia social de ningún género; por lo que parece acertada -

la identidad, establecida por Kelsen, entre ambos.

Todos estos hechos sobre los que se renuevan las viejas teorías, nos llevan a rechazar la tesis que consideraba como inicial al sistema acusatorio, por su carácter eminentemente privado.

Inconsistente resulta la construcción jurídica partiendo de lo individual, equivocando dos mementos, invirtiendo la realidad que marcha del todo a la parte, de la sociedad al individuo, del delito al contrato, del Derecho Penal al Derecho Civil.

Y en el terreno netamente procesal ¿cómo nos explicariamos entre otras instituciones, la apelación, cuyo mecanismo requiere que lo particular y privado siga a lo público, para volver de éste a aquél orden?

Cuando la autoridad, el Jefe, Pontífice o Monarca se desprendió de alguno de sus poderes, delegándolo en sus lugartenientes por la multiplicidad de sus funciones, por la diversidad de sus quehaceres, por el crecimiento de las poblaciones, en una palabra, por la imperiosa ley de la división del trabajo, surgió sin duda, y sólo entonces, lo que llamamos justicia privada, que no ha de darse este nombre a lo que cada cual resolviera por sí mismo.

En el afán de libertarse de la obligación o pena impuesta

ta el que se creía lesionado en su derecho por la sentencia, - buscaba volver a la primitiva fuente, recurría del Juez mal-informado o parcial, al mejor informado o infalible, y al ser - oído o acogido el quejoso, nació el más notable instituto, que - en lo penal se llamó "provocatio" y en lo civil "apellatio", por-obra del genio y sutileza del espíritu romano, llamado a procu-rar las mejores formas para el Derecho.

Savigny al hacer el estudio de la materia, parece in --clinarse en el sentido de que la "apellatio" , abrió el camino a la "provocatio", lo que no implica , desde luego , pronunciarse por lo privado, dando el carácter verdaderamente público, - que por todos conceptos reúne la controversia civil en el foro-romano.

El Proceso Penal Romano. - El cuadro que del proceso penal ro-mano traza Mommsen nos presenta en su primera etapa la --forma inquisitiva para alcanzar la acusatoria en la última, - después de pasar por la "inquisitio", mediante el ejercicio de la apelación.

En efecto, nos manifiesta el ilustre tratadista que ori-ginariamente en Roma el delito se perseguía por el Magistrado de la "cognitio", cuya forma legal era impuesta por él.

El inculpado estaba entregado al arbitrio ilimitado del -

cuencias.

Contra ese orden surgió la apelación, la provocatio, - que se hizo valer ante la asamblea del pueblo, la que podía - anular la sentencia dictada por el Magistrado, obligando pos - teriormente a éste a expresar los motivos o razones de su - decisión.

No hay duda que así se llegó a echar la primera piedra para construir el proceso llamado "inquisitio", agrega Mommsen aunque el Magistrado al sentirse conminado a fundamentar su fallo descuidara su función dando margen a la impunidad.

Los romanos sin embargo, no volvieron atrás sino que avanzaron hasta entregar a los ciudadanos el derecho de acusación estimulándolos para el cumplimiento de esta función considerada altamente honrosa y recibida siempre con respeto.

La acusación va a formularla, no sólo el ofendido sino cualquier ciudadano, no desdeñando producirla los esclarecidos políticos y eminentes jurisconsultos. Constitúyese la "acusatio" por esa acción popular reemplazando al Magistrado del jurado, presidido por el Pretor. Llegando el día señalado para la vista de la causa debían comparecer acusador y acusado, en

Foro. Los jurados tomaban asiento en el semicírculo dispuesto al efecto, colocándose frente a ellos acusador y acusado con sus abogados y testigos. El Pretor abría la audiencia y concedía la palabra al acusador que era escuchado como correspondía a su grave función. Después la otorgaba al acusado y a su defensor. Concluidos los discursos se actuaba la prueba, y cerrado el debate, el Pretor ordenaba la expedición del veredicto, para lo que se repartían tablillas a los jurados con las letras: A, C y NL (Absolvo, Condemno, Non Licet).

En la época de la decadencia, en que la acusación pública se desprestigió con la declaración anónima, se vuelve a la "cognitio", al punto de partida, que hasta las investigaciones del ilustre historiador y jurisconsulto citado, fue desconocida por todos los tratadistas. Mittermaier, entre los más autorizados, discurre en el sentido de que en Roma el Procedimiento Penal primitivo fue el Acusatorio. La cuestión litigiosa era, entonces, completamente subjetiva. Poca importancia tenía la naturaleza y carácter materiales del hecho; por lo que era inútil hacer de su examen un objeto especial de investigación judicial. En época posterior se cree necesaria la intervención del juez investigador, con la que se da importancia a la

inspección ocular, se esbozan las pruebas periciales y nace la doctrina del cuerpo del delito.

Reaparece el sistema Inquisitivo, armado de esos elementos, queriendo reivindicarse del despojo que sufriera, pero no surgiendo como último estadio.

El Proceso Penal Atico. - Antes de Roma, Grecia practica el sistema Acusatorio imperfecto al admitir la persecución del delito por cualquiera del pueblo, pero ventilándose el juicio dentro del perentorio plazo de 24 horas, en el Agora, ante el jurado constituido por un enorme número de miembros, contando, por ejemplo, el que condenó a Sócrates, quinientos cincuenta y seis heliastas, no siendo, sin embargo, el mayor de su clase, pues algunos otros fueron formados por más de cuatro mil miembros.

¿No sorprende que el pueblo más sabio de la tierra, entregara la solución del grave problema penal a la masa ciudadana?

¿Podía esperarse de ésta que desentrañara la verdad, como en otro orden era capaz de las más grandes creaciones?

Acostumbrados los atenienses a que el oráculo dirigiera su pensamiento, no dudaban que la razón encarnara en esa muchedumbre.

Una enorme multitud traída y reunida para encomendarle obra distinta de sus posibilidades, nos hace pensar en aquella otra que la tradición griega señala como origen de la tragedia: El Coro.

Nietzsche en su apasionante libro sobre el origen de la tragedia rechaza que naciera de El Coro y se sorprende que a éste se le compare con el público de nuestros teatros, como si fuera posible obtener de ese público una idealización -- cualquiera análoga a la del Coro Antiguo, atribuyéndole así la condición de espectador ideal o la auténtica representación del pueblo.

Pero sea cual fuera la relación del Coro con la tragedia, por sus esenciales caracteres, se ofrece como el modelo más cercano del jurado, que como a aquél no se le concibe sino inspirado en la divina embriaguez dionisíaca. Ese estado se interpreta en la psicología moderna como una sugestión semejante a la producida por el hipnotismo en el individuo. Le Bon descubre en las muchedumbres un poder que libera a los individuos que las componen, de sus restricciones, prejuicios o egoísmos o las exalta para las grandes creaciones, cuyo sentido aclara el fundador del psicoanálisis.

