

PRINCIPIOS RECTORES



DEL
PROCESO PENAL

TESIS

que para optar el grado de DOCTOR,
presenta el Licenciado y Maestro en Derecho

PEDRO HERNANDEZ SILVA.

DIVISION DE ESTUDIOS SUPERIORES

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

MEXICO, D. F., 1972.



Universidad Nacional
Autónoma de México

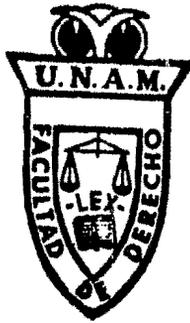


UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

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.



PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL.

Al Señor Presidente de la República

Licenciado LUIS ECHEVERRIA ALVAREZ.

Como testimonio de gratitud por la confianza con que me he distinguido al considerarme, generosamente, capaz de aportar mi modesta contribución al Derecho, que es germen y fundamento de la paz y el único medio para lograr el bienestar y la seguridad social de los pueblos.

Respetuosamente

Pedro Hernández Silva.

Quede igualmente en estas páginas, constancia escrita del reconocimiento sincero al recientemente desaparecido -- Maestro, Doctor JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE, cuya vida, -- siempre joven y renovada para la enseñanza y la investigación jurídicas, constituye un valioso ejemplo a seguir.

Me quiso favorecer la fortuna, no sólo con la noble amistad del ahora llorado Maestro, sino también con el privilegio de su franca y decidida confianza, al distinguirme nombrándome su ayudante en las cátedras de Derecho Procesal Penal de la Licenciatura y del Doctorado en la Facultad de Derecho de la UNAM., en las cuales después alcancé la titularidad.

Don Juan José González Bustamante, inicialmente director de esta tesis, no pudo verla concluida, pero abrigó la esperanza de que, de haberla revisado, habida cuenta de su bondadoso espíritu, no se sentiría defraudado por su discípulo de siempre.

Pedro Hernández Silva.

México, abril de 1972.

PROLOGO.

Estas páginas, PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL, que presentamos a la superior consideración del más ilustre Tribunal Académico, recoge nuestras inquietudes, experiencias y reflexiones, afloradas en los últimos años de estudio y docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, paralelamente a desvelos, angustias y satisfacciones y al constante aprendizaje en Juzgados y Tribunales, como abogado patrono de la defensa, en un sinnúmero de procesos.

Múltiples motivos habrán de computarse en el advenimiento de este estudio: la avidez de nuestros alumnos; las sabias enseñanzas de los maestros; las interesantes lectu--

ras realizadas sobre nuestra época en crisis; la revisión - de diversas legislaciones procesales; y sin duda, la oportu- nidad de apreciar, en forma personal, numerosos procedimien- tos en el foro mexicano.

De no menor importancia fueron los incentivos surgi- dos de la necesidad teórica de percibir la estructura glo- bal de las ciencias penales, y acariciar principalmente sus fundamentos más elevados, toda vez que las ciencias normati- vas tienen una estructura jerárquica que desciende de los-- axiomas a los postulados, de los postulados a los princi--- pios, de los principios a las leyes, de las leyes a los he- chos y de los hechos a las hipótesis.

La tarea emprendida no fué fácil, pues hubo de anali- zarse una literatura heterogénea y múltiple; fuentes doctri- narias, fuentes de jurisprudencia, y sobre todo, reflexio-- nar sobre la legislación en uso y las prácticas y procedi-- mientos que se llevan al cabo todos los días en el sistema- penal y penitenciario mexicano.

Con un dispositivo humano, indispensablemente teórico, práctico, racional y emotivo, además contemplamos la lucha- de las ideologías y la fuerza de los intereses de grupos y- personas; que el Estado resiente los embates de grupos de - presión y libra una acción para conservar el equilibrio de-

las fuerzas internas y la política internacional, sin descuidar el desarrollo material y espiritual del presente y del porvenir; también vimos un espectáculo social, político y económico donde los derroteros del pasado entran en crisis en el presente y el hombre sólo atisba y espera el futuro; percibimos el efecto de la guerra fría que permite la carrera armamentista mundial y que los fenómenos económicos internacionales repercutan, sin remedio, en los conglomerados urbanos y campesinos como castigos apocalípticos en pauperización y masificación, dentro del torbellino de una fatal sociedad de consumo, amenazada y condicionada por la explosión demográfica y el auge tecnológico. En fin, advertimos las esperanzas de todos: que se consoliden los gobiernos, se instituyan y realicen los programas de justicia y seguridad sociales; que la educación conduzca a las naciones a gozar de mejores niveles de vida cultural, y que, las normas de convivencia - eliminada la corrupción de la maquinaria administrativa y gubernamental- garanticen la paz, el progreso y el bienestar.

. . .

¿Qué hacer? ¿Qué deber humano y profesional teníamos ante tales hechos y circunstancias? Al menos un deber: hablar... Así ha surgido este trabajo: reflexionando sobre la

teoría y práctica del Derecho Penal y sobre los Procedimien-
tos Penales; revisando las fuentes ideológicas de la socie-
dad actual y de su Derecho; estudiando la legislación penal;
observando y sufriendo las irregularidades y las arbitrarie-
dades de algunos Procedimientos Penales.

Este ensayo consta de diez capítulos agrupados en dos
partes. En la primera se estudia la ubicación, antecedentes
y naturaleza del Derecho de Procedimientos Penales; en la -
segunda, se presentan y analizan los Principios rectores --
del Proceso Penal.

Dada la época en que se realiza el presente estudio,-
la obra no ha podido ser exclusivamente expositiva, digamos
descriptiva y dogmática. Por el contrario, a cada instante,
en cada tema, en cada capítulo, ha sido obligado hacer una-
crítica fundada en la teoría o en la experiencia. Estas ---
críticas, al ser constructivas y de buena fe, han conducido,
sin remedio, al resbaladizo terreno de los proyectos y de -
las reformas.

Mucho, sin duda, ha quedado sin hacer. Sin embargo, -
consideramos que se logra integrar en estas páginas, una --
idea cabal de los problemas -y las soluciones viables y ur-
gentes que confronta en la actualidad el Derecho de Proce--
dimientos Penales en México. Sirva nuestro esfuerzo para al

canzar el grado de Doctor en Derecho, sin considerar, por --
ello, concluidos nuestros estudios, inquietudes y trabajos--
sobre tan importante y problemática materia.

. . .

Nuestra gratitud a la Facultad de Derecho de la Uni--
versidad Nacional Autónoma de México, en su Director, el --
querido maestro Don Fernando Ojesto Martínez; en su Jefe de
la División de Estudios Superiores, Don Fernando Castella--
nos Tena, con los que siempre estaré en deuda; en su Claus--
tro de ameritados Maestros; en sus alumnos, en nuestros con
discípulos, discípulos y trabajadores, por sus grandes estí
mulos, facilidades y afecto que nos prodigaron unos, aten--
ciones, confianza, saber y experiencias que nos han dispen--
sado otros.

. . .

Reconocimiento perenne a familiares, próximos y leja--
nos, cuya comprensión y estímulo hicieron dable este logro.

PEDRO HERNANDEZ SILVA.

I N D I C E G E N E R A L .

P R I M E R A P A R T E

Página

CAPITULO I UBICACION DEL DERECHO DE PRO-
CEDIMIENTOS PENALES.

Derecho Penal Objetivo	4
Derecho Penal en sentido Subjetivo	5
Derecho Penal Sustantivo	6
Derecho Penal Adjetivo o Instrumental	8

CAPITULO II EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO
PROCESAL PENAL.

Evolución Histórica del Derecho Procesal Penal. En la Antigüedad	13
Proceso Penal Romano. La Edad Media	14
a) Proceso Penal Público	15
b) La Cognitio	16
c) La Accusatio	16
d) El Proceso Penal Extraordinario	18
El Siglo XVI	18
Los Siglos XVII y XVIII	20
Los Siglos XIX y XX	21
El Proceso Penal Prehispánico en México. Referencia General	22
Derecho Penal Maya	23
Derecho Penal Aztecas	35
El Procedimiento Penal en la Colonia	43
El Procedimiento Penal a partir de la Independencia de México	46

CAPITULO III NATURALEZA DEL DERECHO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES: -
EL ILICITO PENAL.

Concepto de Delito	62
Principales Escuelas que tratan el Delito	67
Teorías que permiten el estudio del Delito	77
Concepto Procesal de Delito	79

CAPITULO IV NATURALEZA DEL DERECHO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES: -
GENERALIDADES DEL PROCESO
PENAL.

El Fundamento del Proceso Penal	84
Definición de Proceso Penal	86
Objeto del Proceso Penal	89
1° La Inmutabilidad	91
Derecho Civil y Derecho Penal	91
2° La no Disponibilidad	95
Objeto Accesorio del Proceso Penal	98
Fines del Proceso Penal	100
Estructura del Proceso Penal en México	101

CAPITULO V NATURALEZA DEL DERECHO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES: -
ACTIVIDAD IMPULSORA DEL -
PROCESO PENAL.

	Página
Particularidades o Principios de la Acción Penal	118
a) Pública	119
b) Indivisible	119
c) Irrevocable	120
d) De Oficiosidad	120
e) De Verdad Real o Histórica	122
Acción Penal y Pretensión Punitiva	123
Consideraciones de este Tema en Derecho Comparado	130

S E G U N D A P A R T E

CAPITULO VI PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

Independencia del Organo Jurisdiccional	163
La Jurisdicción Penal en el Derecho Me- xicano Actual	173
a) El Sistema Judicial Mexicano en Ma- teria Penal	174
b) Organización de los Tribunales del Distrito y Territorios Federales	177
c) Principios para lograr la autono- mía del Organo Jurisdiccional	179
d) Crítica al nombramiento de los Magistrados	180
e) Del nombramiento de los Jueces	183
f) Crítica	184

	Página
Un Nuevo Sistema para la Independencia del Organó Jurisdiccional	185
a) Importancia y Sentido	185
b) Nombramiento de Magistrados	186
c) Nombramiento de Jueces	187
d) Concurso de Oposición	189
e) Exigencias Legales para el nombramiento de quienes han de impartir Justicia	192
f) Inamovilidad e Intransmisibilidad del desempeño de cargo de Juez	196
g) Inconvenientes para quienes desempeñen el cargo de Juez	199
h) Incompatibilidades e incapacidades del Juez.	200

CAPITULO VII EL PRINCIPIO DE DEFENSA.

El Derecho de Defensa	206
La Legislación Mexicana al respecto	210
La Averiguación Previa	215
La Libertad durante la Averiguación Previa	219
Análisis del Principio de la Defensa	220
1. Nombramiento de Defensor	220
2. El Defensor debe estar presente en todos los actos del Proceso	223
3. Derecho a que se comuniquen la Detención a los familiares	226

4. Derecho a la comunicación. Limitaciones	228
5. Derecho de Comunicación del Detenido con su Abogado	234
6. Derechos mínimos del Procesado y su Abogado.	238

CAPITULO VIII PRINCIPIO DE LA DECLARACION
DE LA CERTEZA DE LA VERDAD.

Importancia de este Principio	247
Valor y sentido de la Sentencia o Decla- ración del Derecho en Materia Penal	249
Principios Generales de la Declaración del Derecho o Sentencia en Materia Penal	253
a) Principio de la Obligatoriedad	253
b) Principio de la Indisponibilidad	254
c) Principio de la Inmutabilidad del Objeto del Proceso	255
Principios en el Proceso Oral (Según - James Goldschmidt)	256
a) Principio de la Oralidad	257
b) Principio de la Contradicción	257
c) Principio de la Concentración, y	257
d) Principio de la Inmediatividad	257
Principios de los Procesos Escritos o Mixtos (Orales y Escritos)	258
a) Principio de la Inmediatividad	258
b) Principio de la Contradicción	261
c) Principio de la Concentración	263

CAPITULO IX EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Concepto y Formas de la Legalidad	265
Orígenes y Fundamento del Principio de la Legalidad	272
El Principio de Legalidad en Diversos Ordenamientos	276
Garantías derivadas del Principio de Legalidad. Directrices del Proceso Penal	281
Implicaciones Metodológicas del Principio de Legalidad en la técnica jurídica. Interpretación y Aplicación Analógicas.	285
Crisis del Principio de Legalidad. Crítica.	287

CAPITULO X DE LA VERDAD HISTORICA.

Algunas definiciones de la Verdad. La Verdad Histórica.	307
Errónea Interpretación de la Verdad y de la Verdad Histórica	308
El Concepto de Verdad en la Filosofía	310
Nuevas Rutas para el Estudio de la Verdad Histórica en el Derecho Procesal Penal.	312
CONCLUSIONES.	317
BIBLIOGRAFIA.	331

PRIMERA PARTE

UBICACION, ANTECEDENTES Y NATURALEZA
DEL DERECHO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

C A P I T U L O I UBICACION DEL DERECHO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

DERECHO PENAL OBJETIVO.

DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO.

DERECHO PENAL SUSTANTIVO.

DERECHO PENAL ADJETIVO O INSTRUMENTAL.

Cuando nos acercamos por primera vez al estudio del Derecho Penal, se nos informó que para entenderlo, teníamos - que conocer la división que se hacía de esta ciencia, y así los apartados que estudiamos fueron, en la PARTE GENERAL, - la introducción de esta materia, la teoría de la Ley Penal, teoría del delito (en la que se incluía también el estudio del delincuente), teorías de la pena y de las medidas de seguridad. La otra gran parte que deberíamos estudiar después de haber entendido ésta, fué la PARTE ESPECIAL, que se en--cargó del estudio de los delitos en particular, penas y medidas de seguridad aplicables a casos concretos.

Hubo necesidad de una nueva división, para la cabal -

comprensión de esta ciencia y de la utilidad de la misma, - ya que solamente estudiando en forma substantiva el contenido de dicha materia, lo encontrábamos hueco, inútil y sin objeto, pues se nos ofrecía como algo estático, sin vida ni movimiento y con estas características, poco práctico y --- útil para el objeto que se buscaba.

Daremos desde luego el concepto y definición que se tiene de Derecho Penal, considerado como "la rama del Derecho Público Interno, relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social".

Hay quienes al hablar de Derecho Penal, lo entienden como un concepto más amplio, por ejemplo Maggiore nos dice que: "La expresión Derecho Penal, se aplica para designar - tanto al conjunto de normas penales cuanto a la Ciencia del Derecho Penal, estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual. Puede definirse según se haga referencia al sistema de normas, o bien al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena". (1)

Al hacerse otra nueva división, se nos habla de Derecho Penal en sentido objetivo y subjetivo.

(1). Giuseppe Maggiori. Derecho Penal. T. I. Ed. Temis. Bogotá, 1954. Pág. 3.

DERECHO PENAL OBJETIVO.

Se entiende por este derecho, el conjunto de normas jurídicas creadas por el Estado, referentes al delito, a las penas y medidas de seguridad; pues sabemos que el hombre para poder vivir en sociedad, tiene necesidad, para conseguir un orden social, de crear valores indispensables para su convivencia. A efecto de proteger esos valores, a través del Estado, se han creado bienes jurídicos que deben ser respetados por ser indispensables para la tranquilidad y armonía de los hombres.

La forma y manera para conseguir el respeto a esos valores y proteger esos bienes jurídicos, como son la vida, la seguridad, la salud, la libertad, etc. es creando tipos penales, ya que cuando una conducta del hombre se ajusta a éstos, dá origen a la creación de los delitos y, como principalmente ésta es la preocupación de la ciencia penal, es por lo que nos vemos precisados a señalarlos en este trabajo. Precisamente la creación de esos tipos penales, es lo que se denomina Derecho Penal en sentido Objetivo. A continuación daremos algunas definiciones de este derecho.

Para Cuello Calón es: "El conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son -

sancionados". (2)

Para Pessina es: "El conjunto de principios relativos al castigo del delito". (3)

Von Listz lo define como: "El sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia". (4)

Para Mezger el Derecho Penal Objetivo es: "El conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando el delito como presupuesto y la pena como su consecuencia jurídica". (5)

DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO.

Consiste este Derecho, en la facultad del Estado de castigar el delito con una pena, por tanto, se identifica éste como el Jus puniendi.

Cuello Calón al referirse a él dice: "Es el Derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad".

Naturalmente que hay quienes difieren de que sea un Derecho para el Estado, expresando que es una obligación, puesto que su misión, es conservar el orden jurídico y para ello, no sólo tienen el derecho de imponer penas o medidas de seguridad cuando existe y se prueba un hecho delictuoso,

-
- (2). Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. T. I. 8a. Edición Pág. 8
 - (3). Elementos de Derecho Penal. Madrid, 1892. Pág. 1
 - (4). Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. Edit. Reus S.A. Madrid, 1926. T. I. Pág. 5
 - (5). Edmundo Mezger. Tratado de Derecho Penal. T.I. 1946. - Págs. 27 y 28

sino también la obligación.

De ninguna manera quedaría agotado el panorama del estudio de esta disciplina con los temas que hemos apuntado, - pues repetimos, es necesario una nueva división que viniera a completar el panorama general de la disciplina y por ello expresamos, que la segunda división sería referente al estudio del Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo.

DERECHO PENAL SUSTANTIVO.

Ya hemos apuntado que a efecto de que sean respetados los bienes jurídicos considerados indispensables para la -- convivencia social, como son la vida, ya que la suma de éstas forman la sociedad; la salud, la libertad, la seguridad, el honor, la propiedad, etc.; el legislador consideró indispensable formular un catálogo de tipos penales, que determinaran las consecuencias de no respetar estos bienes, amenazando las conductas humanas con una pena, creando así los -- diversos tipos penales que conocemos y que sirven para que si una conducta humana se encuadra a ellos, se considere delito.

Debemos aclarar que estas descripciones que el legislador hace de tipos penales, las encontramos en nuestra Legislación, en el Código Penal y en las Leyes Especiales, lu

gares donde existen tipos penales y no como erróneamente -- se considera que existen delitos, pues el delito pertenece al mundo fáctico; hasta que una conducta no se adecúa al tipo, es cuando se habla de delito y los tipos penales pertenecen al mundo normativo.

Como a cada momento habremos de referirnos al delictopor ser un presupuesto de la materia de nuestro trabajo, señalaremos la definición que nos parece más acertada de delito y que es la que nos da Mezger en un concepto jurídico -- sustancial, diciendo: "Es la acción típicamente antijurídica y culpable". (6) En cambio la definición de tipo es: la descripción legal de un delito o sea la creación legislativa.

Naturalmente que si contamos ya con el conocimiento de lo que debemos entender por Derecho Penal, en los temas que hasta ahora hemos tratado, surgiría para nosotros la -- pregunta de ¿cómo, cuando y quien va a aplicar este derecho?, ya que no se podría admitir que a capricho se aplicara, y entonces, surge la necesidad de encontrar una forma -- sistemática y ordenada para su aplicación, una reglamentación cuyo objeto fuera señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material y es cuando surge el

(6). Op. Cit. Madrid, 1955. Pág. 156.

DERECHO ADJETIVO O INSTRUMENTAL.

Se conoce a éste, como el Derecho Procesal Penal y su importancia es que da dinámica al Derecho Penal Sustantivo.