Y como afirma Nietzsche que el pensamiento optimista

y dialéctico de Sócrates mató la tragedia esquiliana e hizo desaparecer El Coro del teatro de Eurípides, igualmente podría decirse que hirió de muerte a la institución popular; - que no dejó, sin embargo, de servir de paradigma a todas las similares que a través de los siglos funcionaron con -- cediéndoles esa inconsciente, instintiva y misteriosa fuerza-dionisíaca.

La "Apología de Sócrates" en el diálogo platónico, abunda en enseñanzas sobre el jurado y aclara enigmas que no debemos pasar por alto. La acusación pública que abrió el juicio contra Sócrates está concebida en los términos siguientes: "Melito, hijo de Melito del demos de Pithos, acusa bajo juramento a Sócrates, hijo de Sofrónico del demos de Alopesia. - Sócrates es culpable de no acatar a los dioses de la República y de erigir en lugar suyo extravagancias demoníacas. - Es culpable de corromper a los jóvenes. Correspóndele pena de muerte".

La cautivante defensa de Sócrates - que nos trasmite el diálogo en su integridad - aunque plena de ironía y de arrogancia que en algunos instantes se convierte en implacable -- ataque de fariseísmo, no dejó de impresionar a muchos de sus jueces.

Así fue como Melito no reunió el número de votos requeridos y debió ser multado con mil dracmas, acusándosele de ese pago por agregarse los votos de los jueces afectos a Licon y Amitos que se levantaron a acusar a Sócrates a última hora.

De los 556 miembros, 281 se pronunciaron por la condena y 275 por la absolución.

El jurado griego resolvía por mayoría, y en caso de empate, al ser su número par, se depositaba en la urna el voto de Minerva, que como diosa de la sabiduría, inclinaba la balanza en el sentido de la absolución. Aquí encontramos consagrado el lema de estar a lo favorable para el reo. Así es como Sócrates que fue condenado a beber la cicuta por seis votos, con tres de éstos sumados a su favor hubiera salvado su vida y con ella de la eterna ignominia a sus juzgadores.

Reconocida la culpabilidad del acusado y exigida su muerte por el acusador, la ley autorizaba al primero a que substituyera la pena capital por una de estas tres: la prisión perpetua, la multa o el destierro. Tendía con esto la ley a tenerse a hacer que los jueces no sintiesen escrúpulos de condenar a un hombre, que al someterse al castigo por sí mismo se declaraba culpable.

Sócrates no quiso caer en ese lazo. Y como dice Jenofonte, no se condenó porque hubiera equivalido a confesarse -- reo del crimen de que era acusado, adjudicándose, en cumplimiento de las leyes, en lugar de una pena de recompensa: la de ser alimentado en el Pritanio.

Ventajas y Defectos de los Sistemas Clásicos. - Expuestos -- los sistemas clásicos, podemos a través de sus principios -- y de sus caracteres secundarios distinguir las ventajas y defectos que cada uno de ellos ofrece. Debemos al Acusatorio, la celeridad y simplicidad de su actuación, con la pretendida capacidad de sus jueces populares, cuyos fallos se resienten sin duda por la naturaleza de su prueba sintética, reducida a la de testigos, reemplazada en ocasiones por los conpurgadores, que podían ser llevados a la audiencia, por una u otra -- parte.

En este sistema no es el menor mal la acusación privada que echa sobre los débiles hombros de la víctima todo el peso de la prueba, cuando no despierta y encona las pasiones, o desarma a los pusilánimes frente a los audaces, -- permitiendo muchas veces la impunidad del delito.

La pretendida igualdad en que se cree colocar al acusador y al acusado no deja de ser falaz. Hemos de abonar, -

sin embargo, al haber del Acusatorio, su lucha denodada contra la tenebrosidad de la justicia, sostenida por la publicidad y oralidad propias del jurado.

Es un sistema como copiado del civil, inaparente para perseguir el delito, que nace entre las acechanzas y sombras, sin partida de bautismo, como sí la tienen el acto jurídico, el pacto o contrato.

La misma flexibilidad que se le atribuye, por la amplia defensa que concede, preocupa por la posible inocencia del acusado, no deja de volverse motivo de ineficacia para captar el delito.

La acción pública ejercitada a nombre de la sociedad en el sistema Inquisitivo, que como hemos visto apareció en los albores de la vida jurídica, cumple en la mejor forma el propósito penal, sin dejar de anotarse que las indebidas proyecciones que se le dan, convierten a la postre al perseguido o acusado en delincuente.

La rígida contextura del sistema desconoce la defensa y hace peligrar la inocencia, al someterla al irresistible tormento, en el que se arrancaba la confesión como la más objetiva y convincente de las pruebas, que nunca podía faltar. Obtenida ésta, las otras pruebas estaban por demás.

Entre los defectos que dejamos señalados, no cabe -
duda que son de los mayores: en el Acusatorio, la falta de -
un período o etapa preparatoria de prueba, y en el Inquisiti--
vo, la prolongada duración con el desarrollo analítico de la -
prueba y la carencia de un verdadero juicio, agravado con la
sentencia dictada por un mismo juez.

B) ESTRUCTURA DEL SISTEMA MODERNO

En posesión del verdadero valor de la prueba penal, -
marchando en la interpretación de los hechos con espíritu crí-
tico, apoyados en el razonamiento inductivo, en las experien -
cias científicas y técnicas, que día a día se acrecientan, ló --
grase establecer en todo su valor y eficacia los indicios, su--
peditados y confundidos en el largo período de la prueba legal,
y recoger igualmente, bajo nueva luz, el testimonio y la confe-
sión libres del peso que los hundía en el mayor desprestigio. -
Con las nuevas dimensiones en que se estructura el proceso -
penal moderno se llega a abarcar esa prueba compleja, obra-
que no puede ser el resultado de arbitrarias aportaciones sino
el ordenado aprovechamiento de aquellas ideas y principios, -
que al correr del tiempo se afirmaron, sin descuidar las se -

guridades que de antiguo la sagacidad y práctica romanas nos -- ofrecen.

Así es como contemplamos el proceso penal moderno, flexible y ordenado, dividido en dos etapas sin constituirse por ello, - como lo afirmaba la Asamblea Francesa, de la mezcla del Inquisitivo en la primera parte y del Acusatorio en la segunda, sino - obedeciendo a las leyes procesales de análisis y cesura, que se--paraban el mismo proceso civil romano, en los dos momentos in - jure entregado al Pretor, e in iudicio al Juez, convertidos en lo -- penal en la Instrucción y el Juicio Oral.

La instrucción es por su naturaleza obra constructiva e - histórica, con la que hay que llegar al lugar o punto de partida en que se produjeron los hechos delictuosos, alterando o trasladando las personas o las cosas. El delito al emerger de la sombra en que procura mantenerlo el agente, cuando no hacerlo desaparecer, debe ser perseguido por el Juez Instructor, no esperando las pruebas como el Juez Civil, sino yendo en busca de ellas, trazándose el plan y rectificándolo según las circunstancias lo requieran. Por eso es el Director de la Instrucción, siendo ésta necesariamente escrita, reservada, pero no secreta, porque todas las partes intervienen en las distintas diligencias que se practican. No es pública, como algunos tratadistas lo pretenden, porque ello perturbaría muchas ve-

ces, el curso de la investigación; estorbaría la seguridad y unidad de la marcha; permitiría al inculpado y sus cómplices, no -- todavía descubiertos, urdir tramas contra el procedimiento, haciendo desaparecer los vestigios del delito, destruyendo los documentos, intimidando y corrompiendo a los testigos, en una palabra, hostilizando por todos los medios posibles el movimiento regular de la justicia.

Todo está equilibrado con el carácter simplemente re -- servado que hoy tiene la Instrucción y no inquisitorial como -- antes. Esto mismo justifica la detención preventiva del inculpado, al que se ocasionaría daño con la publicidad al no ser -- dable distinguir la situación de simple detenido con la de delincuente.

El Juez Instructor que no espera ya descubrir al culpable por obra de las Ordalías o del Tormento, tiene que -- empeñarse en una labor similar a la del Paleontólogo que -- reconstruye el fósil con los restos de que dispone. Estos -- para aquél son los indicios que deja tras de sí cada delito, -- los que le facilitarán llegar del efecto conocido a la causa -- ignorada, no sirviéndose de la identidad que sustenta el silo gismo con la que nada avanzaría, moviéndose en un círculo -- vicioso al no dar la deducción sino las consecuencias de los-

hechos, pero no el origen de ellos. Con el método inductivo, - que va de lo particular a lo general y cuyo nervio es la causa lidad, resolverá el enigma penal, apoyando sus generalizaciones en las más diversas pericias.

La intervención del Ministerio Público como representante de la sociedad y de la ley, a cuyo cargo queda la acción penal en su doble finalidad represiva y reparadora hace posible que el Juez Instructor permanezca en su verdadera función de investigador de la verdad histórica, de la prueba tanto de car go como de irresponsabilidad; y que a la vez se ejercite la - defensa desde los primeros momentos de iniciado el proceso.

En la tarea grave, y preñada de dificultades, entregada al Juez Instructor éste tiene que encontrarse auxiliado por la Policía Judicial, que ha convertido hoy de empírica en científica la labor penal, permitiendo remover los obstáculos y alumbrar el camino por recorrer, que antes se hacía a tientas con todo género de vacilaciones, pudiendo relevar de la carga de la prueba al inculpado ya que sería superior a sus fuerzas el producirla en la generalidad de los casos, y muy en especial, en los que estuviera detenido. La sociedad interesada por cas tigar sólo al culpable no se considera defraudada cuando se reconoce la inocencia del que fue indebidamente acusado o equivo

cadamente señalado como inculpado. La presunción de inocencia, el respeto a la persona humana en toda su amplitud, constituyen las características de nuestro Derecho Penal. Con sus direcciones procuramos desterrar todos los prejuicios y supersticiones que admitieron las más absurdas probanzas haciendo-- que prevalezca el juicio sereno y reflexivo que al despejar toda-- duda, forma la convicción profunda de nuestro espíritu.

Cuán diferente aparece la Cognitio o Inquisitio de la actual Instrucción, en la que el Juez Instructor se destaca sobre -- el antiguo Juez del Crimen y del Inquisidor, sin dejar de ser por ello una personalidad activa, enérgica pero culta, humana y compreensiva de su alta investidura en la que necesariamente tiene-- que conculcar tantos derechos como los de la libertad, la in -- violabilidad del domicilio y de la propiedad, que palpitan bajo la persona del inculpado. Pero no ha de seguirse de aquí que deba por sí mismo concluir su obra y apreciarla dictando la sentencia. ¡No! ¡Mil veces no! Por ser su obra es el menos llamado a -- juzgarla. Fue el mayor de los males del pasado el no reconocer -- lo así. Caerían por su base o se desnaturalizarían las múltiples facultades que se le conceden en su condición de investigador y le faltarían las esenciales de un juzgador imparcial. A otros co -- rresponde dictar el fallo, libres de toda preocupación y coloca --

dos en posibilidades de objetivar la prueba recogida por aquél, tanto por la colegiación como por otras garantías que sólo en el juicio oral se pueden exigir. El mismo paso de la instrucción -- a la segunda etapa del proceso, requiere de personal distinto -- de los que han de ser jueces. Por eso existe en Francia la Cámara de Acusación y en Inglaterra el Gran Jurado que llenan -- ese acto intermediario.

Distinto es hablar del juicio oral que por su propia finalidad es crítico y no de otra obra que de la instrucción. Nada se crea fuera de ésta, ni de sus límites se puede salir. Lo que no se recoja en ese primer periodo, perdido quedará para la justicia.

Simplemente en la Audiencia va a producirse la confesión, el testimonio y peritaje, directamente, oyéndose a los -- acusados, testigos y peritos que depusieron anteriormente. Como ocurre en el drama teatral que los actores recitan sus papeles escritos de antemano dando mayor vigor al diálogo, así -- también en el drama judicial van a desempeñar su función los -- que intervinieron en la instrucción, siendo éstos irremplazables mientras que los otros son "fungibles", variables a voluntad; porque en la Audiencia no es cuestión de recitar los -- papeles y repetir lo aprendido, sino de expresar la verdad. Y-

la verdad sólo la dicen los que la conocen o la saben por sí mismos.

Tal es la razón de la instancia única, pues en lo judicial se busca la sinceridad que se perdería, con la repetición, en tanto que en el teatro, por el contrario, contribuye a la perfección de las escenas, como admirablemente lo explica Diderot en su Paradoja del Comediante.

La oralidad domina las imaginaciones ya sean visuales o motoras como las auditivas. El discurso, la conferencia, o la lección, particularmente atraen, concentran y retienen con mayor facilidad la atención al ser esas producciones orales, y por ende, se guardan mejor en la memoria.

No quiere decir esto que del juicio oral se excluya todo lo escrito. Ningún orador se exime de utilizar la lectura de cartas, citas u otros documentos, objetos de sus comentarios o de la tesis que sustenta. El mismo Chiovenda, (3) apolo-gista del juicio oral, admite que pueda recurrirse a la lectura de distintas piezas probatorias en el debate. Muchos elementos de la instrucción sólo pueden hacer valer y someterse a discusión, con su lectura.

El eminente procesalista uruguayo, Eduardo J. Couture, (4), refiriéndose a esta materia, escribe en su brillante Ex-

posición de Motivos del Ante Proyecto de Código de Procedi -
 miento Civil, para su país, que: "la oralidad no está constitu -
 fda, solamente, por el predominio de la palabra hablada sobre
 la escrita. No hay procesos orales puros. Muchas otras so -
 luciones técnicas son necesariamente complementarias de la -
 exposición oral".