Ya apuntamos que sin éste, sería estático, por lo que consideran algunos autores, que el Derecho Procesal Penal son los pies del Derecho Penal, con los que camina hacia el propósito del Estado para conseguir el orden social. A continuación daremos algunas definiciones que se han dado de este DERECHO PROCESAL PENAL.

Claría Olmedo nos dice: "Es la disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del Derecho Penal. Esta blece los principios que gobiernan esa realización y determina los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar la Ley Penal Sustantiva. (7)

Eugenio Florián nos dice: "Es un conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran". (8)

Ernesto Beling señala: "Es la rama jurídica que regula la actividad titular del Derecho Penal". (9)

Por su parte Manzini afirma: "El Derecho Procesal Penal es, el conjunto de normas, directa e indirectamente sancionadas, que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación

-
- (7). Jorge A. Claría Olmedo. Tratado de Derecho Procesal Penal. T. I. Buenos Aires, Argentina, 1960. Pág. 49
- (8). Eugenio Florián. Elementos de Derecho Procesal Penal.- Trad. y Ref. al Derecho Español por L. Prieto Castro.- Casa Edit. Urgel 51 Bis. Barcelona. Pág. 14
- (9). Ernesto Beling. Derecho Procesal Penal. Trad. de Miguel Fenech. Ed. Labor, S.A., 1943. Pág. 1.

de las condiciones que hacen aplicable en concreto el Derecho Penal Sustantivo". (10)

Por lo que respecta a la definición que de esta disciplina dan algunos autores mexicanos, tenemos que el Maestro Javier Piña y Palacios señala: "El Derecho Procesal es la disciplina jurídica que explica el origen, función, objeto y fines de las normas mediante las cuales se fija el "quantum" de la sanción aplicable para prevenir y reprimir el acto u omisión que sanciona la ley penal". (11)

Colín Sánchez nos dice que el Derecho de Procedimientos Penales es: "El conjunto de normas que regulan y determinan los actos y las formas que deben observarse durante el procedimiento, para hacer factible la aplicación del Derecho Penal Sustantivo". (12)

Aguilera de Paz escribe: "El Derecho Procesal Penal es el conjunto de disposiciones que regulan el poder punitivo del Estado".

Rivera Silva sostiene: "El Derecho Procesal Penal es el conjunto de reglas que norman la actividad estatal que tiene por objeto el eslabolamiento del delito con la sanción". (13)

Son interesantes todas las definiciones que se han dado de lo que debemos entender por el Derecho Procesal Penal.

(10). Vincenzo Manzini. Tratado de Derecho Procesal Penal.- T. I. Edic. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, - 1951. Pág. 107.

(11). Javier Piña y Palacios. Derecho Procesal Penal. México, 1948. Pág. 7

(12). Guillermo Colín Sánchez. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Porrúa, S.A. México, 1970. Pág. 3

(13). Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Edit. Porrúa, S.A. México, 1967.

Cada autor se esfuerza por expresar la función y contenido de este derecho, y naturalmente que si fijamos nuestra --- atención en estas expresiones, lo primero que notamos, es - que se pretende señalar que esta rama del derecho, es la -- que hace factible la aplicación del Derecho Penal Sustantivo, pero naturalmente que, si dichas normas no fuesen encaminadas a facilitar a alguien la declaración y aplicación - del derecho, dejarían de tener importancia total para poder se conseguir el orden social, que está obligado el Estado - a proporcionar a la sociedad.

En resumen, sólo con el propósito de señalar lo que-- por nuestra parte hemos entendido que es esta rama del derecho, nos atrevemos a expresar la siguiente definición: Derecho Procesal Penal, es la rama del Derecho Público Interno, relativo a las normas que permiten la aplicación del Dere--cho Penal Sustantivo, haciéndolo actual, útil y dinámico.

De esta definición, se ha tomado en cuenta que esta - rama del derecho, es la que permite a los órganos correspon-dientes aplicar el Derecho Sustantivo Penal y en forma gene-ral, a este derecho lo hace actual, útil y dinámico.

Otra circunstancia que debemos apuntar, es el hecho - de que algunos autores mexicanos señalan que debe denominar-se a esta rama, Derecho de Procedimientos Penales, toda vez

que se encarga no solamente de las normas que habrán de regir el proceso penal, sino todos los actos encaminados a -- preparar el proceso, como es la averiguación previa, (y en nuestra legislación:) la preparación del proceso penal (o -- sea el término constitucional). Por ello opinan que debe -- pluralisarse al hacerse referencia a esta rama; pero los -- autores que no están de acuerdo con ésto, establecen que di -- cha rama debe denominarse, Derecho Procesal Penal, porque -- todos los actos que reglamenta, son precisamente encamira-- dos a la elaboración de un proceso penal y, que lo que suce -- de, es que en nuestra legislación, los Códigos de Procedi-- mientos Penales reglamentan los tres grandes períodos del -- procedimiento penal, como es la averiguación previa, la pre -- paración del proceso ó término constitucional y el proceso, así como también los medios de impugnación para las resolu -- ciones, etc.

Por nuestra parte opinamos que sería más práctico y -- eficaz, que se revisaran nuestros Códigos de Procedimientos Penales, y se creara un código que sólo contuviera las nor -- mas para la elaboración del proceso penal; que en forma se -- parada se reglamentaran los demás actos a que se refieren -- ahora nuestros códigos, con ésto se facilitaría la aplica -- ción del Derecho Penal Sustantivo.

C A P I T U L O I I EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO
PROCESAL PENAL.

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO -
PROCESAL PENAL. EN LA ANTIGUEDAD.

PROCESO PENAL ROMANO. LA EDAD ME-
DIA.

- a) PROCESO PENAL PUBLICO
- b) LA COGNITIO
- c) LA ACCUSATIO
- d) EL PROCESO PENAL EXTRAORDI--
NARIO.

EL SIGLO XVI

LOS SIGLOS XVII Y XVIII

LOS SIGLOS XIX Y XX

EL PROCESO PENAL PREHISPANICO EN-
MEXICO. REFERENCIA GENERAL.

DERECHO PENAL MAYA.

DERECHO PENAL AZTECA.

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LA COLO-
NIA.

EL PROCEDIMIENTO PENAL A PARTIR -
DE LA INDEPENDENCIA DE MEXICO.

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PROCESAL PENAL.
EN LA ANTIGUEDAD.

Sabemos que las legislaciones más antiguas que hacen referencia a los delitos y a las penas, no estuvieron debidamente ordenadas ni sistematizadas, pues en la codificación en general, se incluían normas de carácter penal, civil, administrativo, etc. Así tenemos que el Código de Hamurabi, de las leyes Manú, el Corán, etc., tenían referencias de figuras penales, ésto demuestra que ni siquiera el Derecho Penal estaba ordenado en forma sistemática, menos podemos hablar, de una legislación separada que hiciera referencia al Derecho Procesal Penal, pues en las mismas codifica-

ciones, se señalaban normas que facultaban a quienes impartían justicia, para aplicar las sanciones, pero no en forma técnica y mucho menos, observándose ningún principio fundamental que rigiera la actividad de estos órganos o personas. Quedaba pues, al arbitrio de ellos, aplicar las disposiciones penales que se contenían en las obras a que nos hemos referido. Cuando ya se empieza a hablar de Proceso Penal, es en la legislación romana, por ello habremos de hacer una breve referencia de ésta.

EL PROCESO PENAL ROMANO.

LA EDAD MEDIA.

En Roma el proceso penal podía ser público o privado. En el primer caso, el Estado actuaba como titular de la potestad de castigar y como representante del interés social; en cambio el segundo o privado, sólo servía de arbitro entre los litigantes, juzgaba atendiéndose a lo expuesto por las partes en el proceso y, esta forma se daba cuando el injusto era cometido sin violencia y no previsto específicamente por la ley.

Existían reglas para esta forma que eran constantes y comunes. Por ejemplo, la acción penal privada de dolo, era concedida o negada a arbitrio del magistrado, ya que se te-

nía un concepto especial del dolo, y que se ubicaba para -- ilícitos determinados, como la estafa y otros. Naturalmente como con estas formas no se conseguía el propósito del Estado, porque se quedaban muchos delitos impunes, pronto tuvo- que abandonarse esta forma privada por no poderse adaptar - la naturaleza de las relaciones penales a la tutela de los- intereses colectivos, aún cuando todavía en nuestros días - quedan algunos delitos, mal llamados privados; de ahí dedu- cimos los requisitos de procedibilidad para algunos ilíciti- tos, como las injurias, abuso de confianza, etc.

a) PROCESO PENAL PUBLICO.

En esta forme de proceso, el Estado ya no se atiende - al resultado contradictorio entre las partes, sino que, ya- actúa por sí mismo, realizando diligencias e investigacio- nes necesarias para poder declarar el derecho, tomando en - consideración desde luego, como ya dijimos, el interés so- cial que está obligado a proteger, ya que no era el particu- lar ofendido quien hacía valer una pretensión, sino que era el Estado quien efectuaba la función de defensa social. Es- te Derecho del Proceso Penal Público, tenía dos formas la - "Cognitio" y la "Accusatio".

b) "LA COGNITIO".

En la que toda función procesal estaba encomendada a órganos del Estado, ésta es la forma más antigua y otorgaba todo poder a los magistrados, dándoles amplias facultades para esclarecer los hechos en la forma que mejor les pareciese.

Sólo existía un límite en la ejecución de las sentencias, en el que, el condenado, siempre que fuera ciudadano y varón, tenía la facultad de pedir al pueblo la anulación de la sentencia. Si el condenado hacía uso de este derecho, que tenía las características de un recurso de revisión, el magistrado que lo había condenado, debería presentar al pueblo los elementos necesarios para la nueva decisión.

Naturalmente que esta forma, se prestó a críticas e inconformidades, ya que muchas personas se encontraban escasas de garantías ante esta forma, principalmente los que -- eran excluidos de poder impugnar las decisiones, como lo -- eran las mujeres y los que no eran ciudadanos, así como que se consideraba una peligrosa arma política en manos de los magistrados, por ello fué abandonándose esta forma.

c) "LA ACCUSATIO".

Esta forma apareció en el último siglo de la Repúbli-

ca, como consecuencia de las condiciones impuestas en esta nueva política o forma del Estado, marcando desde luego una innovación en el Derecho Procesal Romano.

Tanto en la forma anterior, como en la que comentamos, tratándose de delitos públicos se hace menester del proceso, para declarar la certeza del delito y la pronunciación de las sentencias, pero en la "accusatio", la iniciativa para determinar la persecución del delincuente y para ejercitar la pretensión punitiva, o sea más bien, para ejercitar la acción penal, correspondía a un representante de la colectividad que se le denominaba "accusator"; que una vez ejercitada dicha acción, el magistrado quedaba investido de ella y no interesaba que el acusador abandonara su ejercicio, pues ya sin necesidad de su excitativa, podía continuarse con la investigación.

Véase pues que en esta forma, lo único que se perseguía, es que existiera el inicio de la acción penal por parte del representante de la colectividad a que ya nos hemos referido; tal vez en el transcurso del tiempo, esta forma fué evolucionando hasta llegar a nuestros días en los que, ya conocemos quien es el encargado de ejercitar la acción penal en nuestras legislaciones modernas y que es, el Ministerio Público.

d) EL PROCESO PENAL EXTRAORDINARIO.

El sistema o forma a que nos referimos anteriormente, fué siendo inadecuado para la represión de la delincuencia, planteando en ocasiones serios problemas, ya que al no ejercer la acción penal oportunamente, ésto traía como consecuencia, las venganzas privadas y entonces optaron por dejarlo como procedimiento ordinario, creando otro sistema -- con el nombre de Proceso Penal Extraordinario, el cual facultaba a los magistrados o jueces a que determinados delitos, si no había acusación en las formas señaladas, ellos -- podían proceder de oficio aún sin acusación formal, y hacer por sí mismos, las instrucciones y pronunciar sentencias -- condenatorias o absolutorias, formas que se conservaron hasta no hace mucho tiempo y que permitieron introducir al proceso penal, verdaderos inconvenientes para la busqueda de la verdad histórica, que es el objeto de los procesos penales, puesto que con el sistema extraordinario, los jueces -- y magistrados cometían verdaderas injusticias y por la inadecuada técnica en la investigación, se llegaba a erróneas convicciones del hecho de que era objeto el proceso.

EL SIGLO XVI.

La influencia de este sistema ordinario y extraordina

rio, llegó a existir hasta el siglo XVI, sin escapar en su aplicación en la época bárbara en Italia, aún cuando debemos reconocer que los bárbaros trasladaron a Italia las costumbres de muchas sociedades primitivas, consistentes en -- los Juicios de Dios, mediante los cuales se suplía la pena-- dándole intervención a la divinidad, para determinar la culpabilidad o inocencia de las personas.

Consistían estos juicios, en el duelo judicial y cuando no se podía realizar por la calidad de las personas o características, entonces se hacían las pruebas del agua hirviente, del agua fría, del fuego, de la deglución de un --- gran bocado, etc., pero una vez que los bárbaros se convirtieron al cristianismo, ya miraron con desconfianza estos - juicios; se encontraron con que la iglesia prohibió los mismos, aunque no obtuvo muchos resultados, porque siguieron - imperando con otro concepto los Juicios de Dios. Desde luego sin confundirse estos juicios con las supersticiones que pudieran ser medios de prueba y no juicios.

Por último diremos que el proceso penal, sólo se promovía a instancia privada, por aquéllos delitos que afectaban directamente a los particulares, mientras que cuando lesionaban el interés colectivo, se procedía como ya dijimos, ex-oficio, y ésta última forma fué absorbiendo a la primera-

ya que momento a momento se llegó a la comprensión de que todos los delitos afectan a la colectividad.

LOS SIGLOS XVII Y XVIII

En los siglos XVII y XVIII los jurisconsultos que se ocuparon de esta materia, continuaron con el antiguo sistema, con muy pocas variaciones en el procedimiento penal, éstos son por ejemplo: Carpano, Antonio Tiraboschi, Griffo, - Priori, De Zamboni, Fontana de Agostino, Jacopo Gagliardo, Da Miletó, Domenico Moro, A. de Sarno, Morari, Carlo Pochini, Nicola Alfano, Francesco Giuseppe de Angelis, Francesco Teobaldo y otros.

Debemos recordar que en este siglo, la influencia de la Escuela del Derecho Natural, vino a marcar otros derroteros para el derecho, perdiéndose de vista la esencia y finalidad de la ciencia jurídica penal, debido a las divagaciones filosóficas que ajustaban a sus tendencias los autores.

Es indiscutible que debemos admitir el cambio en la disciplina del derecho penal, y en especial, en el procedimiento con la aparición de Cesare Beccaria, que marcó el humanismo en el proceso penal con su opúsculo del delito y de la pena, escrito en 1764, contribuyendo grandemente a la reforma legislativa, obligando a los autores a que se desarro

llaran, pensando siempre en el respeto a la dignidad humana proponiéndose se desterraran las crueldades anteriores y se diera un trato humano a aquéllos sujetos a un proceso.

Su obra se tradujo a varios idiomas, por eso la influencia fué general de la humanización del derecho penal.

LOS SIGLOS XIX Y XX.

En el siglo XIX, la ciencia del Derecho Procesal Penal en Italia, pudiérase decir, que estuvo descuidada, pues sólo aparecieron algunos comentarios de autores, por lo que escaseó la monografía, debido a la poca producción científica de esta disciplina.

En el siglo XX aparece un renacimiento del Derecho Procesal Penal, siendo varios los autores italianos que se dedican a esta disciplina, así como en otros países, Alemania, Francia, Inglaterra, y puede señalarse que en esta época con toda propiedad, se puede hablar de una literatura científica del procedimiento penal.

En nuestro concepto, los tratados más completos en esta materia, los encontramos en Italia con Francesco Carnelutti, Vincenzo Manzini, Eugenio Florián, Giovanni Leone y otros.

EL PROCESO PENAL PREHISPANICO EN MEXICO.

REFERENCIA GENERAL.

Siempre habremos de sentirnos orgullosos de nuestros ancestros, pues provenimos de una raza que ha dejado huellas y vestigios de una gran cultura en todos los órdenes. Quien se encuentra ante las ruinas de Chichén Itzá, de Tulúm, --- Uxmal, Palenque, Teotihuacán, Tenayuca, etc., siente una -- verdadera emoción y un orgullo de su tradición. Pues estas culturas también hicieron referencia a la ciencia del derecho.

Por no conocer la escritura, a base de dibujos hacían las descripciones legales que consideraban delictuosas, es-

decir, creaban sus tipos penales en la forma señalada. Esto desde luego tiene gran importancia, porque no daban lugar a que no se interpretara debidamente lo que ellos representaban en su dibujo, era tan objetiva la descripción que no podía confundirse, y cualesquier persona podía entenderla.

Por lo que toca a la jurisdicción, tenían verdaderos tribunales y los sacerdotes que eran los que impartían la justicia, y siendo ésta de carácter penal, la impartían de día y de noche, teniendo el concepto de que la justicia penal, debe ser pronta y expedita. Aún cuando eran crueles en sus penas y severos en los castigos, lo hacían con el propósito de ejemplaridad y de reprimir las conductas ilícitas.

A continuación haremos una breve referencia de los -- principales grupos que cultivaron nuestra ciencia, y así, -- nos referiremos a los Mayas, aunque desgraciadamente se han perdido muchos antecedentes que fueron destruidos por los -- conquistadores, pero con lo que quedó, podemos integrar y -- admirar esta maravillosa cultura, sobre todo, en la ciencia del derecho.

DERECHO PENAL MAYA.

No se posee constancia directa del tipo de organiza--

ción social, política y jurídica de los Mayas, ya que no ha sobrevivido comprobante alguno contemporáneo relativo a --- esos puntos, ni se ha podido identificar en las inscripciones jeroglíficas de los mayas, referencia alguna a ellos, - por tanto, debemos depender de la prueba indirecta en forma necesaria, como lo es la interpretación que puede surgir de alguno de los jeroglíficos mayas, o estableciendo analogías con los demás pueblos hermanos de los mayas, pues éste es - el método que han seguido los sabios historiadores, que se han ocupado de estudiar la trayectoria evolutiva de este -- pueblo.

Siendo la organización Maya de orden teocrático, debe mos hacer una breve referencia a su religión, con el objeto de hacer posible cierto conocimiento de ellos, por lo que - se refiere a las fuentes de su Derecho Penal.

Las creencias de los mayas en el aspecto religioso, - nos han llegado sumamente confusas, toda vez que son esca-- sas las fuentes que para ello existían, inclusive el obispo Diego de Landa, escritor del que pueden tomarse datos en lo que se refiere a la religión de los mayas, no es muy confia ble, sobre todo, si se toma en consideración que todos los- esfuerzos que desplegó, tendieron a la supresión de la reli gión y costumbres de los mayas.

En un principio, afirma Chavero: "Existía en el maya-una verdadera zoolatría. El maya quiché primitivo se distingue por su religión y su culto. La primera fué la adoración de los animales, una verdadera zoolatría". (1)

Los dioses más importantes para los mayas eran los íntimamente relacionados con la agricultura y la fertilidad,-- pues su existencia entera dependía del monto de la cosecha. Por tanto, los principales dioses eran los del trueno, del rayo y de la lluvia.