**C) JUECES DE FALLO. JURADO. TRIBUNALES COLE -
 GIADOS. CRITERIO DE CONCIENCIA OTORGADO A --
 ESTOS ULTIMOS. GARANTIAS QUE EXIGE LA CON -
 CESION DE ESTA FACULTAD.**

Los jueces populares desde los primitivos tiempos fue -
 ron llamados como supremos árbitros para resolver todas las
 controversias. La multitud formada por ellos, gozaba de los
 atributos casi divinos, de infabilidad: "Vox populi, Vox Dei".

El jurado moderno, como el inglés aunque alejado de -
 esas fuentes, trae siempre su fuerza del origen popular, que -
 da amplio margen a la recusación de sus miembros. Frente -
 a este sistema tenían que aparecer disminuidos los jueces -
 regulares, nombrados por la Monarquía Francesa o la de --
 otros países, con carácter hereditario, constituyendo una cas

ta, cuando no eran estos cargos obtenidos por compra con su -
secuela de venalidad; aparte de que el régimen probatorio a -
que estaban sometidos les imponía la aritmética jurídica.

Pero cuando el Poder Judicial se independiza frente a -
los otros dos poderes y sus funcionarios resultan elegidos por
el pueblo o por los otros dos que emanan de aquella soberanía,
y se reemplaza al Juez unipersonal por el colegiado, al que es
posible concederle el criterio de conciencia, prevaleciendo de-
las garantías que permite el juicio oral, se inicia la más se -
ria e irremediable crisis, para la institución popular. Surgen
como los únicos capacitados para resolver el problema penal-
que se plantea en el juicio oral, los Tribunales Colegiados de
sapareciendo con ellos las preocupaciones del número, renova
ción y recusabilidad que hacían preponderar al Jurado, ya que
todas esas condiciones se llenan y satisfacen ampliamente, en
los cuadros del nuevo orden judicial.

Y no es posible, por lo que queda dicho, dejar de con
cederles como a la institución popular, el criterio de concien
cia que además de las garantías de publicidad de la audien -
cia y originalidad de la prueba debe afianzarse en la funda --
mentación de los fallos.

La publicidad permite conocer contemporáneamente la

marcha del proceso y la razón de la condena o absolución de los acusados; la publicidad contribuye a fortalecer la misma justicia, a renovar el ambiente en que ella se desarrolla, a que los testigos, peritos, acusadores y defensores sepan que al hablar en la Audiencia lo hacen ante el país, hasta cuyos confines difunde la prensa los debates. Los jueces sienten los imponderables que crea la ciudadanía y ganan su respeto y consideración que domina o destruye la voz de los malos, estableciéndose así una verdadera interdependencia moral y jurídica entre la justicia y la sociedad, asegurando el exacto cumplimiento del deber, levantando el espíritu de los débiles o timoratos que al prestar sus declaraciones no sólo sentirán el peso de la autoridad, sino también el apoyo del consenso general.

La originalidad de la prueba concreta ante el tribunal todos los elementos que analíticamente ha ido reuniendo el Juez Instructor, para que sean apreciados con una mirada amplia en su conjunto.

Los acusados y testigos que depusieron en la instrucción, concurrirán a la Audiencia a expresar de viva voz sus primitivas declaraciones y los peritos, a su vez, a exponer y fundamentar sus dictámenes. No es, como se ve, sino la

forma de renovar en sus mismas fuentes la materia probatoria.

La fundamentación de los fallos ha surgido como una de las mayores garantías del criterio de conciencia.

Según su propia etimología, conciencia significa conocimiento. Sin ella, como lo expresa Jung, no hay problemas y se vive como la pareja bíblica antes del pecado, en estado de preocupación o inocencia. Por eso tiene que exigirse a los jueces que expliquen el cómo y el porqué de sus determinaciones, al igual que indagan la voluntariedad e intencionalidad de los agentes del delito para precisar su culpabilidad.

Si lejos de toda formación inconsciente, el Juez estudia, analiza, compara, generaliza y raciocina, para captar el caso particular que tiene ante sí en el proceso, ¿porqué al redactar su sentencia no ha de hacerlo de manera que permita seguir su desarrollo?

Conceder el criterio de conciencia, no es otorgar carta blanca al juzgador para que pueda fallar a su arbitrio y--antojo sin que nada lo detenga.

Juristas convencidos reconocen que el Jurado no se --resuelve por su caprichoso querer, sino que procura auscul

tar la verdad y para no desviarse o perderse en la ruta, sigue las reglas inspiradas en algunos países como en Inglaterra en la Ley de Evidencia; aparte del Juez experto que lo dirige sobre la ley y los hechos.

La conciencia del juzgador que suponemos como tabla rasa al iniciarse los debates, irá afectándose según la prueba de cargo o exculpatoria, hasta formar la convicción de culpabilidad o inocencia, o dejar al espíritu en la duda; todo lo cual lo irá percibiendo nítidamente aquella conciencia, pudiendo traducir cada uno de sus impulsos o movimientos por medio de la palabra.

Desde que Freud en su "Psicología de las Profundidades" (5) determinó el carácter positivo del Inconsciente y la diferencia de las leyes que impulsan a éste, de las que rigen lo Consciente, parece difícil confundir esos órdenes anímicos.

Nadie ignora, en verdad, lo que conduce a adoptar una resolución, a formar una opinión, a aceptar un temperamento. Pueden ser distintas las causas que determinan la admisión o rechazo de un testimonio, ya que lo que es para unos convincente para otros dudoso o inverosímil al ser subjetiva la certeza, susceptible de equivocación. La colegiación procura moderar esos extremos buscando en una apreciación general la necesidad obje --

tiva kantiana.

Así, si se considera falaz un testimonio por el contenido que expresa, o por la forma como se produce; al apuntarse debidamente esas circunstancias, no podrá dejar de tenerlas en cuenta el revisor. Pero cuando, por el contrario, se dicta un fallo que choca con la evidencia probatoria, en el que ningún considerando persuade de la resolución dictada, ¿no estará dentro de las atribuciones de un Tribunal Supremo anularlo aunque no aparezca el quebrantamiento de una norma procesal?

Contribuye al mismo éxito de la obra del juzgador -- el sentirse obligado a preparar cuidadosamente la razón final de su decisión, porque de otra manera, falto del norte, de disciplina interior, se perdería en la incoherencia o la arbitrariedad. Su conciencia se convertiría en insondable e inexputable campo, si no concurriera él mismo a alumbrarlo y circunscribirlo.

Veredicto. Sentencia Penal.- Concluidos los debates contradictorios, llega el momento de resolver el problema penal que encierra el proceso. El jurado lo verifica mediante las respuestas que da a las cuestiones de hecho planteadas por el Juez y la Corte. Con el si o el no expresa su juicio afirmativo o negativo de la culpabilidad o inocencia del acusado, con -

lo que constituye su veredicto, de carácter irrevocable.