Encontramos también con cierta regularidad, el dios -- del viento, de la luna, del sol, del maíz, de la muerte, -- etc.

El dios de la guerra, se encuentra íntimamente ligado con el de la muerte. No encontramos orientación desde el -- punto de vista jurídico, ya que su principal interpretación debe hacerse en función de la guerra, aún cuando también se le puede ligar con las muertes violentas, quedando aquí lógicamente incluídas las muertes causadas por pena o asesinato.

El emblema de este dios, es una franja negra que le ba jaba en curva vertical por uno y otro lados de la cara, lo-cual significaba pintura bélica o heridas.

El pueblo Maya, decíamos, estaba organizado en forma-

(1). México a través de los siglos. T. I. Vol. I. Historia-Antigua y de la Conquista. Justo Sierra 7-201. México, D.F. Pág. 3.

teocrática. Lógico es suponer que los sacerdotes ejercieran una gran influencia sobre el pueblo. Los sacerdotes formaban la clase culta y educada. Por otro lado, encontramos la clase inculta. Ahora bien, la diferencia de orden intelectual-existente entre estas clases era grandísima.

A la clase culta, se le debió haber consultado para todos los asuntos importantes de la colectividad, ya que -- eran el centro de la misma. Entre sus principales funciones debió estar la de determinar las fechas de las diferentes faenas agrícolas, de las fiestas religiosas, curar a los enfermos, rendir justicia, etc. etc.

Entre los principales caudillos sacerdotales, los cronistas e historiadores del pueblo maya, nos hablan del célebre Zamna o Itzamna, que fué un caudillo con gran influencia, que puso nombre a todos los seres y lugares, instituyó la religión y fué el legislador y profeta bienhechor de su pueblo.

Derecho Penal.

Antes de entrar al estudio de las disposiciones penales entre los mayas, debemos hacer referencia a las personas que estaban encargadas de impartir justicia, es decir, al que ahora denominaríamos órgano jurisdiccional y del sitio en que se impartía la justicia.

Desde luego, es lógico suponer que no todas las regiones del vasto Imperio Maya, tenían la misma importancia y no en todas podía impartir justicia el gran personaje, siendo en nuestro concepto, acertada la distinción que hace Ricardo Mimenza: "Cuando el clan fué poco importante, el poder religioso y civil lo ejercía el más anciano del grupo, el yum padre, ya más extenso su territorio, su jefe se llamó "Tol Pop", que era una especie de alcalde. Después surgió con su mando más amplio el "Batab", posteriormente el "Halach Uinic", cacique o príncipe que era la suprema autoridad". (2)

La justicia debieron ejercerla comúnmente y de acuerdo con la importancia de la región, el "Yum", el "Tol Pop", el "Batab" y en última instancia el "Halach Uinic". Estas interpretaciones son congruentes con las opiniones de diversos autores. Alfredo Chavero dice: "Hacían justicia los Bataba u otros delegados especiales del "Ahau" (3); por su parte Sylvanus G. Morley manifiesta lo siguiente: "Además de ser el Halach Uinic el más alto funcionario administrativo y ejecutivo del Estado, es posible que haya sido también al mismo tiempo, la autoridad eclesiástica de mayor categoría". (4)

En cuanto al sitio en que se impartía la justicia, al

(2). Ricardo Mimenza. La Civilización Maya. Enciclopedia -- Gráfica. México, 1929. Pág. 23

(3). Op. Cit. Pág. 353.

(4). Sylvanus G. Morley. La Civilización Maya. Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires. Pág. 201.

narrarnos Chavero las pirámides de la península de Yucatán, correspondientes al pueblo que estamos estudiando, nos dice: "Una cuarta y muy grande llamada Ppapp - Nol - Chac, -- que significa casa de los jefes y señores, donde vivían los sacerdotes de los dioses, y eran tan venerados que ellos -- eran los señores y los que castigaban y premiaban y a quienes obedecían con gran extremo; lo que ellos decían o mandaban, lo creía y obedecía el pueblo, como si hubiera sido dicho o mandado por el Dios mismo" (5). Indudablemente éste era el sitio donde se impartía justicia.

Por su parte, Ricardo Mimenza expresa: "En los pueblos, en la anchurosa plaza pública se alzaba el templo, la casa de la justicia o "Popihú" (6). Quizá es el mismo sitio a que se refiere el sabio Chavero, pero fácil es suponer que no sólo existía uno.

En lo que se refiere al derecho penal maya, propiamente dicho, los cronistas y estudiosos que tomamos como base en este estudio, manifiestan en forma general lo siguiente:

"Las personas que impartían justicia, imponían penas muy severas, castigaban con la muerte el adulterio, para lo cual, atado a un madero lo entregaban al cónyuge ultrajado, si éste le perdonaba, quedaba libre, caso contrario, lo mataba, dejando caer sobre su cabeza una gran piedra. A la mu

(5). Op. Cit. Pág. 185.

(6). Op. Cit. Pág. 23.

jer le daban por único castigo, la infamia y el desprecio público; ésto es posible que fuese resultado de la influencia de los nahoas, que invadieron a los mayas hacia el siglo X, entre los cuales la mujer que no llegaba pura al matrimonio, era repudiada con ignominia y por regla general, era admitido el repudio libre del marido.

Al sospechoso de adulterio, aunque no se lo probasen, le ataban las manos por detrás varias horas o varios días, según el caso, o lo desnudaban, o cortaban los cabellos, -- que era muy grave afrenta.

Al homicida lo estacaban para que muriese. Sin embargo, si el homicida era menor, no se le mataba, sino que se le hacía esclavo y si la muerte era casual, tenía que pagar un esclavo por el muerto.

Al ladrón, aunque fuese de poco, lo hacían esclavo; y si era señor o principal, se juntaba al pueblo y le labraban el rostro por los dos lados, desde la barba hasta la frente. lo que se tenía por gran infamia.

También pena de muerte se imponía al traidor a su señor e igualmente al incendiario.

Muerte recibía también el que corrompía a alguna doncella, acometía, cazaba o forzaba a cualquier mujer.

No usaban del juramento, pero maldecían el mentiroso-

y se creía que no mentían por temor a las maldiciones.

Afirma Chavero, que de las sentencias no había apelación, lo cual estimamos equivocado, si se toma en cuenta -- que había varias clases de personas que impartían justicia, una de ellas, superiores, luego estaban jerarquizadas. (7)

No usaron por pena los azotes ni la prisión, pero a los condenados a muerte, los prisioneros de guerra y a los esclavos fugitivos, les ataban atrás las manos, les ponían a la garganta una collera hecha de palos y cordeles y los llevaban a unas jaulas de madera que servían de cárcel.

Una de estas jaulas, pintada de varios colores, servía para guardar a los niños y a los hombres que habían de ser sacrificados.

Estos datos son del todo verídicos y la base para afirmarlo se encuentra en lo siguiente: Aparecen en algunas esculturas mayas, prisioneros atados, y esta escultura es especialmente interesante, en cuanto que puede ser susceptible de interpretación, desde el punto de vista de la pena a que hemos hecho referencia, tal interpretación se puede hacer, por ejemplo, de la escultura localizada en Piedras Negras, El Petén (Guatemala), en la Estela número doce; estas figuras están atadas con cuerdas, con las manos amarradas detrás de la espalda.

(7). Op. Cit. Pág. 353.

Refiere por otro lado Sylvanus G. Morley: "Una de las características más interesantes de Calakumul, es un afloro natural de piedra caliza, con un borde irregular que mide seis metros de largo por cinco de ancho y tal vez veinticinco o treinta centímetros de alto en el centro. En la parte superior de esta roca, fueron grabadas siete figuras de cautivos de tamaño heróico, con las manos atadas por detrás. - La mayor de ellas mide tres metros de alto". (8)

Por otro lado, en el Templo de los Guerreros de Chichén Itzá, Yucatán, México, aparece media docena de cautivos desnudos con el cuerpo pintado de franjas y los brazos atados a la espalda, que caminan conducidos por guerreros.

Por lo que se refiere a las jaulas de maderos, debemos hacer notar lo siguiente: los primeros españoles que desembarcaron en suelo maya, fueron Jerónimo de Aguilar y sus compañeros, que naufragaron cerca de Yucatán, en 1511, logrando llegar hasta sus costas; algunos de ellos fueron sacrificados y comidos en una ceremonia, después de haber sido apresados por algún cacique maya; Aguilar y otro español de apellido "Guerrero", escaparon de unas jaulas de madera en que se les guardaba en espera del sacrificio, esta es la razón por la que consideramos que existieron indudablemente dichas jaulas de madera.

(8). Op. Cit. Pág. 372.

Ricardo Mimenza, haciendo referencia a la organización penal maya, se muestra congruente con lo que hasta ahora hemos venido sosteniendo, y dice lo siguiente: "La Justicia era administrada directamente por el cacique, quien indagaba los delitos e imponía las penas correspondientes. -- Tratándose de daños a la propiedad, se aceptaban resarcimientos e igual pena al homicidio casual, al incendiario por imprudencia; en cuanto al adulterio era considerado delito grave y castigado con la pena de muerte que ejecutaba el -- ofendido. Morían apedreados los forzadores y violentadores de doncellas, y los asesinos igualmente quedaban a merced de la venganza de los allegados de la víctima. Si era menor de edad el homicida, permanecía esclavo de la familia del -- muerto. El robo y el hurto se castigaban con la esclavitud y con la infamia, labrándose el rostro del criminal por ambos lados de la barba a la frente, para su eterna vergüenza".

"No existían cárceles construídas, pero se acollaraba y encerraba a los malhechores en jaulas de madera y a la intemperie hasta cumplirse su Sentencia". (9)

J. Eric Thompson indica lo siguiente: "A lo que parece no había castigo para el abandono de hogar, que ocurría frecuentemente, aún cuando hubiera hijos en el matrimonio.--

(9). Op. Cit. Pág. 23.

El castigo del robo, si lo robado no podía devolver-- se, era la esclavitud. En tiempos de hambre ocurrían numeros robos y el resultado era un gran aumento en el número - de los esclavos durante esas épocas". (10)

Sylvanus G. Morley, por su parte, hace notar lo si--- guiente: "Si una persona era sorprendida robando, era entregada a la persona a quien había robado y se convertía en su esclavo de por vida, o hasta que podía pagar el valor de -- los efectos hurtados". (11)

Debemos tratar el suicidio. Alberto Ruz Lhuilhier dice al respecto lo siguiente: "La diosa Ixtab era patrona de los suicidas por ahorcamiento, los que se suponía gozar de un paraíso especial.

Su recuerdo subsiste en la Xtabay de las leyendas coloniales y actuales; la mujer hermosa que de noche vaga por los campos y que produce la muerte al hombre que se le acerca". (12)

De lo anterior se desprende lo siguiente: Los suici-- das iban al cielo y se les respetaba grandemente, estaban - bajo la protección de la diosa ya mencionada, Ixtab, que en los códices mayas aparece con una soga al cuello, y conse-- cuencia de esta creencia, era que los suicidios entre los - mayas eran frecuentes, cosa que también asevera Sylvanus G.

(10). J. Eric Thompson. La Civilización de los Mayas. Publicaciones del Departamento de Bibliotecas. Secretaría de Educación Pública. México 1936. Pág. 72

(11). Op. Cit. Pág. 201.

(12). Alberto Ruz Lhuilhier. La Civilización de los antiguos Mayas. Instituto Nacional de Antropología e Historia. México, 1963. Pág. 62.

Morley: "Era cosa común entre los mayas suicidarse por cualquier trivialidad, por algún ligero desaliento, creyendo -- que con ello aseguraban un lugar en el cielo". (13)

Todo ello nos hace necesariamente concluir que el delito que actualmente conocemos como de auxilio e inducción al suicidio, no existía entre los mayas, no era punible esta actividad que ahora se considera como delictuosa, por el contrario, las personas que inducían a otra al suicidio, deben haber sido objeto de cierta alabanza o felicitación, ya que a quien se auxiliaba o inducía al suicidio se le beneficiaba.

Es probable que el maya practicara el autosacrificio, lo cual hacía sacándose sangre de diversas partes del cuerpo y también, es probable que el autosacrificio maya haya -- constituido una especie de penalidad, principalmente por el hecho de que en nuestro concepto, el maya no había establecido la diferencia entre pecado y delito, tema que más adelante trataremos, por lo que el autosacrificio era un medio de superar el acto que se consideraba malo, llámase pecado o delito.

La forma más común de autosacrificio por medio de sangrías, consistía en pasarse una cuerda llena de nudos con -- espinas por la superficie de la lengua. La sangre que brota

(13). Op. Cit. Pág. 36.

ba la untaban en la cara de los dioses. A menudo también se agujereaban las mejillas y se cortaban las orejas en derredor, dejándolas pendientes sólo de un punto.

Toda vez que la esclavitud constituía una de las penas más comunes entre los mayas, debemos hacer una breve referencia a la misma: La pena de esclavitud era hereditaria entre los mayas, los hijos de los esclavos eran esclavos -- hasta que se redimían o se hacían tributarios. El que se casaba o tenía hijos con esclava, quedaba esclavo del dueño -- de ésta, y lo mismo sucedía con la mujer que se casaba con esclavo.

DERECHO PENAL AZTECA.

Por lo que respecta al Derecho Penal, analizándolo y comparándolo en los términos que se hacía en el Derecho Romano, vemos que en la misma forma se le consideraba como Derecho público y las disposiciones que dictaba el Tlatoani, quien respetaba siempre la costumbre del pueblo, tendían a guardar la tranquilidad social y a reprimir los actos que se estimaban malos (delictuosos), por medio de las penas correspondientes. Por ello, se considera que en forma cronológica el derecho, donde quiera que ha nacido, va sufriendo transformaciones, pero siempre con un concepto similar, ya-

que para que exista, es menester que se invente para su posterior aplicación en los hombres.

En este renglón, los aztecas siempre se preocuparon por crear normas que sirvieran para preservar el orden social, aún cuando aunaban a éstas, los conceptos religiosos; pero la legislación penal fué la rama más importante que cultivaron, pues los historiadores se refieren a ello con verdadera admiración, bien que sus primeras formas fueron crueles y severas, porque ellos pensaban que eran las únicas formas de conseguir el respeto a la familia, a las autoridades y a los bienes.

Se distinguieron los aztecas, por reprimir en general todos los hechos delictuosos. Las leyes se aplicaban no sólo a los pueblos sojuzgados, sino a los integrantes del propio grupo. Por sus métodos crueles pensemos en una falta de evolución social, pues a medida que avanzan en cultura los pueblos, van desterrándose las formas de crueldad para reprimir las faltas, ya que se toman en consideración muchos factores y razones que las determinan.

Lo mismo que, el hombre al adquirir mayores bienes de cultura, va teniendo un concepto más claro de los valores, deja de cometer delitos. Por ello, no habré de ser motivo de crítica insana, el hecho de señalar que los aztecas fue-

ron crueles en sus sanciones.

Se ha sabido también, que las leyes penales iban cambiando conforme a las necesidades de los grupos, destacando, por ejemplo, las leyes dictadas por Netzahualcoyocin, Rey de Texcoco, que dictó varias leyes con buen juicio para la conservación tanto del orden social, como de su señorío. A su muerte le sucedió en el reinado, su hijo Netzahualpicintli, quien gobernó cuarenta y cuatro años y que además de las leyes de su padre, él dictó otras también de mucha valía.

Sabido es que dichas leyes, duraban todo el tiempo -- que el emperador lo creía necesario, pero oyendo el parecer de sus consejeros podía modificarlas o ampliarlas.

Algunos historiadores como Carlos H. Alba, mencionando circunstancias agravantes del delito: I.-Ser sacerdote y II.- Cometer el delito en el mercado.

Respecto a las atenuaciones, éstas eran de cuatro formas: I.- Cuando el ofendido o su familia perdonaban al autor del delito, en este caso, la penalidad era inferior a la -- que se señalaba, siempre que se tratara de un homicidio o -- adulterio.

II.- La minoría de edad. (Aquí se referían a los sujetos inimputables).

III.- La embriaguez completa. (Refiriéndose aquí al hecho de que el sujeto no hacía uso de su libre voluntad, por estar atrofiado debido a la embriaguez) y

IV.- Ser miembro del ejercito.

También tenían en cuenta la reincidencia, la complicidad y el encubrimiento, figuras que se contemplan en el derecho moderno. Al que por primera vez cometía un delito, -- era tratado con mayor consideración. En el caso de reincidencia se dictaba hasta pena de muerte. La complicidad también era sancionada en forma especial, así como el encubrimiento, imponiéndoles igual sanción que a los autores de -- los delitos.

Los aztecas también dictaron leyes sobre la responsabilidad oficial. Si alguno de los jueces llegaba a recibir alguna dédiva de pobre o de rico, era castigado. Si la dédiva era insignificante, los jueces de mayor jerarquía lo reprendían, y si reincidía, lo trasquilaban como castigo o -- afrenta. privándolo también de su oficio.

Aunque los mexicas fueron profundamente religiosos, -- los delitos jamás se consideraron como transgresión a las -- leyes divinas, ni las sanciones, como castigos que tuvieran consecuencias más allá de esta vida, ni aún en caso de deli

tos in fraganti. No se les permitía a los aztecas hacerse - justicia por sí mismos, pues para eso existían los tribunales. Quien contravenía este principio, era severamente castigado.

El derecho del ofendido no fué una figura que se desconociera en el derecho Azteca, pues tuvo reconocimiento legal. Esto se debió no tanto al daño que personalmente sufría una persona, sino al perjuicio que ocasionaba el delito a la colectividad. Con esto se demuestra el sentido social que tuvo el Derecho de este pueblo, que siempre se preocupó por el bienestar y el orden de la colectividad.

FUNCIÓNARIOS QUE DECLARABAN EL DERECHO.

Nos referiremos ahora a los funcionarios y empleados encargados de la justicia:

1. El Rey, autoridad suprema en materia judicial.
 2. El Chihuacoatl, que sus funciones no eran sólo de justicia, sino de gobierno y de hacienda. Sus resoluciones no admitían apelación.
 3. El Tlacotecalt, funcionario que conocía de las causas civiles y criminales. En las primeras sus fallos eran inapelables; en las segundas, sí admitían apelación ante superior.
 4. Teuctli, que conocía de los asuntos de poca impor-
-

tancia y tenía que dar cuenta diariamente al superior. Había un Teuctli en cada Calpulli.

5. Centectlapixques, encargados de la vigilancia en determinado número de familias y hacían las veces de jueces de paz.

6. Tianquixtlaton, jueces que resolvían los casos de los comerciantes.

7. Achcauhtin, encargados de ejecutar las sentencias (alguacil o verdugo mayor). También aprehendían a las personas.

8. Ahcantli, encargado de llevar las citas.

9. Topilli, mensejero inferior.

10. Teohuatzin, encargado de velar por los ritos y ceremonias de los templos, y vigilar la conducta de los sacerdotes. Ejecutor de las sanciones que a éstos se les imponían.

11. Además cada tribunal contaba con especie de escribanos o secretarios, que tomaban notas de las resoluciones, en forma de figuras.