Los tribunales regulares después de votar aquéllas - mismas cuestiones de hecho, pasan a dictar la sentencia que se sustentará en las soluciones que contengan aquéllas, en las que se dilucidan cada una de las materias o puntos que han sido sometidos a discusión y que según el sentido de ellas conducirá a la absolución o condena del acusado, única alternativa que se contempla en la sentencia penal, pues debe eliminarse cuidadosamente todo otro problema, despejándolo accidentalmente. La pena se votará por separado, usando el arbitrio judicial. Con la sentencia culmina la obra judicial, pero no queda sellada definitivamente, porque está sujeta al recurso ante los tribunales supremos, los que corrigen no solo los defectos de forma sino también las infracciones de la Ley. Doble función se concede a las altas cortes para enmendar -- las sentencias y anularlas, absolviendo a los acusados y a la vez con la facultad de casación para atender a los casos de indebida absolución, devolviéndolas a los tribunales de origen para la realización de un nuevo juicio, llamado generalmente a otro tribunal para que rehaga el juzgamiento.

Cuando a virtud de una situación procesal indebidamente valorada, o bien porque la prueba se rindió maliciosamente

resulta condenado quien es ajeno al delito o con posteridad se demuestra que no existió el hecho, las leyes procesales han creado modernamente el recurso de revisión extraordinaria correspondiendo el planteamiento que hace el Código Penal Federal cuando consigna el llamado indulto necesario. En efecto, en el Artículo 96 de dicho cuerpo de leyes se establece que "se concederá indulto, cualquiera que sea la sanción impuesta, cuando aparezca que el condenado sea inocente". Por definición el indulto es remisión o perdón de la pena y no cabe perdón alguno cuando "el condenado es inocente". Lo que sucedió fue que los autores del Código inducidos por la idea de la cosa juzgada que durante mucho tiempo se consideró como inatacable y como un verdadero tabú, prefirieron la puerta falsa del indulto al reconocimiento del error judicial. Ya modernamente, y a virtud de la tendencia a considerar las realidades y a hacer a un lado el fetiche de la cosa juzgada, se han establecido los llamados recursos extraordinarios, que recibieron tal nombre para indicar que serán fuera del proceso. Nos encontramos así los Códigos de México, Michoacán, Tlaxcala y Zacatecas en cuyos Artículos 85, 88, 84 y 95, respectivamente, se establece en forma categórica que puede mediante la revisión extraordinaria extinguirse la responsabilidad penal cuando se demuestre la inocencia del condenado, o

que el hecho no existió. El Código del Estado de México consigna semejante situación bajo el título de "Revisión Extraordinaria", y los demás citados lo comprenden bajo el rubro de "Reconocimiento de Inocencia del Sentenciado".

Los partidarios extremistas del Sistema Acusatorio, no transigen con la instrucción escrita, por lo que califican el sistema moderno de híbrido y estéril, sosteniendo, además que la intervención del Ministerio Público puede perturbar los efectos de la defensa, por la autoridad de que están investidos -- los fiscales colocándose en nivel superior a los defensores, lo que ocurre cuando la acusación es privada.

Contra la crítica de la hibridez podemos responder con el ejemplo de la obra dramática. El autor concibe, crea, escribe la pieza teatral y la ofrece para que sea puesta en escena y juzgada en ese ambiente propicio, en el que toman vida y relieves sus personajes. Cosa análoga realiza la instrucción -- formada por el Juez Instructor y entregada a los jueces de fallo por medio del juicio oral, que no es sino la representación judicial, con las diferencias que reclama la realidad doliente -- frente a la ficción literaria.

¿Podrá argüirse que es mezcla y peligrosa hibridez el que se lleve a escena lo que fue escrito precisamente con esa-

finalidad?

La segunda objeción no es menos inconsistente. La defensa constituye un verdadero Ministerio, y la labor de sus representantes crece en importancia, permitiendo que descuellan figuras de notables abogados criminalistas como las de Lachaud, Henri Robert, Moro Giaferri, Legrand, Campinchi, Torres, y -- otros, para no hablar sino de algunos de los muchos que ha consagrado el pretorio parisiense.

Los que no convienen todavía con el juicio oral, ven por todas partes su fracaso. En las dificultades que ofrece la concurrencia de testigos y peritos a la audiencia, o a la forma -- inadecuada o ineficaz como ella se realiza, atribuyen a la instrucción lo que sólo son defectos de los hombres.

Al no percibir el enorme progreso que se opera con la separación del Juez Instructor y el Juez de Fallo, pretenden -- volver al viejo Sistema Inquisitivo en que se confundían ambas funciones. Creen que los bienes obtenidos con el nuevo régimen son aparentes. El tiempo ha transcurrido inútilmente para ellos. Olvidan ya lo que fueron los antiguos sumarios interminables, bajo cuyo peso sucumbía la inocencia. Y, sin embargo, hablan del -- retraso de las causas que se acumulan en los tribunales operando la prescripción. Quisieran que ésta se cumpliera, sin duda en

los anaqueles de los juzgados. Las objeciones en buena cuenta se reducen a la falta de preparación del personal, o al reducido número de los tribunales. Efectivamente, en todas partes, el crecimiento de la población es factor que complica la solución de este orden como las de otros en general.

Mantener la exigencia de que el Juez Instructor pronuncie la sentencia es no sólo insistir en que aprecie su obra propia, sino en que juzgue su mismo testimonio.

El Sistema Mixto. - Este sistema no se forma, como muchos tratadistas creen, con una simple mezcla de los dos anteriores, predominando el Inquisitivo en la instrucción y el Acusatorio en la segunda fase del proceso. El Sistema Mixto tiene una característica que le permite enfrentarse, como sistema autónomo, a los otros dos y ésta reside en que la acusación está reservada a un órgano del Estado.

Sintetizando las características del Sistema Mixto, tenemos:

La acusación está reservada a un órgano del Estado;

La instrucción se acerca mucho a la del Sistema Inquisitivo, pre-
valeciendo, como forma de expresión la escrita y secreta, y

El debate se inclina hacia el Sistema Acusatorio, y es público y oral.

El sistema que a nuestro parecer anima la legislación mexicana, es el mixto, pues es al que más se acerca, máxime que posee la característica esencial de este sistema: la acusación reservada a un órgano especial.

La tesis sostenida por algunos procesalistas en el sentido de que nuestro Derecho se alimenta en el Sistema Acusatorio, se encuentra totalmente desvirtuada por el hecho de que nuestra Ley permite cierta inquisición en el proceso, lo cual ríñe de manera absoluta con el simple decidir que lo caracteriza en el Sistema Acusatorio.

Sirven de apoyo a lo acabado de expresar y, a guisa, de mero ejemplo, lo expresado en los Artículos 135 parte final, 314, 315, etc., del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Artículo 135.- La Ley reconoce como medios de prueba: "... también se admitirá como prueba todo aquello que se presente como tal, siempre que a juicio del funcionario que practique la averiguación, pueda constituirla. Cuando éste lo juzgue necesario, podrá por cualquier medio legal establecer la autenticidad de dicho medio de prueba".

Artículo 314.- Cuando el Juez Instructor creyere indispensable recibir pruebas diversas de las propuestas por las partes, -

para aclarar la oscuridad de las rendidas o para comprobar -
algun punto que estime de importancia, acordará se practi ---
quen las diligencias que considere necesarias".

Artículo 315.- "Cuando, a juicio del Juez Instructor, esté ago-
tada la averiguación por haberse practicado en lo que fuere po-
sible, las diligencias solicitadas por las partes o decretadas -
por él mismo, mandará poner la causa a la vista de las par -
tes para que promuevan, dentro de ocho días, las pruebas que
estimen pertinentes y que puedan practicarse en el término de -
quinze días".

El Maestro Guillermo Colín Sánchez en su "Derecho Me-
xicano de Procedimientos Penales" (6.), formula una crítica en
el sentido de que nuestro orden procesal no se inclina por el Sig-
tama Mixto, porque la facultad concedida al Juez de aportar -
pruebas, es con objeto de conocer la verdad en todas sus formas
y poder decidir, adolece de falta de comprensión de los sistemas
procesales, porque en el Acusatorio, el Juez exclusivamente deci-
de y si por cualquier razón invade otras funciones - como allegar-
se medios de prueba para poder decidir - , es obvio que se re --
tira del sistema invocado, en el que sólo las partes aportan prue -
bas. No es la finalidad por la que se aportan las pruebas, la que
distingue los sistemas de enjuiciamiento, sino la fijación de quie-

nes pueden aportarlas las que, en parte, las determinan.

Independientemente de la finalidad que persigan los sistemas procesales considerados en abstracto, encontramos que en el penal federal y en el penal del fuero común, el impulso procesal corresponde no solamente al Ministerio Público o al acusado o a su defensor, sino también al Juez, al grado de que a virtud del auto de inicio en el que se ordena practicar las averiguaciones y recibir las pruebas que las partes ofrezcan y allegarse las necesarias para el mejor conocimiento de los hechos, resulta que nuestro sistema procesal penal participa en cierta parte del Sistema Inquisitivo. Por otra parte, no puede pasarse por alto la facultad que tiene el tribunal de alzada para ordenar diligencias "para mejor proveer" de donde se puede concluir que los tribunales de acuerdo con el sistema imperante tienen la facultad de allegarse en cierto grado cuantas pruebas estimen pertinentes para mejor información y poder así decidir sobre el caso concreto.

D) CONSECUENCIAS DE LA ACEPTACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El presente Capítulo tiene el propósito de expresar en líneas generales las principales garantías que la experiencia de numerosos países demuestra que son necesarias si se quiere asegurar la protección de los acusados en los procesos criminales, haciendo respetar, al mismo tiempo, las leyes y el orden público en interés del Estado y de la comunidad.

Es preciso hacer resaltar que, en materia penal, los derechos del acusado, por muy claramente que estén definidos quedarían sin alcance práctico si no están corroborados por instituciones cuyo espíritu y tradición limitan y ordenan el ejercicio de cierto poder discrecional que existe en Derecho o de hecho y que pertenece, en particular, a los organismos encargados de las diligencias judiciales y a la Policía Judicial. Por estas razones es que, la mayor parte de las informaciones recogidas sobre los organismos encargados de las diligencias judiciales figuran en el presente estudio; estas informaciones sirven para ilustrar las dificultades prácticas que se presentan al poner en aplicación los numerosos principios generales relativos a los derechos del acusado en los procesos criminales. En las conclusiones, trataremos de establecer la síntesis del estudio de estos principios gene-

rales y de su aplicación práctica en el campo de acción de las diligencias judiciales.

La Ley penal debe ser precisa. Este principio es algunas veces interpretado en los términos siguientes: "No es posible crear acusaciones y sanciones sencillamente por analogía con otras disposiciones penales". En realidad la actitud con respecto a recurrir al principio de analogía varía considerablemente de un país a otro, incluso en los numerosos países que, en general, están considerados como respetuosos de los derechos del acusado. Quizás no sea tanto el recurso a la analogía en sí mismo lo que es considerado como condenable, sino más bien la imprecisión que pueda resultar de ello en cuanto al alcance de la definición de algunos crímenes. Así pues quizás sea preferible decir que toda ley debería tratar de facilitar el máximo de precisiones sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, pero que, en los casos en los que la vida y la libertad de los ciudadanos está en juego, como en el Derecho Penal, esta necesidad se convierte en imperiosa.

El Principio de Legalidad de los delitos y de las penas tiene otra consecuencia, a saber "nadie debe ser condenado por una acción o una omisión que no era, en el

momento en que fue cometida, susceptible de castigo".

El reconocimiento del Principio de Legalidad parece implicar que el acusado debe ser supuesto inocente durante el tiempo que su culpabilidad no haya sido demostrada. Un estado que aplicase de manera constante y general el principio contrario, sometería a cualquier ciudadano al poder arbitrario de las autoridades represivas; en realidad, ello equivaldría a negar el papel de la seguridad en las relaciones humanas. Ahora bien, nosotros consideramos que esta seguridad es por lo menos uno de los elementos constitutivos de la legalidad.

En realidad, si la presunción de inocencia implicase solamente la reprobación del poder arbitrario, no sería sino una palabra desprovista de sentido. La presunción de inocencia es más bien considerada como un acto de fé en el individuo, que halla su expresión en las reglas que exigen que, en un proceso criminal, los hechos, si son probados, conduzcan al establecimiento de la culpabilidad personal del individuo y no a una presunción general de culpabilidad equivalente a una inversión de la prueba de cargo. La mayor parte de los sistemas jurídicos, sin embargo, admiten la recusación de la prueba de cargo, al menos en los casos en

que algunos hechos, que en sí mismos no demuestran que el acusado ha cometido la infracción, constituyen elementos de prueba contra el acusado; un ejemplo característico de esta inversión lo hallamos en el caso del individuo que es descubierto en posesión de bienes robados y que es acusado de -- conservarlos aún a sabiendas de que se trata de bienes robados.

No es el principio abstracto de la presunción de inocencia lo que es verdaderamente importante, sino más bien los medios prácticos de que dispone el acusado, y en particular el detenido, para hacer valer este principio ante un -- fiscal parcial, o ante la policía, que puede considerar más -- fácil enderezar una acusación sobre una presunción de culpabilidad, amenazando para ello al acusado sin testimonios imparciales difíciles de obtener.

RECAPITULACION

En el principio de la organización humana, quien ejercía el Poder lo hacía en forma irrestricta. Desde el punto -- de vista histórico no es aventurado decir que el Poder se adquirió mediante la fuerza; ello es, quien logró hacerse obedecer lo hizo porque triunfó en su empeño de someter a los demás; los medios debieron de ser violentos, pues nada autoriza a sostener que hubo la persuasión; probablemente en comunidades más avanzadas se llegó al Poder mediante la astucia, pero lo más seguro es que en una o en otra forma hubo siempre un acto de violencia. La idea rusoneana del contrato social, conforme a la cual los individuos se reunieron -- y reunieron a su propia soberanía y la depositaron en otro u -- otros, no resiste un análisis crítico ni siquiera superficial no solamente desde el punto de vista histórico, menos aún desde el sociológico. Sin embargo, en el curso de los siglos los individuos han ido arrancando al Poder ciertas prerrogativas, y el Derecho se ha convertido en límite al ejercicio del Poder; -- ello es el Estado moderno está impedido de actuar a menos -- que exista un precepto que lo autorice; de ahí el conocido --- principio según el cual lo que no está expresamente prohibido, está permitido.