TRIBUNALES AZTECAS.

Los tribunales estaban constituidos de la siguiente manera:

Tribunal Superior o Tlazxintlan, que funcionaba bajo

la presidencia de Cihuaacoatl y que sus fallos eran inapelables.

Tecutlatoque, que era una especie de consejo especial formado de trece jueces, y que sólo actuaba en ocasiones especiales y bajo la presidencia del Rey, funcionando como en pleno y posiblemente para resolver asuntos de mucha importancia.

Napoaltolli, también Tribunal Colegiado, en el que actuaba como presidente el Rey y que conocía de delitos graves, reuniéndose sólo cada cuatro meses y sus sesiones duraban diez o doce días.

Tecpicalli, que conocía sólo de adulterios.

Mexcatlteahuatzin, que juzgaba sólo a los sacerdotes.

Tianquiztezon, compuesto por jueces; residía en Tlatelolco y conocía de problemas entre los comerciantes.

Debemos señalar que también existían tribunales para juzgar a los militares.

Los aztecas llegaron a reglamentar diversas ramas del derecho, tanto público como privado. Tuvieron: Derecho Civil, Administrativo, Agrario, Procesal Penal y Penal propiamente dicho.

En el procedimiento penal prehispánico, ya se tenía un concepto de cómo se debía aplicar el derecho penal. Esto

no es otra cosa que procedimiento penal, pues ya se hablaba de que se podían interponer recursos, ya que se apelaba de las sentencias ante el Rey y, éste asistido de sacerdotes, jueces o nobles muy calificados, sentenciaba en definitiva. (14).

El procedimiento era de oficio, y bastaba un simple rumor público acerca de la comisión de un delito, para que se iniciara la persecución, esto lo hacían en prevención de que se pusiera en peligro la paz pública de los grupos y, como los gobernantes eran celosos en este renglón, por eso se permitía que el procedimiento se iniciara con simples rumores de un hecho delictuoso. (15)

Era un sistema acusatorio, toda vez que los particulares eran los que presentaban sus querellas o acusaciones, exhibiendo sus pruebas, formulando alegatos, etc. Al acusado se le permitía nombrar a su defensor, uno o varios, o defenderse por sí mismo, aún cuando no se tienen noticias de la existencia de abogados; por las investigaciones de los historiadores, se cree que pudieron haber existido personas que conociendo las leyes, podían asistir a los acusados, pero esto todavía está en la fase de aclaración, puesto que hay criterios contrarios. Además, por lo reducido de los grupos, se considera que el acusado solo hacía su defensa.

-
- (14). Derecho Precolonia. Editorial Porrúa, S.A. México, -- 1937. Págs. 20 y 21.
(15). El Derecho de los Aztecas. Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Pág. 4.

Las formalidades en el procedimiento tenían que observarse. Por ejemplo: los testigos rendían juramento poniendo la mano sobre la tierra y luego se la llevaban a los labios, con ello querían decir, que aquello lo juraban por quien -- producía su sostén. Había también límite para resolver procesos. Algunos historiadores apuntan que eran ochenta días. (Ya hemos dicho que tanto los mayas como los aztecas, tenían el concepto de que el procedimiento penal o justicia penal, debía ser pronta y expedita, caracterizándose pues, por su extrema rapidez).

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LA COLONIA.

Realizada la conquista, de inmediato la influencia de los que la hicieron, se dejó sentir en los grupos dominados, desplazándose los sistemas jurídicos de los aztecas, - texcocanos, mayas, para dejar paso a diversos cuerpos de leyes que traían los conquistadores, como eran las Siete Partidas, de Alfonso El Sabio, en las cuales aunque no se tenía un cuerpo ya distinguido por lo que respecta al procedimiento penal, sí se hacía referencia a esta actividad.

Apenas se pretendía señalar la estructura de un proceso penal o un sistema de enjuiciamiento. Asimismo, la influencia del derecho eclesiástico se hacía notar, ya que a-

menudo se confundía lo laico con lo eclesiástico. (16)

Surgieron problemas debido también a los predicadores de la doctrina cristiana y a la ambición de los Virreyes y-capitanes mayores. En las Leyes de Indias, se encontraba el fundamento para el respeto de la dignidad de los indios, pero en la práctica no se les consideraba como humanos, sino que se les daba trato de cosas ó animales. Sábese que en la administración de justicia penal, tenía ingerencia el Virrey, los gobernadores, las capitanías generales, los corregidores y muchas otras autoridades.

Cabe destacar que la majestad del Virrey se describe en la siguiente forma: "Era Capitán General, Justicia Mayor, Superintendente de la Real Hacienda y Vice-Patrono".

(17)

La magnitud de su poder, nos dá idea de la forma bárbara de aplicar la justicia penal. Eran desahogos y venganzas lo que se practicaba, con el único afán de sembrar el terror y tener siempre sojuzgados a quienes se gobernaba, directamente el Virrey no conocía de todos y cada uno de los enjuiciamientos penales. Quienes lo hacían, cometían verdaderos abusos y barbaridades.

A los Gobernadores los nombraba el Virrey. A los Corregidores, se les adscribía a los distritos o lugares indi

(16). Juan José González Bustamante. Principios de Derecho-Procesal Penal Mexicano. Cuarta Edición. Edit. Porrúa S.A. México, 1967. Pág. 17

(17). Salvador Azuela. Apuntes de Derecho Constitucional. - Pág. 114.

cados por el Virrey para que cuidaran el orden, administraran justicia, dictaran disposiciones legales y dirigieran los aspectos administrativos.

Los Alcaldes Mayores estaban subordinados a los Corregidores, ejercían funciones administrativas o judiciales en su adscripción. A efecto de tener un mayor control y hubiera eficacia en los órdenes de las autoridades, se pensó en dar se ingerencia a los indios. Así en 1549, una cédula Real ordenó se hiciera una selección entre los indios, para que estos pudieran desempeñar los cargos de Alcaldes, Jueces, Regidores, Alguaciles, Escribanos.

Los Alcaldes indios aprehendían a delincuentes de su raza, llevándolos a las nuevas cárceles.

Los caciques ejecutaban aprehensiones y ejercían jurisdicción criminal en sus pueblos, salvo a aquéllas causas reservadas para su resolución a las Audiencias o a los Gobernadores.

No es sino hasta el año de 1786, cuando se proclama la Real Ordenanza para Intendentes, el Ejército, y Provincia en el Reino de la Nueva España, creándose doce Intendentes encargados de los servicios de Hacienda y Justicia, para así atender con mayor eficacia los servicios públicos. En virtud de ello, fueron relegados los funcionarios indios,

ya que cada Intendente se encargaba de impartir la justicia criminal a través de subdelegados. Estos se encargaban de investigar los hechos delictuosos e instruir los procesos.-- Después el Intendente, asesorado de un técnico letrado, dictaba sentencia. (18)

Podríamos sin lugar a duda, llenar páginas y páginas de la terrible noche de la conquista, con todo, no se puede hablar de que el proceso penal que se ajustara, ya no digamos a los principios rectores que los deben inspirar, sino a las mínimas garantías que debe tener un hombre, tomando en consideración el respeto a su dignidad humana. Eran estos sistemas oprobiosos en donde no se buscaba la verdad -- histórica; si no satisfacer venganzas, complacer y fortalecer poderíos. Estaba en el olvido totalmente el concepto de realizar justicia en y por las actividades procesales.

EL PROCEDIMIENTO PENAL A PARTIR DE LA INDEPENDENCIA - DE MEXICO.

No obstante de haberse conseguido la Independencia, - las leyes españolas siguieron imperando. En 1812 existió un decreto español que creó los "jueces letrados de partido" - con jurisdicción civil y criminal, circunscrita al "partido" correspondiente; conservando un solo fuero para los ---

(18) Guillermo Colín Sánchez. Op. Cit. Pág. 26, 27 y 28.

asuntos civiles y criminales y acción popular para los delitos de soborno, cohecho y prevaricación.

La libertad personal fué objeto de algunas garantías, señalándose en algunas partes el diferente trato para los españoles y para los indios, pues se consideraba este lugar parte de España y decían estas leyes: "Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, -- por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena -- corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito -- que se le notificará en el acto mismo de la prisión. In fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden -- arrestarle y conducirlo a la presencia del Juez. Dentro de las veinticuatro horas se manifestará al tratado como reo -- la causa de su prisión y el nombre de su acusador, si lo huviere. Al tomar la declaración al tratado como reo, se le leerán íntegramente todos los documentos y declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos y si por ellos no la conociere, se le darán cuantas noticias pide para venir en conocimiento de quiénes son. El proceso será público, en la forma como se determine en la ley. No se usarán tormentos -- ni apremios. No se impondrán las penas de confiscación de bienes. Las penas no serán trasmisibles a los familiares, -- etc."

Aunque no tuvo vigencia y por tanto no fué ley positiva, es de mencionarse el "Decreto Constitucional de 22 de Octubre de 1814 para la Libertad de América Latina", cuyo contenido estuvo inspirado en principios filosóficos y jurídicos, extraídos de la Revolución francesa y de la Constitución de Cadiz. Entre otras cosas este decreto señalaba: --- "Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de ley..."; "Ninguno debe -- ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente". Con todos estos principios se adelantaba este decreto a lo que después se estableció en la Constitución de 1857 y posteriormente en la de 1917.

Seguimos avanzando por lo que hace a la forma de justicia, y tenemos ya la Constitución de 1824, primera Carta Magna, que es creadora de una República y por ende, organiza y divide las actividades del Estado y deposita el Poder Judicial de la Federación, en la Suprema Corte de Justicia en los Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito.

Por lo que hace a la administración de justicia en -- los Estados y Territorios, se sujetará a las reglas siguientes: "Se prestará entera fe y créditos a los actos, registros y procedimientos de los jueces y demás autoridades de otros Estados; el Congreso general unificará las leyes. Que

darán prohibidas: la confiscación de bienes; el tormento; - la detención sin que haya "semi-plena prueba o indicio" de que alguien es delincuente; la detención por indicios que se haya decretado no debe exceder de 70 horas; el cateo sin orden expresa y fundada legalmente; el juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales; entablar -- pleito en lo criminal sobre injurias, sin hacer constar haber intentado el medio de la conciliación".

Posteriormente en las Siete Leyes Constitucionales de 1836, el Poder Judicial se debía ejercer por la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Superiores de los Departamentos y los Jueces Subalternos de Primera Instancia, Civiles y Criminales, de las Cabeceras del Distrito de cada Departamento.

En el capítulo intitulado "Prevención general sobre la administración de justicia en lo civil y lo criminal", se decretaron algunas medidas entre las que destaca lo siguiente: "No habrá más fueros personas que el eclesiástico y militar; los miembros y fiscales de la Corte Suprema serán perpetuos en estos cargos, y no podrán ser ni suspensos ni removidos, sino con arreglo a las prevenciones contenidas en la segunda y tercera ley constitucionales; también serán perpetuos los ministros y jueces letrados de primera-

instancia y sólo serán removidos por causa legalmente comprobada y sentenciada; todos los magistrados y jueces gozarán el sueldo que se les asignará por una ley; en toda causa no podrá haber más que tres instancias; una ley fijará el número de las que cada causa deba tener para quedar ejecutoriada, según su naturaleza, entidad y circunstancias; - los Ministros que hubieren fallado en alguna instancia, no podrán hacerlo en las demás; toda prevaricación por cohecho, soborno o barateria, produce acción popular contra los magistrados y jueces que la cometieren; toda falta de observancia en los trámites esenciales que regulan un proceso, - producen nulidad en lo civil y hará también penalmente responsable a los jueces, etc. etc."

Desde luego, lo que acabamos de señalar de las Siete Leyes, aún cuando fué producto de una época, no deja de ser irritante, puesto que nuestros próceres dieron su vida y no sólo ellos, sino los que siguieron la causa para buscar un cambio radical en la forma de justicia y con estas reglamentaciones de la ley que señalamos, se antoja una regresión - y no un avance.

También se hace notar que de ninguna manera se habla aquí de una ley sustantiva penal y de una ley adjetiva penal, pues se confunde lo sustantivo con el procedimiento, y

aún cuando, existen principios que a simple vista pudieran considerarse benéficos al procedimiento penal, hay otras -- disposiciones que los hace nugatorios, por ello pensamos, - que no existió un adelanto marcado y benéfico en este cam-- bio con las leyes mencionadas.

En la vigencia de estas leyes y en su época, hubo varios decretos en materia criminal, pero todos ellos sin importancia, por su falta de técnica en la ciencia del dere-- cho y porque de ellos, solamente se colige que la preten--- sión no era el mejorar la justicia, sino conservar el poder de un grupo y una corriente creada por éste.

Fué hasta que la Constitución de 1857 le dió otra fiso nomía a nuestro Sistema de Justicia Penal, al establecer:

"En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales... Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con las disciplinas militares... Nadie puede ser juzgado ni sentenciado: sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, pape les y posesiones, sino a virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal-

del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda-- persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices,-- poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inme-- diata".

La privación de libertad sólo procede por delitos que se sancionen con pena corporal, la que nunca podrá prolon-- garse por falta de pago de honorarios o de cualquier otra -- ministración de dinero; tampoco excederá del término de --- tres días sin que se justifique con un auto de formal pri-- sión, motivado legalmente y con los requisitos establecidos por la ley, responsabilizándose a las autoridades que orde-- nen o consientan, incluyendo al alcaide o carceleros.

En los juicios criminales se establecieron las si--- guientes garantías: "Que se le haga saber el motivo del pro-- cedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere; que se le tome su declaración preparatoria dentro de 48 horas, conte-- nidas desde que esté a disposición del juez; que se le ca-- reé con los testigos que depongan en su contra; que se le -- faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, - para preparar su descargo; que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su volun-- tad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presenta-- rá lista de los defensores de oficio, para que elija el que

o los que le convenga".

A la autoridad judicial se le otorga facultad de imponer penas, limitándose a la autoridad político - administrativa a imponer correcciones hasta de \$500.00 o un mes de reclusión en los casos que determinen las leyes; señalándose que los juicios criminales no podrán tener más de tres instancias y que no se podrá juzgar a nadie dos veces por el mismo delito; otorgándose a las entidades federativas para legislar en materia de justicia y dictar sus Códigos de Procedimientos, quedando obligados a entregar sin demora, los criminales de otros Estados a la autoridad que los reclame.

(19)

La Ley Montes de 5 de Enero de 1857, redactada por el Ministro de Justicia del Sr. Presidente Don Benito Juárez, Ezequiel Montes, fué expedida para juzgar homicidas, heridos y vagos, pero fué una ley transitoria, que no introdujo reformas capitales en el procedimiento penal, y sólo tuvo por finalidad, establecer las medidas para juzgar sumariamente a los malhechores que infestaban el territorio nacional, prevaleciéndose de la situación caótica porque atravesaba el país, con motivo de la Guerra de Reforma. (20)

Triunfante la República sobre el Imperio e imbuidos los vencedores de las ideas liberales y democráticas, fué -

(19). Guillermo Colín Sánchez. Op. Cit. Págs. 44 a 48.

(20). Juan José González Bustamante. Op. Cit. Pág. 20.

expedida la Ley de Jurados Criminales con fecha 15 de junio de 1869, introduciendo innovaciones de importancia en el sistema de justicia penal de la época, pues por primera vez se menciona al Ministerio Público, que aunque su funcionamiento seguía por los lineamientos observados por los fiscales de la Colonia, con ello ya se logra un avance; reglamentándose diversos aspectos de la función jurisdiccional, por lo que ve a la competencia, estableciéndose disposiciones sobre la forma de llevar a cabo el procedimiento penal.

Es indiscutible que anterior a lo que señalamos, existía una verdadera anarquía en el procedimiento penal y sólo la inquietud de algunos juristas, provocó la reunión de una comisión para estudiar este grave problema y, como consecuencia y producto de ello, se expidió el Código Penal de 1871 para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California y para toda la nación en delitos federales.

En este código se expresó la preocupación del Estado por reglamentar sistemáticamente las situaciones delictivas, dejándose ver que esos creadores tenían un concepto elevado de las ciencias penales. (21)

Naturalmente que con la elaboración de este Código Penal, fué creándose la preocupación de elaborar un código que hiciera posible la dinámica de aquel y así es, como nue

(21). La Ley Penal en México de 1810 a 1910. México, 1911.- Pág. 18.

ve años después, se logró promulgar el Código de Procedi---
mientos Penales que pudieramos decir, fué la primera Ley Ad
jetiva Penal que considera en forma metódica y sistemática
la aplicación de la ley penal.

Si bien es cierto, que no tuvo la perfección que se -
quería, es indudable que fué un adelanto en el derecho de -
las ciencias penales. En sus disposiciones se establece un-
sistema mixto de enjuiciamiento, es decir, acusatorio e in-
quisitivo, consagrándose derechos para el procesado, como -
el de defensa, la inviolabilidad del domicilio, la libertad
caucional y otras, y por lo que ve a la víctima del delito,
se instituyó la obligación de que el delincuente repare el-
daño.

Catorce años más tarde, el 6 de junio de 1894, se pro
mulgó un nuevo Código de Procedimientos Penales, que desde
luego vino a derogar el anterior, y si bien es cierto que -
no difiere en el fondo respecto a doctrina e ideales, trató
de equilibrar la situación del Ministerio Público y de la -
defensa, ya que el Código de 1880 permitía que el defensor-
modificara libremente sus conclusiones ante el jurado, en -
cambio el Ministerio Público estaba obligado a presentarlas
desde que estaba concluída la instrucción, y sólo por situa
ciones supervenientes podría hacerlo, en tal virtud, que en

la mayoría de los casos el Ministerio Público iba ante el jurado, con la incertidumbre de lo que dijera la defensa. - (22) En la actualidad, el Ministerio Público no puede variar en sus conclusiones el delito por el que se siguió la causa, o sea, el señalado en el auto de formal prisión, pues si se le permitiera cambiarlo en las conclusiones, se dejaría en estado de indefensión al procesado.

Otra de las modificaciones que introdujo el Código de 1894, fue aclarar lo que respecta al derecho de naturaleza civil para los ofendidos en los delitos, también algunos aspectos novedosos que el momento histórico exigía, tales como la referencia a la Policía Judicial, a quien marcó sus atribuciones, señalando asimismo al Ministerio Público las suyas. Además, dió a conocer un nuevo principio procesal -- que es la inmediatez o inmediatividad. Por lo que respecta a las pruebas, dominó desde luego el sistema mixto.

Estas fueron las bondades que trajo esta nueva codificación en el procedimiento penal de nuestro país, sin olvidar lo que respecta a las impugnaciones de las resoluciones judiciales, en las que se implantaron modificaciones, otorgándoseles mayores derechos tanto al acusado como al defensor.

Estos dos Códigos de Procedimientos Penales, no fue--

(22). Código de Procedimientos Penales. 1894.

ron acordes para determinar el valor de las pruebas en el proceso penal, pues mientras que en lo tocante a los delitos no leves o graves, el Código de 1894 se separaba del sistema adoptado para los delitos leves, ya que establecía: "Se apreciaran las pruebas con sujeción a las reglas establecidas en el capítulo relativo", por lo que se entiende que para los delitos leves señalaba la libre apreciación de la prueba para el juzgador; en cambio para los graves el sistema era tasado, y el Código anterior de 1880, por el contrario dejó para libre apreciación del juzgador los delitos graves y los delitos leves habrían de sujetarse a la prueba tasada.