Dentro del Derecho Penal moderno existe la garantía - de exacta aplicación que viene a ser un fruto de una serie de exigencias de los gobernados a los gobernantes. Se dice que el principio de exacta aplicación penal de la ley fue producto-- de la Revolución Francesa; en realidad ello es inexacto, puesto que la conmoción social de referencia fue una etapa más de las muy numerosas que se han dado en la lucha del individuo - frente al Poder que en un principio se ejerció en forma irrestricta. La garantía de exacta aplicación de la ley penal ha encontrado en la técnica del Derecho su expresión en lo que se - conoce como la Tipicidad, conforme a la cual toda conducta-- para ser acreedora de pena requiere estar subordinada a una figura legal que la describa. Cuando menos se ha logrado que el Poder Estatal para castigar, establezca de antemano cuáles- son las conductas que implícitamente prohíbe.

Cuando en el presente estudio se habla del Principio de Legalidad, se significa mucho más que la aplicación fría y literal de las normas; si tan sólo a ello se redujera el Principio de Legalidad nos encontraríamos que bastaría la existencia de un mandato para que el Poder actuara en perjuicio del - gobernado, puesto que el Estado es quien crea las normas. El Principio de Legalidad abarca mucho más que la aplicación fría

del mandamiento; comprende el cabal reconocimiento de la jerarquía del hombre dentro de la comunidad.

Es cierto que el interés individual no puede tener mayor entidad que el interés general, pero éste último se obtiene de la suma de los intereses particulares y hay una tendencia a identificar el interés de los gobernantes con el interés general, lo que desde el punto de vista sociológico es una aberración; o dicho en otras palabras, no basta que el Poder afirme que debe procederse en una o en otra forma para que el interés de la comunidad sea lo que el Estado dice, es indispensable que la libertad de cada uno de los individuos vaya en expansión. Si comparamos el cuadro de garantías actuales con las que tuvieron los nobles de Juan Sin Tierra, encontraremos que, cuando menos en el catálogo de las leyes el hombre en nuestros días está menos a la arbitrariedad que el de hace diez siglos, aún cuando, paradójicamente, tiene sobre de sí una serie de regulaciones que eran desconocidas en épocas anteriores; no obstante ello el Poder ha tenido que ircediendo ante la presión de aquellos que tienen que sufrirlo. En materia de libertades no hay estancamiento posible, sino que debe procurarse que cada día que pase sea mayor el fuero de garantías y menos la posibilidad del Estado de afectar -

la esfera de sus gobernados. El Principio de Legalidad tal como nosotros lo entendemos es la sujeción del Poder a la persona del individuo, entendiendo a éste como un ser que no puede afectársele a menos que haya transgredido las normas básicas de la convivencia social, y tales normas deben establecerse en beneficio de cada uno de los gobernados en particular y no para favorecer a una comunidad irreal, ya que ésta en último término no es distinta a la suma de los intereses individuales.

CITAS.

C A P I T U L O VI

1. - Rivera Silva Manuel, "El Procedimiento Penal", 4a. - Edición, Editorial Porrúa, México, 1967, pág. 171.
2. - Florián Eugenio, "Elementos de Derecho Procesal Penal", Editorial Bosch, Barcelona, 1931, pág. 185.
3. - Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", - Editorial Reus, Madrid, 1954, Volúmen II, pág. 145.
4. - Couture Eduardo J., "Lecciones sobre el Proceso", - Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, - 1950, Tomo I, pág. 230.
5. - Freud Sigmund, "Psicología de las Profundidades", - Traducción Castellana de Manuel G. Morente, Madrid 1954.
6. - Colín Sánchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", 4a. Edición, Editorial Porrúa, -- México, pág. 86.

C O N C L U S I O N E S

I. - El Principio de Legalidad (Rule of Law) es una expresión útil para designar, a la vez, ideales y la experiencia jurídica práctica, sobre los cuales la opinión de todos los juristas en una gran parte del mundo es unánime, aún cuando sea todavía embrionaria y un poco indistinta.

II. - El Principio de Legalidad se basa en un doble ideal. Cualquiera que sea el contenido del Derecho, ese principio significa ante todo que todo Poder en el seno del Estado es fruto del Derecho y se ejerce de conformidad con el Derecho. En segundo lugar supone que el Derecho mismo se funda en un principio supremo, "el respeto a la persona humana".

III - El Principio de Legalidad, en el sentido en que se considera en el presente trabajo, puede, pues, ser definido como si expresase "los principios, las instituciones y los procedimientos, no siempre idénticos pero similares en numerosos puntos, que según la tradición y la experiencia de los juristas de las distintas regiones del mundo, que poseen con frecuencia estructuras políticas y condiciones económicas diferentes, se han revelado como esenciales para proteger al-

individuo contra un gobierno arbitrario y para permitirle gozar de su dignidad de hombre".

IV. - En los últimos años se ha manifestado una tendencia definida en el Derecho Mexicano a apartarse del principio de la administración legal. Esta tendencia tiene causas complejas y aunque explicable por la mayor dificultad de la vida moderna, obedece en buena parte al intervencionismo oficial, y, más en general, a diversas ideas y actitudes contemporáneas, entre las que pueden citarse: la preferencia por la acción rápida y especular comparativamente a la más lenta y menos visible de los procesos legislativo y judicial; la imitación, muchas veces inconsistente y de buena fé, de los procedimientos de sistemas de gobierno que rechazamos en principio; y la creencia generalizada de que el fin justifica los medios, unido al deseo de mejorar las condiciones de vida de nuestro pueblo y de alcanzar en el plazo más breve posible otros objetivos igualmente plausibles en sí mismos.

V. - El abandono del requisito de que la administración debe obrar con base precisa y suficientemente explícita en una norma emanada del Poder Legislativo (por lo que no se satisface con una mera legalidad formal, en que la decisión que sólo a este Poder compete, se transfiere en realidad a los órga -

nos del Ejecutivo), entrañaría el abandono del principio superior del Estado de Derecho y se justifica, menos que en ningún otro, en un régimen democrático como el que aspiramos a que impere en México, y pugna con preceptos expresos y terminantes de la Constitución Política que nos rige, como son los que establecen nuestra forma de gobierno, la división de poderes y las facultades de cada uno, así como los derechos que goza todo hombre, y los casos y condiciones en que su ejercicio puede vedarse o restringirse por las autoridades.