Esta incongruencia es grave, toda vez que debió señalarse uno u otro sistema, ya que el delito afecta el orden público, siendo éste leve o grave, y lo que se busca en el proceso penal, es la verdad histórica de los hechos. (23)

Más adelante hubo necesidad de elaborar un Código de Procedimientos Penales en materia Federal, y aunque sirvió de modelo el Código del Distrito, sin embargo fué elaborado con mayor técnica en algunos aspectos. Este código es de 18 de Diciembre de 1908.

En virtud de la reforma de 2 de Mayo de 1900, introducida al artículo 96 de la Constitución Política de la Repú-

(23). Manuel Rivera Silva. Op. Cit. Pág. 190.

blica de 1857 y las leyes de organización del Ministerio Público Común y Federal, de 1903 y 1908, se hicieron modificaciones substanciales al Procedimiento Penal Mexicano y a -- eso se debió también, la creación de la codificación de procedimientos penales en materia Federal de 1908 a que ya hicimos referencia, en la cual ya se le dan los perfiles más-- adecuados a la figura del Ministerio Público, señalándose -- que es una Institución encargada de auxiliar la administración de justicia en el orden Federal, de procurar la persecución, investigación y represión de los delitos de competencia de los Tribunales Federales.

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución de 1917, debido a las garantías individuales consagradas en la misma, tuvo que sufrir cambios la Ley Adjetiva -- del Derecho Penal, a efecto de hacerla concordante con las garantías consagradas en dicha Carta Magna. Estas reformas-- necesarias fueron para adecuar la Ley Adjetiva a los artículos 21 y 112 de esta Constitución, que es la que actualmente nos rige.

Estas principales reformas son las siguientes: "Se reconoce el monopolio de la acción penal por el Estado; encomienda su ejercicio a un solo órgano que es el Ministerio -- Público; se privó a los jueces de la facultad que tenían de

incoar de oficio los procesos; estableciendo con ésto la -- característica de un sistema acusatorio en el enjuiciamiento; se hizo la separación de la aplicación de la teoría --- francesa, respecto a las facultades de la Policía Judicial; creó al Ministerio Público independiente, con funciones propias y sin privarlo de su función de acción y requerimiento; lo erigió en un organismo de control y vigilancia en las -- funciones investigadoras encomendadas a la Policía Judicial es decir, que ésta debería estar bajo el mando y vigilancia del Ministerio Público, quitando con ésto, la influencia política de jefes policíacos, Presidentes Municipales y hasta militares; dando también la característica al Ministerio Público, de un auténtico representante de la sociedad.

Se expidió desde luego la Ley Orgánica del Ministerio Público en materia Federal y Común, en agosto y septiembre de 1919, a efecto de estar acorde con lo establecido en la Constitución de 1917.

Leyes orgánicas que han sido objeto de reformas posteriores, hasta expedirse las que rigen actualmente la función del Ministerio Público". (24)

Por lo que toca a la Ley Procesal, el 15 de Diciembre de 1929, fué expedido un código, que por su mala técnica, - incongruencia y demás defectos, fué substituido el 27 de --

(24). Juan José González Bustamante. Op. Cit. Págs. 82 y 83.

Agosto de 1931 por el Código de Procedimientos Penales vigente hasta la fecha, y por el Código Federal de Procedimientos Penales de 23 de Agosto de 1934, los que han sufrido una serie de reformas a efecto de actualizarlos con las exigencias de la vida social de nuestros días.

Pero que son tantas, que sería preferible ya que: a). Se pensara en la elaboración de unos nuevos, tanto en materia común como en materia federal; b). Que se tuviera cuidado de que al elaborarlos, no se descuidara la técnica necesaria para ser factible la aplicación del derecho penal, de acuerdo con la realidad social en que vivimos, y además, c) Que de una vez por todas, en dichos códigos, sólo se tratara lo relativo al proceso penal, sin atiborrar estas codificaciones de otros aspectos del procedimiento penal, que deben ser objeto de una codificación por separado.

Pero ésto ya lo apuntaremos más adelante, con la claridad que nos permiten nuestras limitaciones y siempre con el pensamiento de sembrar una inquietud en beneficio de la justicia penal en nuestra patria.

C A P I T U L O I I I NATURALEZA DEL DERECHO DE PROCEDIMIENTOS PENALES: EL ILICITO PENAL.

CONCEPTO DE DELITO.

PRINCIPALES ESCUELAS QUE TRATAN EL DELITO.

TEORIAS QUE PERMITEN EL ESTUDIO DEL DELITO.

CONCEPTO PROCESAL DE DELITO.

El presupuesto necesario para el procedimiento penal, será siempre un hecho que se estime delictuoso, por tal razón, es indispensable que demos algunos conceptos de lo que debe entenderse por esas conductas antisociales denominadas DELITO.

CONCEPTO DE DELITO.

Al abordar este tema, es necesario señalar que varias han sido las definiciones que se han dado de lo que debe entenderse por delito; pero desde luego sabemos que todos los tratadistas, se refieren a que el delito es una conducta humana, que lesiona o pone en peligro bienes que deben ser --

protegidos por el derecho. Con todo, es indispensable la referencia de algunos autores que han dado su concepto de delito.

Giuseppe Bettiol, nos dice: "Que dos tendencias se enfrentan en lo que se refiere al concepto de delito, una de carácter formal y la otra sustancial. La primera contempla al delito, como todo hecho del hombre prohibido por la ley penal y, la segunda o sustancial, como todo hecho del hombre, lesivo de un interés que alcance a comprometer las condiciones de existencia, de conservación y desarrollo de la sociedad; pero si se atendiera sólo al concepto sustancial, se rompería con toda ligadura científica entre el delito y presupuestos ético, político y social que lo determinan, -- por eso se dice, que debe ser estudiado a la luz del criterio formalista, que fue precisamente el que determinó, que una conducta que podía ser dañosa a la sociedad se considerara delito y, entonces, describirlas ya sea como normas -- prohibitivas o sancionadoras."

Lo anterior quiere decir, que para formarse el Derecho Penal, hubo necesidad de que existieran presupuestos y necesidades para la elaboración de esas normas, luego entonces, el estudio sustancial del delito no sería estudiar al hombre delincuente, sino examinar la acción del hombre que

delinque, y la acción, es menester estudiarla desde el punto de vista valorativo jurídico.

El autor que comentamos, también nos habla de la concepción objetiva y subjetiva del delito, diciendo que el objetivismo responde plenamente a las estructuras fundamentales del código, respecto a la noción que da de delito, y la subjetivación, que es fruto de aquéllas concepciones que se refieren al bien jurídico y, como no siempre se lesiona un bien o un interés social, debe buscarse otro elemento para que no quede en el vacío la idea y, este elemento es el deber, por eso señala que el delito en esencia "es la violación de un deber de lealtad del individuo para con el Estado". (1)

Otros autores señalan, que el concepto de delito debe buscarse en la ley penal, que entre esta ley y el delito -- existe un nexo indisoluble, porque precisamente el delito, es la violación de la ley penal o infracción de un precepto de prohibición que se establece en dicha ley.

Francesco Antolisei define al delito, como: "Todo hecho al que el ordenamiento jurídico enlaza como consecuencia una pena" y, cuando se refiere al delito desde el punto de vista sustancial, lo define de la siguiente manera: "Es delito aquél comportamiento humano que a juicio del legisla

(1). Giuseppe Bettiol. Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis, Bogotá, 1965. Págs. 157, 158 y 161.

dor, contrasta con los fines del Estado y exige una pena -- criminal como sanción", dando las razones de porque llegó a la conclusión de hacer esta definición. (2)

Edmundo Mezger al referirse al delito, nos habla de acción punible, tomando en cuenta que el hecho punible es conducta humana y, que sólo el hombre en su hacer u omitir puede realizar acciones punibles; que todo hecho o conducta en esas condiciones, presenta dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo, manifestando que el hombre tiene una doble-naturaleza material y psíquica y, que su conducta en la convivencia humana, presenta un aspecto externo perceptible físicamente, y otro interno, psíquico (volitivo). Que todo hecho punible contiene relaciones objetivas y subjetivas. Al referirse a lo sustancial del delito señala que: El hecho punible es, por lo tanto, una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena. (3)

De las ideas anteriores, deducimos que la definición de carácter formal del delito, es la consideración que expresamente se señala en la Ley Positiva. (En nuestra Legislación, el artículo 7o. de la misma dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"). (4)

Si nos atenemos al contenido del concepto anterior, no sería posible que estudiáramos en forma metódica y sus--

(2). Francesco Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General. Unión Tipográfica. Edit. Hispano-Americana. Uthá. Argentina, Buenos Aires. Págs. 25, 26 y 27.

(3). Op. Cit. Págs. 78, 79, 80 y 82.

(4). Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. de 1931.

tancial la figura jurídica del delito, además, de que estas descripciones en la ley positiva se hacen innecesarias, ya que los tipos penales que contienen los códigos o leyes especiales, tienen los elementos y características que les -- permiten vivir sin recurrir a la definición o concepto de delito formal a que hemos hecho mención.

Tan es así, que en nuestro país el proyecto de código tipo, ya no considera necesario que se haga la definición de lo que debe entenderse por delito, en virtud de considerarlo innecesario por las razones que ya hemos apuntado. Esto va en apoyo de lo que aquí señalamos.

Dicho estudio expresa: "Por cuanto a la definición -- formal del delito en el Código, se estimó innecesaria, ya -- que no aporta ninguna utilidad, siendo el concepto de la infracción punible difícil de aprisionarse en una fórmula conveniente, y más propia de analizarse en el campo de la doctrina y no en el normativo. De este modo, el dogma nullum -- crimen sine lege, consagrado en el artículo 14 de la Constitución General de la República, se satisface plenamente mediante la catalogación de las figuras delictivas en la parte Especial del Código". (5)

Luego entonces, para el estudio del delito, debemos -- atenernos al carácter sustancial que nos permite analizar --

(5). Código Penal Tipo. 1963. Memoria 1958-1964. Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales. México. 1964. Pág. 189.

la integración del ilícito penal, en virtud de que nos da la oportunidad de examen de cada uno de sus elementos y, en esas condiciones, aceptamos que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. (6)

Más adelante haremos una breve referencia en su oportunidad, a las teorías que estudian el delito, a efecto de aclarar lo que hemos expuesto.

PRINCIPALES ESCUELAS QUE TRATAN EL DELITO.

Se hace necesario hacer algunas referencias a dos de las escuelas que han sido determinantes en el estudio del delito, nos estamos refiriendo a la Escuela Clásica, representada por Francisco Carrara y a la Escuela Positivista, representada por Enrique Ferri y por Garófalo.

Ya en páginas atrás, hemos dado la definición de delito de Francisco Carrara, lo mismo de Garófalo. Pero es menester que apuntemos algunos conceptos de los mismos.

ESCUELA CLASICA.

En esta escuela se siguió como método para el estudio del derecho penal, el deductivo, lógico-abstracto, ya que es el adecuado para el estudio de las disciplinas relativas al comportamiento humano, puesto que el derecho, sólo da principios ordenadores de esa conducta, por lo que, como di

(6). Edmundo Mezger. Op. Cit. Pág. 156.

ce el maestro Ignacio Villalobos: "Resulta eminentemente finalista, por ello el método que lo ha de regir desde la iniciación de leyes, su interpretación y forma de aplicación,--necesariamente será teleológico, a efecto de ser posible el estudio de todos los problemas que se presenten, sobre los conflictos de leyes en el lugar y tiempo de la acción, pues de otra manera no podrían resolverse con otro método!" (7)

Sabemos que el derecho no puede plegarse a los métodos y sistemas de las ciencias naturales, ya que no es parte de la naturaleza, sino del mundo normativo; pues en la naturaleza, todos los fenómenos están vinculados por nexos-causales, forzosos, necesarios, mientras que el derecho, es un conjunto de normas que sólo son iniciaciones que pueden cumplirse o dejarse de hacer. Con estas ideas, haremos un breve resumen de las concepciones de la Escuela Clásica, y que son las siguientes: Igualdad en derecho; libre albedrío; entidad del delito (con independencia del aspecto interno del hombre; responsabilidad moral; pena proporcional al delito; método deductivo, teleológico o especulativo. Nos referiremos brevemente a cada una de estas concepciones:

IGUALDAD DE DERECHOS.-- Se considera que el hombre ha nacido libre e igual en derechos. Es equivalente pues ésta, a la esencia, ya que implica la igualdad entre sujetos sin-

(7). Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. 2ª. Edición México, 1960. Editorial Porrúa, S. A. Pág. 97.

interesarle las calidades de los mismos, sus grados de preparación, sus posesiones económicas, etc., todos ante la ley son igual.

LIBRE ALBEDRIO.- Se tiene la idea de que se ha depositado en la naturaleza del hombre, tanto el bien como el mal y éste libremente puede escoger uno u otro camino, por eso se dice, que si el hombre obrando en conciencia o con voluntad, escoge mal, se hace acreedor a una sanción, no tomándose en cuenta los diversos factores que podrían obligar al hombre en un momento dado, a realizar una conducta mala, ya que al final la decisión y voluntad de éste, será la que determine su conducta.

ENTIDAD DELITO.- Esa concepción quiere decir, que solamente las manifestaciones externas del hombre, serán las que importen al derecho penal, sin interesar el aspecto interno, ya que en el mundo del pensamiento podrían existir las ideas más negras delictuosas, pero si no se exteriorizan, carecerá ello de relevancia para el derecho penal.

RESPONSABILIDAD MORAL.- Esto tiene referencia a que solamente el hombre puede ser sujeto imputable de delito, estando ello íntimamente relacionado con el libre albedrío de éste, pues es la voluntad la que determina la conducta en los hombres, y si esta conducta tiene adecuación a la --

descripción de un ilícito, habrá responsabilidad moral para éste.

PENA PROPORCIONAL AL DELITO.- También en la concepción de esta escuela, se tomó muy en cuenta que debería -- existir la pena proporcional al delito y, que esta retribución fuese en forma fija, a manera de evitar abusos al aplicar la ley penal.

METODO DEDUCTIVO, TELEOLOGICO O ESPECULATIVO.- Este método, como sabemos, es propio de las ciencias culturales, pues ya señalamos que el método usado en las ciencias naturales, es diferente, puesto que se rige por leyes exactas - y, como ya apuntamos, los fenómenos aparecen vinculados por nexos causales, necesarios y forzosos, mientras que el derecho pertenece al mundo normativo y la norma puede cumplirse o no cumplirse. (8)

Es importantísimo hacer notar, que Carrara consideró al delito, como un ente jurídico exclusivamente, puesto que era producto de la violación al derecho y del encuadramiento de las conductas a los tipos descritos por el legislador como ilícitos penales.

ESCUELA POSITIVA.

Esta escuela aparece a consecuencia del materialismo-histórico, y con la aparición del auge alcanzado por las --

(8). Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. - México, 1971. Pág. 53.

ciencias naturales en los estudios filosóficos de la época, teniendo influencia naturalmente en todas las disciplinas-- culturales, sin exceptuarse el derecho.

Esta corriente pretendió acabar con el romanticismo - tradicional, en que se estructuraba la vida a través de abstracciones que se consideraban verdaderos idealismos, por ello, el positivismo es la negación de las concepciones de la escuela clásica, constituyendo como es natural, una revolución en los campos de la ciencia y del arte.

Esta época parte de las ideas de Augusto Comte, sociólogo, y en el derecho, la influencia de esta tendencia fue acozida por César Lombroso, Enrique Ferri, Rafael Garófalo, etc.

La idea de estos autores, era el que debería dársele mayor importancia al estudio del hombre y no a sus actos, - señalaban que el criminal es un atávico, con regresión al - salvaje, que el delincuente es un enfermo, sea un loco o un epiléptico, etc., y que esas circunstancias son las que lo obligan a realizar esa conducta, por lo que proponían que - en lugar de cárceles, habrían de existir sanatorios, en que se tratara al delincuente para aliviarlo de su mal; que la - conducta humana, no está determinada por el libre albedrío - del hombre, como señalaban los de la escuela clásica, sino-

por una serie de factores ajenos a dicha libertad, que pueden ser, el medio ambiente, herencias biológicas y otras.

Concepciones principales del positivismo:

EL PUNTO DE MIRA DE LA JUSTICIA PENAL ES EL DELINCUENTE.- Esto quiere decir, que lo que debe preocupar al Derecho Penal, es el estudio del sujeto y que su conducta delictuosa, es sólo un síntoma de su estado peligroso, esto tiene gran importancia, porque en esta tendencia se toma en cuenta, sólo para la imposición de las penas, la peligrosidad del delincuente; pero lo que debe preocupar fundamentalmente al derecho, es el estudio del sujeto.

METODO EXPERIMENTAL.- Este método inductivo rechaza desde luego lo abstracto, para conceder carácter científico sólo a lo que debe inducirse de la experiencia y de la observación.

NEGACION DEL LIBRE ALBEDRIO.- Esta escuela manifiesta que es falso que haya libre albedrío en el hombre, ya que éste, no tiene libertad de elección, pues obra impulsado por las fuerzas que lo llevan a ello: el medio ambiente, las herencias biológicas, en fin, el determinismo.

DETERMINISMO DE LA CONDUCTA HUMANA.- Esto debe entenderse, como producto natural de la negación de libre albedrío. La conducta del sujeto está determinada por factores-

de carácter físico-biológico, psíquico y social fundamentalmente.

EL DELITO COMO FENOMENO NATURAL Y SOCIAL.- Naturalmente, con la negación del libre albedrío se llega al convencimiento, que el delito es el resultado de las causas que señalamos anteriormente, por ello pensaron, quienes sostuvieron esta escuela, que el delito es un ente natural y social.

RESPONSABILIDAD SOCIAL.- Pretende esta escuela, substituir la imputabilidad moral del sujeto por el deber que tiene de dar cuenta a la sociedad de sus actos, señalándose, que si el hombre se haya fatalmente obligado a delinquir, la sociedad también se encuentra obligada a la defensa.

SANCION PROPORCIONAL AL ESTADO PELIGROSO.- Como ya expresamos, esta escuela considera que la pena no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor.

IMPORTA MAS LA PREVENCION QUE LA REPRESION DE LOS DELITOS.- Señalándose que la pena es una medida de defensa, - cuyo objeto, es la reforma de los delincuentes readaptables, y la segregación de los inadaptables, por esto interesa más la prevención que la represión. En otras palabras: son más importantes las medidas de seguridad que las penas.

Las concepciones de esta escuela, son criticables en su totalidad, por equivocar la esencia de la creación del derecho penal y su naturaleza, pues pretenden equipararlo con las ciencias naturales y, esto es imposible, puesto que el derecho pertenece al mundo normativo, además de ello, -- los métodos que se proponen para el estudio de esta disciplina son inadecuados.

No negamos que las ciencias naturales sean auxiliares del derecho penal, pues hay muchas disciplinas de estas características, que son verdaderos apoyos para el derecho penal, como son: la criminología, sociología y antropología criminales, la medicina legal, etc.; pero no debemos confundir estas ciencias con el derecho penal. Sin embargo, esta escuela, ha tenido gran importancia en nuestros días, para el desarrollo de las disciplinas a que nos referimos anteriormente.

Con la única concepción que estamos de acuerdo, es -- con la última, o sea, en la que importa más la prevención -- que la represión de los delitos, pues consideramos que aquí debe aplicarse el axioma vulgar de, "vale más prevenir que lamentar", ya que sería de mucho más interés que se previnieran las conductas delictuosas, porque así, se alterarían menos el orden social, puesto que una vez cometido el ilícito

to penal, el sancionarlo, sólo servirá para reparar en cierta forma el daño causado por el ilícito, pero indudablemente que ya se quebrantó el orden social. Además no se desconoce la problemática sobre la prevención de los delitos.

La razón de señalar las concepciones de las escuelas a que nos hemos referido, es porque el juzgador, al decir-- "el derecho", no sólo habrá de tomar en cuenta el hecho, de asociándolo totalmente de quien lo produjo, sino también - en cierta forma, tiene que asomarse al alma del hombre, para decidir la situación que corresponde en su decisión.

Tomando en consideración las concepciones de estas escuelas, nos permitimos señalar las definiciones que hacían del delito, a través de sus principales exponentes. Por --- ejemplo el ilustre maestro de Pisa, Francisco Carrara, lo - definía diciendo: "Delito es la infracción de la ley del Es tado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o - negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

La escuela positivista, cuyo representante es Garófalo, señalaba: "Delito es la violación de los sentimientos - altruistas fundamentales de piedad y probidad, según la medida media en que se encuentran en la humanidad civilizada, por medio de acciones nocivas a la colectividad". Esta últi

ma definición, peca según Antolisei, de exceso y defecto; - porque los delitos, por defecto: ofenden además de la piedad y de la probidad, otros sentimientos, como son el pudor, la fidelidad de la patria, etc., y por exceso: en contraste con la modalidad media, en todas las acciones que el ordenamiento jurídico contemporáneo somete a la medida de la pena.

Los autores mexicanos, no han hecho sino referirse a las distintas definiciones que de delito se dan por tratadistas extranjeros y, de ello, han extraído conceptos que a la postre vierten al referirse al delito y, así tenemos - por ejemplo, que Pavón Vasconcelos al tratar este tema señala: "Que el delito a través de la historia ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos, en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social, y su especial estimación legislativa". Al referirse al concepto jurídico de delito expresa: "Que los estudiosos del derecho penal, hubieron de volver los ojos a la dogmática, único camino eficaz para encontrar y elaborar una verdadera teoría jurídica del delito".

De todo lo anterior, llegamos necesariamente a la comprensión, de que el delito es una conducta humana, violatoria del derecho, sancionada por las leyes penales.

TEORIAS QUE PERMITEN EL ESTUDIO DEL DELITO.

Tres teorías fundamentales son las que pretenden estudiar el delito, desde el punto de vista jurídico substancial: LA UNITARIA o TOTALIZADORA, la ATOMIZADORA o ANALITICA y la SINTETICA; cada una de ellas pretende ser la mejor, pues sus autores, se esfuerzan por dar la fundamentación necesaria en su defensa, por lo que nos ocuparemos de cada una de ellas.

UNITARIA O TOTALIZADORA.- Su exponente es Guissepe -- Maggiore y éste señala: que el delito no puede descomponerse para su estudio, sino que, ha de contemplarse en forma unitaria, es decir, que es una sólo unidad y que lo que debe estudiarse, son las aristas que presenta ese bloque monolítico que es el delito, el cual puede presentar aspectos diversos pero sin separar sus partes. porque se perdería la esencia de esa unidad, luego entonces, en esa pieza habrán de encontrarse todo lo necesario para su estudio. (9)

Se le han hecho fundadas críticas a esta teoría, por considerarse que no es posible estudiar el delito en la forma pretendida, ya que la técnica jurídica estaría impedida de analizar debidamente el delito.

TEORIA ATOMIZADORA O ANALITICA.- Señala que el delito debe descomponerse en elementos para estudiarse cada uno de

(9). Op. Cit.

ellos, y así tenemos los siguientes conceptos, de conformidad con los autores que los tratan, desde la bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, todo ésto es en razón al número de elementos que son necesarios para el estudio del delito.

En nuestro medio ha sido aceptado para el estudio la teoría tetratómica, que señala: "Que el delito esté compuesto por cuatro elementos: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, con base en lo que expresa Edmundo Mezger, que considera: "Que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable". (10)

Ernesto Beling, de la misma manera lo define, sólo -- que agrega otro elemento al decir: "Subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad"; pero nosotros de acuerdo con la posición tradicional consideramos que la punibilidad, es consecuencia del delito, por esa razón se ha admitido que sólo cuatro son los elementos del delito.

Max Ernest Meyer señala: "Que el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable"; en la misma forma señalamos que no es admisible lo de imputable, porque ésta también es condición de la culpabilidad.

Franz Von Liszt dice: "Que el delito es un acto huma-

(10). Op. Cit. Pág. 156.

no, culpable, antijurídico y sancionado con una pena". (11)

Luis Jiménez de Asúa señala: "Que delito es un acto - típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones subjetivas de penalidad, imputable a un hombre y - sometido a una sanción". (12)

Como se ve, también en esta definición el autor incluye como elementos, a circunstancias que son presupuestos de los cuatro elementos que ya dejamos apuntados y que son, -- los que se han admitido para el estudio del delito en la -- teoría Tetratómica..

TEORIA SINTEtica.- Como tercera teoría para el estudio del delito, tenemos la teoría Sintética, la que primero hace una observación de tipo general del delito y, ya con esta idea, hace un análisis sin extraviarse por esa primera observación, de su integridad, es decir, verlo desde un punto de vista orgánico general (idea funcional), de la que podríamos señalar tres partes de estudio: a). Un conjunto; -- b). Un análisis y c). Una síntesis. Los exponentes de esta teoría son: Caballo en Italia, José Arturo Núñez y Flasco - Fernández de Moreda en España.

CONCEPTO PROCESAL DEL DELITO.

A efecto de hacer comprensible el objeto del procedi-

(11). Op. Cit. Pág. 254.

(12). Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Editorial- A. Beelo. Caracas. Pág. 256.

mierto penal, se habla del concepto de delito legal, delito real y delito jurídico; no porque en realidad éstos sean -- tres delitos diferentes, sino que se han denominado en esa forma, para saber la utilidad que puede representarnos la -- comprensión de estas figuras, aceptando desde luego, que al hacer referencia a ellas, nos estaríamos apartando de las -- técnicas empleadas para tratar los delitos, ya que si se ha bla de que un delito es legal, estaríamos negando su conte-- nido y lo mismo, se expresaría de las demás denominaciones-- que ya señalamos, por ello hacemos esta observación.

Se dice que "delito legal", es la descripción que el legislador hace de una conducta a la que se le imponen --- ciertas consecuencias, que la misma ley prevé por conside-- rarla antisocial, o sea, lo que en técnica penal llamamos -- tipos penales.

El "delito real", es cuando ya una conducta determina da de un sujeto, encuadra con lo descrito por el legislador, o sea, lo que se llama en técnica penal la tipicidad.

Y por último, el "delito jurídico", es la declaración que el órgano jurisdiccional hace en una sentencia penal, -- con referencia a un delito, por ejemplo: "fulano de tal es-- responsable del delito de homicidio, por el que se le impo-- nen equis número de años", o sea, la creación de la norma --

particular para el caso en concreto y, es precisamente, el fin del proceso penal, elaborar la norma en particular para un caso en concreto y, ¿cómo se realiza ésta?, mediante el proceso penal, extrayendo el órgano jurisdiccional de la -- norma general, la norma especial para el sujeto que ha sido imputado en ese proceso, por ejemplo, en el delito de homicidio, la norma general artículos 302 del Código Penal establece: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro". (13)

Esta norma es general, abstracta, impersonal y permanente; en el caso de que Juan realizara la conducta típica de homicidio, para poder aplicarle la pena que le corresponde, es menester de la elaboración de un proceso penal, en el que, seguido por todas sus partes e instancias el órgano jurisdiccional deberá decir el derecho, creando una norma -- en concreto para este caso y, que no es otra cosa que la -- sentencia, en la que habrá de señalar la penalidad que debe sufrir Juan por el homicidio cometido. Esta es la creación de la norma en particular para este caso en concreto y esta norma será especial, individual y temporal.

Especial, porque sólo servirá para aquél o aquéllos -- responsables del delito motivo del proceso; individual, por que sólo servirá para Juan y temporal, porque sólo durará --

(13). Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

el tiempo de la pena señalada.

C A P I T U L O I V

NATURALEZA DEL DERECHO DE PROCEDIMIENTOS PENALES: GENERALIDADES DEL PROCESO PENAL.

EL FUNDAMENTO DEL PROCESO PENAL.

DEFINICION DEL PROCESO PENAL.

OBJETO DEL PROCESO PENAL.

1º LA INMUTABILIDAD.

DERECHO CIVIL Y DERECHO PENAL.

2º LA NO DISPONIBILIDAD.

OBJETO ACCESORIO DEL PROCESO PENAL

FINES DEL PROCESO PENAL.

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL EN MEXICO.

EL FUNDAMENTO DEL PROCESO PENAL.

El Estado, para la represión y prevención de los delitos, necesita no solamente de las descripciones que el legislador hace de determinadas conductas que estime delictivas, sino que también el Estado tiene el derecho y obligación de determinar la existencia de los delitos, y formular la inculpación de los sujetos que los cometen. Finalmente, tiene el deber de proveer la ejecución de las condenas y -- las penas que se hayan establecido. Por esta razón debemos aceptar la doctrina de Eugenio Florián, sobre los tres momentos fundamentales del proceso penal:

Primero.- Cuando el legislador describe los delitos y fija las penas, pues esto no es más que una previsión general y abstracta de los delitos y las penas. Con ésto desde luego, el legislador se está proponiendo la defensa de la sociedad contra la delincuencia, pero esta ley que nosotros llamamos sustantiva, debe ser aplicada por el mismo Estado, surgiendo así otro momento.

Segundo.- Que es la función que desarrolla el Estado para determinar la existencia de un delito, la responsabilidad de un sujeto y así, poder aplicar la sanción que deba corresponderle. Esta función, sabemos, que es desempeñada por el órgano jurisdiccional, pero claro está, que irá a aplicarla a petición de una institución denominada, Ministerio Público, que ya con anterioridad tuvo que tener conocimiento de un hecho delictivo e investigarlo, a efecto de preparar los elementos para poder incitar a dicho órgano jurisdiccional para que declare el derecho.

Tercero.- Es aquél en que el Estado provee la ejecución de la condena y de las penas, una vez que se ha aplicado al caso concreto la ley penal, es decir, cuando el órgano jurisdiccional ha creado la norma en particular para el caso concreto y aquí, corresponderá al Poder Ejecutivo de nuestro país, aplicarlo. Esos tres grandes momentos debemos

tener presentes precisamente en este concepto del proceso penal, según nos dice el autor que comentamos. (1)

A continuación daremos algunas definiciones del proceso penal.

DEFINICION DE PROCESO PENAL.

¿Qué es lo que debe entenderse por proceso? El diccionario de la lengua española nos dice: "Proceso.- Progreso.- Transcurso del tiempo, conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno. Prolongación, parte u órgano que sobresale del resto del organismo. Agregado de los autos y demás escritos en cualquier causa civil o penal. Causa Penal". (2)

Por su parte, en elegante forma, Francesco Carnelutti nos dice que "el proceso penal es el carruaje cargado de -- justicia, que va por el camino del procedimiento para llegar al puerto de la paz", y al hacer referencia en sus diversos tratados a esta materia señala: "Que el proceso se hace para obtener un juicio y que este juicio necesita pruebas y razones, pero que éstas, no se encuentran dispuestas y prontas, sino que, son el fruto de un largo y paciente -- trabajo que ocupa la fase del proceso, que ésto es lo mismo para el campo civil como para el campo penal, sólo que en sus estructuras tienen sus distinciones". (3)

(1). Eugenio Florián. Op. Cit. Pág. 13.

(2). Diccionario Porrúa de la Lengua Española. Edit. Porrúa S.A. Primera Edición. México, 1969. Pág. 605.

(3). Francesco Carnelutti. Como se hace un proceso. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Pág. 119.

Con referencia al Derecho Positivo Español, James --- Goldschmidt, define al procedimiento penal así: "Procedi--- miento que tiene por objeto la declaración del delito y la imposición de la pena". (4)

Para Eugenio Florián, el proceso penal, es el instru--- mento normalmente indispensable para la aplicación de la -- ley penal en cada caso y lo define de la siguiente manera:-- "Conjunto de actividades y formas, mediante las cuales los--- órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando--- ciertos requisitos, proveen, juzgando, a la aplicación de - la ley penal en cada caso concreto". (5)

Para Enrique Jiménez Asenjo: "Proceso es el desarro--- llo que evolutiva y resolutivamente ha de seguir la activi--- dad judicial, para lograr una sentencia". (6)

Para Manzini es: "El conjunto de los actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el derecho procesal--- penal, cumplidos por sujetos públicos o privados, competen--- tes o autorizados, a los fines del ejercicio de la jurisdic--- ción penal, en orden a la pretensión punitiva hecha valer - mediante la acción o en orden a otra cuestión legítimamente presentada al juez penal, constituye la actividad judicial--- progresiva que es el proceso penal". (7)

Según Jorge A. Claría Olmedo: "El proceso penal es el

-
- (4). James Goldschmidt. Principios Generales del Proceso. - Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
(5). Op. Cit. Pág. 14.
(6). Enrique Jiménez Asenjo. Derecho Procesal Penal. Pág.66
(7). Op. Cit. Pág. 108.

único medio legal para la realización efectiva del Derecho-Penal integrador; es el instrumento proporcionado al Estado por el Derecho Procesal Penal, como único medio idóneo para que sus órganos judiciales y particulares interesados colaboren, frente a un caso concreto, para el descubrimiento de la verdad, y en consecuencia, actúen la Ley Penal Substantiva". (8)

Según el Dr. González Bustamante, de México, "el procedimiento penal está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal". (9)

Manuel Rivera Silva, después de sostener que no es posible trasladar teorías extranjeras con una adecuación exacta a nuestro sistema procesal, define al proceso como "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". (10)

Para Guillermo Colín Sánchez, proceso "es un desarrollo evolutivo, que indispensablemente se sigue para el lo--

(8). Op. Cit. Pág. 390.

(9). Op. Cit. Pág. 122.

(10). Op. Cit. Pág. 171.

gro de un fin, pero no un fin en sí mismo, sino más bien como medio para hacer manifiestos los actos de quienes en él intervienen, los cuales deberán llevarse a cabo en forma ordenada y no caprichosa, pues el surgimiento de uno será el que dé lugar a su vez al nacimiento de otros, y así sucesivamente, para que mediante su previa observancia se actualice la sanción prevista en la ley penal sustantiva". (11)

Por nuestra parte apuntamos: proceso penal es el conjunto de actividades y actos que hace el Estado para establecer la existencia o inexistencia de delito, debidamente reglamentados por preceptos previa y legalmente establecidos, por medio de los cuales el órgano jurisdiccional resuelve las pretensiones del Ministerio Público.

OBJETO DEL PROCESO PENAL.

En términos generales, el objeto del proceso es satisfacer las necesidades sociales de la paz pública. Desde luego, se considera que la ley penal sustantiva sería estática si no se le diera dinamismo, con el proceso.

Si solamente existieran los tipos penales, no podría elaborarse la norma en particular para el sujeto aquél que se adecúa a dichos tipos. Por esa razón, el proceso penal es indispensable para la realización del derecho penal.

(11). Op. Cit. Pág. 61.

Eugenio Florián señala que "el objeto fundamental del proceso penal es una determinada relación de derecho penal- que surge de un hecho que se considera como delito, y se de sarrolla entre el Estado y el individuo al cual se atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a éste último la ley penal". (12)

Sin la existencia del proceso, se caería en la anar- quía, entre el Estado y los individuos que por cualesquiera circunstancias llegan a adecuar sus conductas a los tipos - penales. Precisamente, para determinar la relación Estado- delincente, deben existir formas que garanticen la determi nación de esa relación jurídica, pero observando los linea- mientos de una fórmula objetiva, preestablecida en la ley,- y que, no es otra que el proceso penal.

En nuestro Derecho con base en la Carta Fundamental,- tenemos preceptos que garanticen dichas formas, como son -- los artículos 14, 16, 19 y 20 Constitucionales. (13)

Por cualquier ángulo que observemos el proceso penal, encontraremos que su carácter jurídico es fundamentalmente- público, ya que la relación jurídica penal, es de derecho - público.

Como consecuencia de lo anterior, es preciso que se - respeten dos principios: 1º La inmutabilidad del objeto del

(12). Op. Cit. Pág. 49.

(13). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.

proceso, y, 2º La no disponibilidad de éste.

1º. LA INMUTABILIDAD.

Según este principio, las llamadas "partes" en el proceso o "sujetos procesales", no tienen poder: a). Ni de detener el proceso, b). Ni de buscar una solución en el mismo fuera de la sentencia.

Si el Ministerio Público se convenciera de que no se integran las exigencias del tipo delictivo supuesto, o de que el sujeto fuese inocente, simplemente formularía conclusiones inacusatorias, y entonces, de todas formas, se tendría una resolución del órgano jurisdiccional. En este caso no se estaría inmutando el objeto del proceso. Lo mismo sucedería en el caso de perdón del ofendido.

DERECHO CIVIL Y DERECHO PENAL:

Aquí es preciso señalar la distinción entre el proceso penal y el juicio civil. En éste último, las partes a su voluntad pueden disponer del objeto del juicio, ya que pueden detener éste, con un convenio de transacción o someter la decisión de la controversia a árbitros, o modificar a su voluntad dicho objeto.

En el proceso penal no puede suceder esto, pues el ór

gano jurisdiccional forzosa y necesariamente es el que debe decidir. De lo contrario se menoscaba el respeto a quien - por mandato de la ley debe decidir en derecho, para salvaguardar la naturaleza de orden público, que está en juego, - y que está sobre cualesquiera interés particular.

En el juicio civil, tiene importancia en primer orden el derecho privado de las partes que contienden. Importa -- en forma secundaria, el aspecto de orden público. Por ello se tolera que las partes puedan resolver sus problemas, ya que lo que se persigue, es la paz entre los contendientes - del juicio civil. En materia penal, lo que se altera es el orden social colectivo, y por ello, el Estado no puede dejar en manos de los particulares, las relaciones que surgen de un hecho delictuoso contra la ley.

Al autorizársele al Ministerio Público desistirse de la acción penal, se está admitiendo que el Ministerio Público realice actos materiales jurisdiccionales, y ésto es lógicamente contradictorio y, en derecho, antijurídico.

En el caso de nuestra legislación, la única autoridad facultada para declarar que el hecho es delito o no, es el órgano jurisdiccional.