VI.- Es necesario y urgente evitar que siga adelante la peligrosa tendencia que señalamos, debido a que puede conducir con el tiempo a una alteración fundamental en nuestras instituciones políticas y sociales; recomendamos que se invite al Gobierno Federal y a los Gobiernos de los Estados con el respeto debido, a todos los abogados y profesores de Derecho, y en general a cuantas personas se interesen en el progreso de las instituciones libres en nuestro país, a que estudiemos los medios conducentes a que el Principio de Legalidad, que debe estar por encima de las discrepancias y de la política en asuntos económicos y sociales, ya que constituye uno de los rasgos distintivos y más preciados de la civilización occidental, se sostenga incólume a toda costa, sin perjuicio de estudiar así mis

mo las reformas de organización y funcionamiento necesarias para que la administración sea expedita y eficaz.

VII - En nuestro Derecho, hasta antes de la promulgación de la Constitución de 1917, los jueces, además de desempeñar la función jurisdiccional, tuvieron a su cargo la facultad de Policía Judicial, reemplazando las atribuciones que actualmente, se han encomendado en forma privativa al Ministerio Público. El Ministerio Público es una institución dependiente del Poder Ejecutivo, organizada con unidad y dirección, encargada de ejercer la acción penal y exigir la correlativa reparación del daño, intervenir como parte en los procesos penales y velar por los intereses públicos y sociales a nombre del Estado.

VIII. - El Ministerio Público es considerado como representante del Estado en cuanto éste exige de aquél la seguridad de que al ser perturbado el orden por alguno de sus miembros, éste sea restaurado y se aplique al infractor el castigo a que se hace acreedor. La actividad del Ministerio Público, tiene dos funciones perfectamente delimitadas cuando actúa en la investigación de los hechos delictuosos, como investigador fungiendo como autoridad administrativa preparando la acción, allegándose las pruebas necesarias, y la segunda, ejercitando la acción que le compete y solicitando la aplicación de las penas que de-

ben imponerse. El Ministerio Público, en su actuación como parte dentro del proceso penal, debe considerarse en una forma distinta a como se estima en el proceso civil, tomando en cuenta que en este último, las partes interesadas reclaman derechos de carácter privado y el Ministerio Público en el proceso penal los intereses que defiende son de carácter público de conformidad con la función social especial que ejerce.

IX. - Proponemos: Pugnar porque el Ministerio Público cumpla eficazmente la función que le otorga la Constitución de investigar y perseguir los delitos. Insistir en la necesidad de que desaparezcan las policías que se atribuyen indebidamente la facultad de investigar y perseguir los delitos, en especial el Servicio Secreto y gestionar que los presupuestos de dichas policías inconstitucionales se asignen a las Procuradurías, a efecto de que reorganicen sus Policías Judiciales. Sugerir las reformas legales y prácticas, necesarias, para establecer medidas de control a la facultad del Ministerio Público para el ejercicio o abstención de la acción penal. Solicitar a las autoridades competentes, se mejoren los servicios periciales de las Procuradurías, así mismo promover una campaña entre los abogados, para facilitar la actividad del Ministerio Público, en especial, dando cumplimiento a las

citas que se giren a sus clientes y testigos.

X. - Nos hemos esforzado por exponer los principios generales aplicables al Derecho Penal, no sólo en cuanto al fondo, sino también con respecto a la materia del procedimiento, en una sociedad libre en la que reina el Principio de Legalidad.

Uno de los elementos esenciales de este principio es que los derechos y los deberes de los ciudadanos deben ser definidos con una certeza razonable. Esto es importante sobre todo, para la definición y la interpretación de los delitos en Derecho Penal, puesto que la vida o la libertad de los ciudadanos se hallan en juego.

B I B L I O G R A F I A

Alcalá Zamora, Castillo Niceto y Ricardo Levere hijo. - Derecho Procesal Penal. Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos-- Aires.

Aguilar y Maya José. - El Ministerio Público Federal en el -- Nuevo Régimen. Editorial Polis. México, 1942.

Cabrera Luis y Emilio Portes Gil.- La Misión Constitucional - del Procurador General de la República. Editorial Botas. Mé- xico, 1963.

Carnelutti Francesco. - Lecciones sobre el Proceso Penal. Vol. I. Editorial Bosch y Cía. Buenos Aires, 1950.

Chiovenda Giuseppe. - Principios de Derecho Procesal Civil. - Editorial Reus. Madrid.

Dicey. - Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Londres, 1950.

Florián Eugenio. - Elementos de Derecho Procesal Penal. Edi- torial Bosch. Barcelona, 1931.

Franco Sodi Carlos. - Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1946.

González Bustamante Juan José. - Principios de Derecho Procesal Penal. Editorial Botas. México, 1959.

Guarneri José. - Las Partes en el Proceso Penal. Editorial -- José Ma. Cajica Jr. Puebla, 1952.

Jennings. - The Law of the Constitution. Londres, 1952

Jiménez de Asúa Luis. - El Nuevo Derecho Penal. Editorial -- Páez Bolsa. Madrid, 1929.

Laubadere .- Manuel de Droit Administratif. París, 1951. -
Traité Elémentaire du Droit Administratif. París, 1963.

Manduca F. . - El Procedimiento Penal y su Desarrollo Científico. Editorial La España Moderna. Madrid.

Mayer. - Le Droit Administratif Allemand. París, 1903. Tomo I.

Merkl. - Teoría General del Derecho Administrativo. Madrid, - 1935.

Parker. - Administrative Law. Indianapolis, 1952.

Piña Palacios Javier. - Derecho Procesal Penal. Talleres - Gráficos de la Penitenciaría del D. F. México, 1948.

Rivera Silva Manuel. - El Procedimiento Penal. Editorial - Porrúa. México, 1967.

Rodríguez Ricardo. - El Procedimiento Penal en México. Ofi
cinas Tipográficas de la Secretaría de Fomento. México, -
1900.

Tena Ramírez Felipe. - Derecho Constitucional Mexicano. -
Editorial Porrúa. México.

Tucídides. - Guerra del Peloponeso, Libro VII, en The Greek
Historians. Nueva York, 1942.

Velasco. - The Rule of Law in Mexico, A Symposium on -
Law and Government. University of Miami, Florida, 1958. -
Derecho Administrativo en Evolución del Derecho Mexicano.
Tomo I. México, 1952.

L E G I S L A C I O N

Diario de Debates del Constituyente. México, 1917.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales. 1894.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. 1931.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Anotada por Felipe López Rosado. México, 1955.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. 1932.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley Orgánica del Ministerio Público Federal. 1955.

Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito y Territorios Federales. 1954.

Jurisprudencia Definida de la Suprema Corte de Justicia. Semanario Judicial de la Federación.

**ESTE TRABAJO SE DESARROLLO EN
GUADARRAMA IMPRESORES, S. A.
AV. CUAUHEMOC NO. 1218, COL.
VERTIZ NARVARTE MEXICO 13, D. F.
TELEFONO 575 - 28 - 41**