Resulta criticable en nuestra legislación, la facultad que tiene el Ministerio Público para desistirse de la -

acción penal, pues en este caso, se está alterando el objeto del proceso.

Con el desistimiento, el Ministerio Público, en forma tácita está expresando que no hay delito. A nuestro juicio se comete, con estos actos, una falta de respeto a la majestad del órgano jurisdiccional, quien debe estar, como sabemos, jerárquicamente por encima de todos los sujetos procesales.

Hablamos de lo anterior, apoyados en lo que señalan los artículos 137, 138, 139 y 140 del Código Federal de Procedimientos Penales que establecen:

"ARTICULO 137.- El Ministerio Público no ejercitará la acción penal: I.- Cuando los hechos de que conozca no -- sean constitutivos de delito; II.- Cuando, aun pudiendo ser lo, resulta imposible la prueba de la existencia de los hechos, y III.- Cuando esté extinguida legalmente.

ARTICULO 138.- El Ministerio Público solamente puede desistir de la acción penal: I.- Cuando apareciere plenamente comprobado en autos que se está en alguno de los casos -- mencionados en el artículo anterior, y II.- Cuando durante el procedimiento judicial aparezca plenamente comprobado en autos que el inculpado no ha tenido participación en el delito que se persigue, o que existe en su favor alguna cir--

cunstancia eximente de responsabilidad, pero solamente por lo que se refiere a quienes se encuentren en estas circunstancias.

ARTICULO 139.- Las resoluciones que se dicten en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, producirán el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que las motiven.

ARTICULO 140.- Para que el desistimiento de la acción penal produzca el efecto señalado en el artículo anterior, deberá ser formulado expresamente y de acuerdo con los requisitos fijados en este Código y en la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal". (14)

Por lo que respecta a la Ley Adjetiva del Fuero Común no establece expresamente que el Ministerio Público pueda desistirse de la acción penal, pero en forma tácita lo acepta al autorizar al Ministerio Público a pedir la libertad del inculcado, esto se observa de lo expuesto en el artículo 3º del código de la materia, que señala:

"ARTICULO 3º.- Corresponde al Ministerio Público: I.- Dirigir a la policía judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenándole la práctica de las diligencias que, a juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practican-

do él mismo aquellas diligencias; II.- Pedir al juez a ---- quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades; III.- Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este código, y pedir en los demás casos, la detención del delincuente; IV.- Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite; V.- Pedir al --- juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado; VI.- Pedir al juez la --- aplicación de la sanción que en el caso concreto estime --- aplicable, y VII.- Pedir la libertad del detenido, cuando - ésta proceda". (15)

2º. LA NO DISPONIBILIDAD.

Si sabemos que la relación jurídica del derecho penal materia del proceso, es deducida íntegramente del hecho en su realidad y completa entidad, puesto que de éste nacen -- los sujetos procesales o "partes" del proceso, no deben menoscabar ese hecho, ni manipularlo, ni cambiarlo a base de versiones imaginadas ni tesis establecidas, pues resultaría monstruoso que las partes pudieran ponerse de acuerdo con - el juez, para cambiar un hecho porque así convendría a és--

(15). Código de Procedimientos Penales para el Distrito y - Territorios Federales de 1931.

tas. No olvidemos que el interés del Estado no es complacer a las partes, sino buscar la creación y conservación del orden social, y con ese hecho que motiva el proceso se alteró ese orden, y a efecto de ponerlo en paz, es menester resolver esa relación de derecho que surgió del hecho con la ley y de ninguna manera se justificaría el modificar éste. De hacerlo, se estaría disponiendo del objeto del proceso. --- Ejemplo burdo sería, que si se está siguiendo un proceso -- por un delito contra la salud, las partes convinieran con el juez que se juzgara sobre injurias, lesiones, etc.

No desconocemos que estos dos principios llegan a confundirse, aplicándose las consideraciones de ambos para cada uno. Lo cierto es, que debe de observarse un respeto absoluto hacia las funciones y facultades de cada uno de los sujetos procesales, para así llegar venturosamente a la meta que se propone el proceso penal: resolver la relación de derecho que surge entre una conducta delictuosa y la ley. - Para ello es preciso encontrar la verdad del hecho planteado, que en el procedimiento penal la conocemos, como la verdad histórica o material.

En nuestra legislación el artículo 19 Constitucional establece:

"ARTICULO 19.- Ninguna detención podrá exceder del --

término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten. Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá aquél ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades". (16)

Nuestra Carta señala que todo proceso habrá de seguirse por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Las partes no podrán jamás cambiar el tema del pro

(16). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

ceso, ya que ésto vendría en perjuicio del objeto del mismo y afectaría gravemente al imputado, ya que se le dejaría en estado de indefensión, pues solamente cambiaría éste, en los llamados delitos progresivos o sea, de las lesiones que provocaran la muerte, pero no habría mutabilidad, puesto que se trata de los mismos hechos, sólo que el resultado es diferente, pero fuera de ello, no es admisible la alteración del tema del proceso.

OBJETO ACCESORIO DEL PROCESO PENAL .

El objeto accesorio del proceso penal no es otra cosa que el daño derivado del delito, que se traduce en muchas ocasiones en la responsabilidad objetiva, que tiene una naturaleza de carácter puramente civil. Nuestro derecho la -- vincula en ocasiones con el derecho penal, en forma, a nuestro entender, incorrecta, por pertenecer la reparación del daño al campo del derecho privado.

En este tema nuestra legislación no es uniforme. Mientras que en el Fuero Común se acepta, en el Fuero Federal -- no, y basta señalar el artículo 141 para aclararlo:

"ARTICULO 141.- La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal; pero podrá proporcionar al Ministerio Público, por sí o por apoderado, todos los da

tos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del inculpado y la procedencia y monto de la reparación del daño, para que, si lo estima pertinente, en el ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales". (17)

Pero por otra parte, si observamos lo que establece el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, no tenemos más que admitir que la reparación del daño, formalmente es parte de las penas, opinión y criterio que, como ya hemos dicho, no compartimos por no tener ésta, las características y elementos que se requieren para poder considerarla así.

"ARTICULO 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública; pero cuando la misma reparación deba exigirse a --tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales. Cuando el condenado no --pudiere pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, o solamente pudiere pagar parte de ella, el juez fijará, en sustitución de ella, los días de prisión que correspondan, según las condiciones económicas del reo, no exce--

(17).- Código Federal de Procedimientos Penales de 1934.

diendo de cuatro meses.

ARTICULO 30.- La reparación del daño comprende: I.-La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, y II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia". (18)

FINES DEL PROCESO PENAL.

Uno de los primeros fines de éste, es que tiende a la defensa social como toda legislación penal y en apoyo de esta idea, están los conceptos de todos los tratadistas y de la razón misma del proceso penal.

Otro de los fines es la investigación de la verdad -- histórica de los hechos que se plantean en el proceso. Ya sabemos que el presupuesto indispensable para el proceso, es la comisión de un delito y claro está, la excitación del órgano correspondiente para su inicio, en nuestra legislación: el Ministerio Público. En otras palabras: a) lo primero es el conocimiento de un hecho delictuoso por el Ministerio Público; b) después, la excitación del mismo órgano - que conoce de ese hecho, ante el encargado fundamentalmente de declarar el derecho, que es el órgano jurisdiccional; c) a efecto de saber exactamente si ese hecho fue delictuoso,

(18). Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

y la conducta de quien lo realizó tiene consecuencias, es menester reconstruir la historia de ese pasado, a través -- precisamente del proceso y, una vez que se ha encontrado la verdad que se busca, decidir conforme a los tipos, la situación jurídica del sujeto imputado.

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL EN MEXICO.

A). ESTRUCTURA AMPLIA.

Existen varias opiniones. Algunos tratadistas manifiestan que la estructuración penal es la siguiente:

- a). Averiguación previa
- b). Radicación del proceso.
- c). Preparación del proceso
- d). Instrucción
- e). El juicio y la decisión.

B). EL PUNTO DE PARTIDA.

En realidad, consideramos por nuestra parte, el proceso principia con el auto de formal prisión y termina con la sentencia ejecutoriada. Si señalamos lo anterior, es tomando en consideración las disposiciones de nuestra legislación, pues recordemos que el artículo 19 constitucional señala: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión..."

Como se ve, el proceso principia precisamente con dicho auto. Además, por ser sui-géneris nuestro derecho del procedimiento penal, contamos con un término constitucional de setenta y dos horas, que el legislador creó con el afán de que se encontrara la certeza de un delito y un presunto-responsable, y así, evitar molestias con procesos inútiles a los individuos, ya que en caso de que dentro del término-constitucional, no se hubiese comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, tendría que dictarse un auto de libertad por falta de elementos.

C). ESTRUCTURA CORTA.

Guillermo Colín Sánchez señala que el proceso se inicia desde el auto de radicación, ya que desde ese momento interviene el órgano jurisdiccional y, ya se debe hablar de instrucción y de proceso, dando los razonamientos que apoyan esta idea.

D). ETAPAS FUNDAMENTALES.

De conformidad con la idea que expusimos al inicio de este tema, debemos señalar que después del auto de formal prisión, estamos en presencia ya del proceso o instrucción, que habrá de servir precisamente, para con las pruebas, --- aportar luz en el conocimiento de los hechos que se han consignado al juzgador, debiendo señalar algunos momentos im---

portantes en nuestro sistema.

La primera parte de la instrucción sería del auto de formal prisión al auto que declare agotada la averiguación, y, esto pudiera ser de pruebas ordinarias. Un segundo momento, de ese último auto, el auto que declara cerrada la instrucción (que le podríamos nombrar de "pruebas extraordinarias", ya que también en esto el legislador queriendo garantizar más la situación jurídica en el proceso, estableció un término para que se revisara la causa, y si faltase alguna prueba, se ofreciera en ocho días y se desahogara en --- quince). En tercer término la preparación del juicio, que es la formulación de conclusiones por los sujetos procesales: primeramente las del Ministerio Público y después, las de la defensa y procesado, en donde habrán de concretizar sus puntos de vista, para que, como ya dijimos, quede preparado el juicio. El cuarto paso es la audiencia de vista, en donde las partes, como se han denominado comunmente, se hacen oír por el órgano jurisdiccional, y finalmente, en la quinta etapa, se alcanza la decisión o sentencia.

La anterior estructuración que hemos dado del procedimiento penal mexicano, es tanto en el Fuero Común como en el Fuero Federal.

E). DIFERENCIA DEL PROCESO EN EL FUERO COMUN Y EN EL-

FUERO FEDERAL.

En el Fuero Federal, una vez que se agota la averiguación, se señala un término de tres días para que se ofrezcan las pruebas, que deberán desahogarse en un término no mayor de quince días, lo que hasta en la actualidad está en vigencia. En el Fuero Común, el año de 1971, se hicieron reformas, estableciéndose en el procedimiento penal el juicio sumario y ordinario, y en tal virtud, desapareció el sistema anterior, por lo que respecta al período de pruebas al agotarse la averiguación.

F). NUEVAS MODALIDADES DEL PROCESO PENAL EN EL FUERO-COMUN.

En consecuencia de buscar que la justicia penal llene las exigencias para lo que fue creada, hubo necesidad de hacer estudios tendientes a encontrar la forma más rápida de aplicar el derecho penal, y en esa virtud, se encontró que podía ser útil proporcionar el juicio sumario y ordinario penal, aún cuando en nuestro concepto, por razones que expresaremos posteriormente, no fue muy afortunado el sumario, en cambio el ordinario si ha sido exitoso.

El mejor texto para entender las modalidades de estos dos juicios, lo encontramos en la propia ley, por ello ---- transcribiremos lo que ésta expresa al respecto.

EL PROCEDIMIENTO SUMARIO, está comprendido en nuestra legislación, en el título tercero, capítulo primero, artículos 305 al 312:

"ARTICULO 305.- Se seguirá procedimiento sumario cuando no exceda de cinco años de prisión la pena máxima aplicable al delito de que se trate. Cuando fueren varios delitos, se estará a la penalidad máxima del delito mayor, observándose, además, lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 10.

ARTICULO 306.- Reunidos los requisitos a que se refiere el artículo anterior, el juez, de oficio, declarará ---abierto el procedimiento sumario al dictar la formal prisión del inculcado, haciéndolo saber a las partes. En el mismo auto se ordenará poner el proceso a la vista de éstas, para los efectos del artículo siguiente. Sin embargo, necesariamente se revocará la declaración de apertura del procedimiento sumario, para seguir el ordinario que señalan los artículos 314 y siguientes, cuando así lo soliciten el inculcado o su defensor, en este caso con ratificación del primero, dentro de los tres días siguientes de notificado el auto relativo, que incluirá la información del derecho aquí consignado. Al revocarse la declaración, la vista del proceso se ampliará en cinco días más, para los efectos del artí

culo 314.

ARTICULO 307.- Abierto el procedimiento sumario, las partes dispondrán de diez días comunes, contados desde el siguiente a la notificación del auto de formal prisión, para proponer pruebas, que se desahogarán en la audiencia principal. Para los efectos de esta disposición se estará a lo prescrito en los párrafos segundo y tercero del artículo -- 314.

ARTICULO 308.- La audiencia se realizará dentro de -- los diez días siguientes al auto que resuelva sobre la admisión de pruebas, en el que se hará, además, fijación de fecha para aquélla. Una vez terminada la recepción de pruebas, las partes podrán formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta relativa. Cualquiera de las partes podrán reservarse el derecho de formular por escrito sus conclusiones para lo cual -- contará con un término de tres días. Si es el Ministerio Público el que hace dicha reserva, al concluir el término señalado, se iniciará el concedido a la defensa.

ARTICULO 309.- Si las conclusiones se presentan verbalmente, el juez podrá dictar sentencia en la misma audiencia o disponer de un término de cinco días. El mismo término regirá posteriormente a los que se fijan para presentar-

conclusiones por escrito. No procede recurso alguno contra las sentencias que en estos procesos dicten los Jueces Menores y de Paz.

ARTICULO 310.- En lo relativo a la asistencia de las partes a la audiencia, la celebración de ésta y la formulación de conclusiones, se estará a lo prevenido, en su caso, por los artículos 320, 322, 323, 326 y 327.

ARTICULO 311.- La audiencia se desarrollará en un solo día ininterrumpidamente, salvo que sea necesario suspenderla para permitir el desahogo de pruebas o por otras causas que lo ameriten, a criterio del juez. En este caso, se citará para continuarla al día siguiente o dentro de ocho días, a más tardar, si no bastare aquel plazo para la desaparición de la causa que hubiere motivado la suspensión.

ARTICULO 312.- Se observará en el procedimiento sumario en lo que no se oponga a las disposiciones de este capítulo, todo lo preceptuado en el presente Código".

CRITICA AL PROCEDIMIENTO SUMARIO.

No ha sido feliz desde luego, esta forma, ya que ha tenido varias complicaciones en el práctica, sobre todo, -- cuando existe un proceso de varias personas y que, como ya hemos visto, se les da el derecho de elección de escoger el juicio sumario a el ordinario. Resulta poco práctico el que

tenga que atenderse a estos sistemas en perjuicio del término del proceso.

Otra de las dificultades que se encuentra, es que en caso de que se instruyera un proceso en la forma sumaria, - del delito de lesiones, de las que por su naturaleza estén dentro de lo que establece el juicio sumario, éste por muy dilatado que fuera, se terminaría en un plazo aproximado de cuarenta o cuarenta y cinco días, como máximo, y si la muerte del lesionado resultara antes de los sesenta días, ya no habría posibilidad de abrir un nuevo proceso por homicidio para buscar una sentencia, y así, como estas dificultades - se encuentran otras, que son verdaderos problemas, por lo que opinamos que no ha sido feliz esta reforma, en lo que toca al procedimiento del juicio sumario.

EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO.- Este procedimiento está comprendido en el capítulo segundo de nuestra Ley Adjetiva Penal, del artículo 313 al 331. Esta reforma ha sido feliz porque ha permitido la celeridad en el proceso penal, aún cuando atendiendo a nuestra ley fundamental, que no fué reformada en este aspecto, por lo que hace al término del proceso penal, en el artículo 20 Constitucional fracción VIII - que dice: "Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de pri--

sión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo".

Resulta que para garantía del procesado, los términos del proceso penal serán los que señala esta fracción, ya -- que ninguna ley secundaria podría ir más allá de lo que establece nuestra Carta Magna, pero como se trata de una garantía del procesado, sólo porque a éste le beneficiara, -- puede extenderse el proceso el tiempo que señala la fracción a que nos referimos. De todas formas, en nuestro concepto, deberían actualizarse nuestras leyes secundarias, a los mandatos constitucionales, para que se obtuvieran los resultados que se desean con las reformas.

"ARTICULO 313.- Los procesos de la competencia de los jueces penales serán consignados a éstos por riguroso turno.

ARTICULO 314.- En el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogarán en los treinta días posteriores, término dentro del cual se practicarán, igualmente, todas aquéllas que el Juez, estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y las diligencias relativas. En caso que dentro del término señalado en este artículo, y el -

desahogar las pruebas aparezcan de las mismas nuevos elementos probatorios, el Juez podrá ampliar el término por diez días más a efecto de recibir los que a su juicio considere necesarios para el esclarecimiento de la verdad. Para asegurar el desahogo de las pruebas propuestas, los jueces harán uso de los medios de apremio y de las medidas que consideren oportunas, pudiendo disponer la presentación de personas -- por medio de la fuerza pública en los términos del artículo 33.

ARTICULO 315.- Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere el artículo anterior, o si no se hubiere promovido prueba, el Juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la Defensa, durante cinco días por cada uno, para la formulación de conclusiones. Si el expediente excediera de cincuenta fojas, por cada veinte de exceso o fracción se -- aumentará un día más.

ARTICULO 316.- El Ministerio Público, al formular sus conclusiones, hará una exposición suscita y metódica de -- los hechos conducentes, propondrá las cuestiones de derecho que de ellos surjan, citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables y terminará su pedimento en proposiciones -- concretas.

concretas.

ARTICULO 317.- Las conclusiones se presentarán por escrito y podrán ser sostenidas verbalmente en la audiencia principal.

ARTICULO 318.- La exposición de las conclusiones de la defensa no se sujetarán a ninguna regla especial. Si aquella no formula conclusiones en el término que establece el artículo 315, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad y se impondrá al o a los defensores una multa hasta de quinientos pesos o un arresto hasta de tres días, salvo que el acusado se defienda por sí mismo.

ARTICULO 319.- Las conclusiones definitivas del Ministerio Público sólo pueden modificarse por causas supervenientes y en beneficio del acusado. La defensa puede libremente retirar y modificar sus conclusiones en cualquier tiempo, antes de que se declare visto el proceso.

ARTICULO 320.- Si las conclusiones del Ministerio Público fueren de no acusación o contrarias a las constancias procesales, el Juez, señalando en qué consiste la contradicción, cuando éste sea el motivo de la remisión, dará vista de ellas con el proceso respectivo al Procurador de Justicia, para que éste las confirme, modifique o revoque.

ARTICULO 321.- Para los efectos del artículo anterior,

el Procurador de Justicia oirá el parecer de sus agentes -- auxiliares y decidirá si son o no de confirmarse o modifi-- carse las conclusiones formuladas por el agente.

ARTICULO 322.- Si el proceso no excede de cincuenta - fojas, el Procurador de Justicia dictará la resolución a que se refiere el artículo anterior, dentro de los quince días- siguientes a la recepción de la causa, con las conclusiones objetadas. Por cada veinte fojas más o fracción, se aumenta rá un día a los que aquí se señalan. Si el Procurador no re- suelve dentro del plazo a que se refiere este precepto, se- tendrán por confirmadas las conclusiones.

ARTICULO 323. Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación, el juez, al recibir aquél, sobreseerá en el - asunto y ordenará la inmediata libertad del procesado.

ARTICULO 324.- El auto de sobreseimiento producirá -- los mismos efectos que una sentencia absolutoria.

ARTICULO 325.- Exhibidas las conclusiones de la defen- sa, o en el caso de que se le tengan por formuladas las de- inculpabilidad, conforme al artículo 318, el Juez fijará -- día y hora para la celebración de la vista, que se llevará- a cabo dentro de los cinco días siguientes.

ARTICULO 326.- Las partes deberán estar presentes en- la audiencia. En caso de que el Ministerio Público o el de-

defensor no concurren, se citará para nueva audiencia dentro de ocho días. Si la ausencia fuere injustificada, se aplicará una corrección disciplinaria al defensor particular y se informará al Procurador y al Jefe de la Defensoría de Oficio, en su caso, para que impongan la corrección que proceda a sus respectivos subalternos y pueda nombrar sustituto que asista a la nuevamente citada. La audiencia a que se hubiere convocado por segunda cita se llevará a cabo aún cuando no asista el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad en que éste incurra. También incurrirá en responsabilidad el defensor faltista, pero en este caso se sustituirá por uno de oficio, suspendiéndose la vista a efecto de que éste se imponga debidamente de la causa y pueda preparar su defensa. Lo dispuesto en este artículo no obsta para que el acusado nombre para que lo defienda a cualquiera de las personas que se encuentren en la audiencia y que legalmente no estén impedidas para hacerlo.

ARTICULO 327.- Si el Ministerio Público no formule conclusiones dentro del plazo legal, se dará vista con la causa al Procurador, para que éste, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiere incurrido, las formule en un plazo que no excederá de 15 días, contados desde la fecha en que se hubiese dado vista.

ARTICULO 328.- Después de recibir las pruebas que legalmente pueden presentarse, de la lectura de las constancias que las partes señalen y de oír los alegatos de las mismas, el juez declarará visto el proceso, con lo que termina la diligencia.

ARTICULO 329.- La sentencia se pronunciará dentro de los quince días siguientes a la vista. Si el expediente excediera de cincuenta fojas, por cada veinte de exceso o fracción se aumentará un día más.

ARTICULO 330.- La sentencia condenatoria será apelable en ambos efectos.

ARTICULO 331.- Cuando la causa sea de la competencia del jurado popular, se estará a lo previsto para el procedimiento respectivo". (19)

C A P I T U L O V

NATURALEZA DEL DERECHO DE PROCEDIMIENTOS PENALES: ACTIVIDAD IMPULSORA DEL PROCESO PENAL.

PARTICULARIDADES O PRINCIPIOS DE LA ACCION PENAL.

- a) PUBLICA
- b) INDIVISIBLE
- c) IRREVOCABLE
- d) DE OFICIOSIDAD
- e) DE VERDAD REAL O HISTORICA.

ACCION PENAL Y PRETENSION PUNITIVA

CONSIDERACIONES DE ESTE TEMA EN -
DERECHO COMPARADO.

Ya hemos expresado el objeto y el fin del proceso penal: sirve para la aplicación de la ley penal en los casos concretos. A efecto de poder incoar un proceso, se necesita un impulso, una actividad que ponga en movimiento a la máquina jurisdiccional y ésta pueda elaborar, como ya vimos, la norma en particular para el caso que se le plantea.

El motor que impulsa esta actividad, es conocido en las legislaciones y en la doctrina, como la acción penal. Por ello, es importante que hagamos referencia a esta figura, tan necesaria en el proceso penal, pues sin ella no sería posible que tuviese vida el proceso penal.

Iniciaremos este tema con algunas definiciones respec

to a lo que es la acción penal.

Garraud dice que "es el recurrimiento a la autoridad judicial, hecho en nombre o interés de la sociedad, para -- llegar a la comprobación de la existencia del hecho punible, a la demostración de la culpabilidad de su autor y a la --- aplicación de las penas establecidas por la ley".

Eduardo Massari la define como "el poder jurídico de activar el proceso, con el objeto de obtener sobre el derecho deducido una resolución judicial".

Florián la define diciendo que ésta "ve en la acción-- el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal".

Sabatini expresa que es "la actividad dirigida a conseguir la decisión del juez en orden a la pretensión punitiva del Estado, nacida del delito".

Rafael García Valdés la define "como el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional, a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que - el titular de aquélla refuta como constitutivos de delito".

Los tratadistas mexicanos dicen:

Guillermo Borja Osorno considera que la acción penal- "es el poder de excitar la jurisdicción y actuar en el pro-

ceso frente a una relación de Derecho Penal, independientemente de su resultado". (1)

Franco Sodi expresa: "Tradicionalmente se afirma que la acción surge o nace con el delito, de donde, lógicamente si no hay delito no hay acción. Pues bien, se denuncia un delito supuesto, el Ministerio Público actúa, pone en movimiento a los órganos jurisdiccionales y a la postre resulta que la infracción penal denunciada jamás ha existido. Entonces, digo, si el hecho punible no se ejecutó y si su ejecución es condición forzosa para el nacimiento de la acción penal, en el caso, el Ministerio Público carecería de esta última y cabe por lo mismo preguntarse qué nombre recibe la actividad desarrollada por aquél ante el juez y que lo puso en movimiento". (2)

Veáse pues, que todas las definiciones expresan el sentido de que, acción penal es el medio impulsor para poner en actividad al órgano jurisdiccional y éste pueda elaborar la norma en particular, cumpliendo así con su misión de decir el derecho.

PARTICULARIDADES O PRINCIPIOS DE LA ACCION PENAL.

A efecto de encontrar la utilidad en el impulso para el proceso penal, es necesario que señalemos que ésta debe-

-
- (1). Guillermo Borja Osorno. Derecho Procesal Penal. Editorial José M. Cajica Jr., S.A. Puebla, Pue. México, 1969. Pág. 128.
 - (2). Carlos Franco Sodi. El Procedimiento Penal Mexicano. - Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1946.

regirse por principios, ya que sin ellos no podría satisfacerse su utilidad, en tal razón, nos vemos precisados aunque sea brevemente a señalar éstos:

a). PUBLICA.

La acción penal es pública, ya que va encaminada a -- hacer valer un derecho público del Estado. Surge de la comisión de un hecho delictivo, y al hacer efectivo el derecho-sustantivo en el caso en que juzga, es público el fin que se propone, ya que con ese hecho que motivó el proceso se afectó el orden público, y naturalmente, que todos los efectos producidos tendrán ese carácter, sin que quepa la posibilidad de transacciones privadas o modificaciones, ya que con ello se quebrantaría el propósito del proceso penal.

b). INDIVISIBLE.

Es indivisible, ya que alcanza a todos los sujetos -- participantes en la comisión del ilícito penal, ello resulta de considerar la igualdad de los sujetos ante la ley y por su utilidad social, a efecto de que nadie pueda evadir la represión del Estado en beneficio de la colectividad, recordemos que estamos hablando de la acción penal y no de -- las características del proceso, tomando en consideración -- esta característica, no existirá problemática en cuanto a --

que, ejercida la acción penal en los delitos de querrela -- necesaria, en un mismo proceso a varios sujetos, el perdón de uno de éstos extingue la acción para todos, precisamente porque la acción es indivisible.

c). IRREVOCABLE.

Es irrevocable, una vez iniciado el ejercicio de la acción penal, el órgano actor no debe tener facultades para desistirse, pues de admitirlo, se estaría consintiendo en que el encargado del ejercicio de la acción penal, realizara actos materiales de jurisdicción, sin embargo, en nuestra legislación, si es admitida esta modalidad, sin escapar se a la crítica de los juristas, ya que rompe con la pureza de las funciones de cada uno de los órganos procesales, con grave peligro por concentrarse en un sólo órgano la función de hacer justicia, aspecto combatido y que perduró en legislaciones atrasadas con nefastos resultados.

d). DE OFICIOSIDAD.

No sucede con la acción penal que corresponde al Estado en beneficio de la conservación del orden público, lo que acontece con la acción civil que pertenece a los particulares y que es de derecho privado.

En éste último el interesado o particular, es el titular de la acción en el momento procesal y tiene poder tendiente a promover la actividad jurisdiccional en el momento que lo desee, y disponer de ella también cuando convenga a sus intereses, pudiendo ser deducida esa acción por cualesquier representante o apoderado.

En cambio la acción penal es diferente, pues sabemos que su titular es el Estado a través del órgano correspondiente, sin que determine su actividad forzosamente la autorización de un particular, sino que, esa facultad en abstracto la tiene el Estado de toda la colectividad, para en beneficio de ésta, ejercitar la acción penal, por ello, de oficio y en favor del orden social, deberá ejercitar la acción penal cuando proceda en derecho, sin interesar que le parezca o no a quien hubiese sido lesionado por el delito, queremos decir, que el particular no podrá disponer de la acción penal por no corresponderle, pues ya hemos dicho, que el encargado del control de dicha acción es el Estado a través del Ministerio Público.

No desconocemos que en algunas legislaciones, como en la nuestra, existen sistemas de acuerdo con el delito de que se trate, si son de los perseguidos de oficio o por que rella necesaria, aunque ésta última la consideramos solo co

mo un requisito de procedibilidad.

e). DE VERDAD REAL O HISTORICA.

Nuevamente tocamos la diferencia del proceso penal -- con el juicio civil, en el último, el juez se atenderá a las afirmaciones de las partes, deducidas de las confesiones -- reales o fictas y de todas aquéllas pruebas que sirvan para acreditar la acción, defensas y excepciones, sin interesarle la realidad de los hechos o la verdad histórica de los -- mismos, pues lo que se busca en este derecho, es una verdad jurídica, que servirá para que el juez dicte su sentencia; -- por el contrario sucede en el proceso penal, en el que el -- juez busca la realidad de los hechos no las afirmaciones de quienes intervengan en el proceso, y ésto se demuestra, con el hecho de que en algunos casos deshecha la propia confe-- sión del inculpado, si la considera falsa y no quedará cons-- treñido el juzgador, ni por el pedimento de las partes o su jetos procesales, ni por la especial valoración que indebi-- damente hacen algunas legislaciones de una prueba, ya que -- la esencia del proceso penal, es encontrar la verdad histó-- rica de los hechos, y ésta no debe sofocarse en el estrecho camino de una valoración impuesta por el legislador, ya que de admitirlo, no se estaría cumpliendo con la naturaleza --

del proceso penal.

El órgano encargado del ejercicio de la acción penal, deberá tomar en consideración este principio, puesto que, - como representante de la sociedad debe importarle fundamentalmente encausar esa acción penal, por el sendero que le lleve a encontrar la verdad histórica del hecho que le han denunciado, y de ninguna manera podrá desviarse de este camino, ya que si tuviera otro fin su ejercicio no estaría -- cumpliendo con la función que se le ha encomendado en representación del Estado.

ACCION PENAL Y PRETENSION PUNITIVA.

La mayoría de los tratadistas han considerado que la acción penal se caracteriza y tiene su origen, en el delito mismo, aún cuando hay otros que expresan que basta la sospecha de éste, para que se tenga el derecho de la acción penal por el Estado, a eso se debe, que ha surgido la problemática entre acción penal y pretensión punitiva.

A este respecto Leone expresa: "Los dos términos acción penal y pretensión punitiva no son equivalentes, si no que, antes bien, se presentan como dos conceptos sumamente distintos, toda vez que la pretensión punitiva del Estado, - es decir, el Derecho Subjetivo Estatal de castigar, lejos -

de considerarse como lo mismo que la acción penal, es únicamente el objeto de ella, de este modo, especialmente en el pensamiento de juristas de la profundidad de Massari, no se renegaba de la autonomía de la acción penal, sino que, se individualizaba a ésta en la invocación al juez, para la actuación de la ley penal que deducía una pretensión punitiva".

El ilustre Don Juan José González Bustamante señala:-
"Intentada la acción penal en abstracto al promoverse ante los tribunales, se impone concretarla en el proceso. Esta concreción se realiza al término del período instructorio y constituye la fase acusatoria. En la fase de investigación, sólo se cuenta con el material de pruebas indispensable para presumir, que determinada persona es responsable de un delito. Partimos de suposiciones lógicas. Por eso hablamos de que al ocurrir el Ministerio Público ante el juez ejercitando la acción penal, lo hace en sentido abstracto. La segunda fase de la acción penal o sea la persecución, marcha paralelamente con el proceso y corresponde al período instructorio. Si al terminar la instrucción, ha sido feliz el resultado de las pruebas obtenidas para sostener que el inculpado es responsable del delito que se le atribuye, la acusación se habrá concretado y el órgano que acusa podrá -

fundar sus pretensiones señalando las diversas cuestiones - que van a ser objeto de la decisión judicial..." (3)

Fundamenta estas ideas deduciéndoles de los siguientes razonamientos: a). De la "facultad" del Estado que tiene de perseguir los delitos; b). El derecho de persecución, que nace cuando se ha cometido un delito (en este momento - puede hablarse definitivamente de acción penal); c). La actividad que realiza el Estado cuando tiene conocimiento de un hecho que puede ser delictuoso (este momento podemos llamarlo de la preparación de la acción procesal penal o averiguación previa); d). La reclamación de ese derecho ante un órgano jurisdiccional (este momento podría denominarse del ejercicio de la acción penal o acción procesal penal).

De estas consideraciones llegamos al convencimiento - de que, la acción penal nace con el delito, y, la acción -- procesal penal se inicia cuando principian las actividades - ante el órgano jurisdiccional, por el Ministerio Público, - con el fin de que aquél declare el derecho en el caso que - se le plantea.

La acción procesal penal, principia con la consignación y termina con el acto realizado por el representante - social anterior a la sentencia ejecutoriada, por ello, no - es posible considerar que la acción procesal penal, nace --

(3). Juan José González Bustamante. Op. Cit. Pág. 44 y 45.

con el delito. Ya hemos dicho que lo que nace con el delito, es la acción penal. Esto es fácil comprenderlo, ya que en ocasiones el Ministerio Público no consigue que el órgano jurisdiccional resuelva favorablemente sus peticiones. Mientras esta institución dice que hay delito y solicita se aplique la pena, el juez puede decir lo contrario y absolver al imputado. En este caso, si afirmamos que toda la actividad del Ministerio Público debe entenderse como acción penal, llegaríamos a la conclusión de que si no hubo delito, no existió jamás el derecho para que el Ministerio Público excitara al órgano jurisdiccional. Además, en la legislación mexicana sería imposible admitirlo, ya que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 21 Constitucional, el órgano que debe declarar si un hecho es o no delito, es el órgano jurisdiccional y para que éste lo declare, necesita forzosamente ser excitado por el Ministerio Público.

Por esta razón consideramos que el Ministerio Público sólo tiene, antes de formular conclusiones, acción procesal penal. Esta le permite activar y excitar al órgano jurisdiccional, para que pueda declarar si el hecho sometido a su consideración, es delito, y en su caso, aplique las sanciones que correspondan.

La acción procesal penal, no tendrá como presupuesto forzoso la presencia de un delito, sino lo que debe tener son hechos que se estimen o consideren que pudieran ser delito.

Definición. Acción procesal penal, es el conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar si el hecho que se le plantea es delictuoso".

Los principios que deben inspirar a la acción procesal penal son: a) debe ser pública, b) indivisible, c) de verdad real o material, d) inevitable, e) de oficiosidad, y f) de legalidad.

Las finalidades que se buscan con la acción procesal penal son las siguientes:

a).- Lograr que el órgano jurisdiccional se ponga en movimiento, para que elabore la norma en particular para el caso en concreto, extrayéndola de la norma general.

b).- Hacer efectiva una relación entre un hecho y un precepto jurídico, o sea, obtener la decisión sobre una relación de derecho penal.

c).- Un poder de obligar al órgano jurisdiccional a que decida sobre una situación que se le plantea. Debemos -

entender la circunstancia de que el Estado debe tener forzosamente, en abstracto, el derecho de la acción penal, a --- efecto de que con la facultad que le da la acción procesal penal, pueda deducirlo oportunamente.

A eso se debe que, por nuestra parte, consideremos --- que el Ministerio Público tiene "en abstracto" el derecho de la acción penal y la facultad de la acción procesal penal para deducirla, y que, llegado el momento oportuno, que es el de las conclusiones, ejercitará la acción penal en --- forma material, ya que en ese momento ha reunido todos los elementos necesarios para probar ante el órgano jurisdiccional, que existe un delito y un responsable, por lo que solicita se declare el derecho, diciendo que existe el delito, --- el responsable del mismo y que se aplica la sanción.

Por todo lo anterior consideramos:

a). Que el Estado tiene en abstracto, el derecho de --- la acción penal.

b). Que en beneficio del orden social debe ejercitarlo.

EL CASO MEXICANO.

Esto en la legislación mexicana se observa en toda la fase de la averiguación previa o preparación de la acción --- procesal penal, en que la institución del Ministerio Públi-

co actúa como autoridad, y una vez que reúne los elementos-necesarios con las investigaciones que realiza, consigna ante el órgano jurisdiccional. En este momento, empieza para el Ministerio Público la acción procesal penal, aquélla que preparó durante la averiguación. Ya en esta fase deja el Ministerio Público de ser autoridad, pues pierde su imperio, -al no ordenar a dicho órgano jurisdiccional, sino pedirle y excitarlo, para que inicie un proceso, en el que determine si aquél hecho que consigna, es o no delito y si el imputado es o no culpable del mismo, para que en su oportunidad -aplicar la sanción que corresponda.

Existe un primer período de preparación del proceso, -en el que el Ministerio Público al consignar, solicita: a)- se tome la declaración preparatoria del indiciado; b) se --realicen las averiguaciones necesarias para que en el término constitucional de 72 horas, se declare si hay elementos-para un proceso.

Esos elementos medulares serán considerados al resolver dicho término, que se conoce como el Auto de Formal Prisión, cuyos elementos principales serán: a). La comprobación del cuerpo del delito y b). La presunta responsabilidad.

Encontrados éstos, se iniciará el proceso o instruc--

ción, y en toda la secuela de éste, estará deduciendo el Ministerio Público acción procesal penal, y no es sino hasta que formule conclusiones (considerando que de la instrucción se llegó a comprobar el delito y la responsabilidad del imputado), que ejercita en forma material la acción penal que corresponde, solicitando se declare que existe el delito y el responsable de éste, aplicando la sanción correspondiente y todas las consecuencias del ilícito penal, o bien, --- aplicar las medidas de seguridad a que dé lugar la causa, - ya que (podían mediar circunstancias que así lo permitieran) se estará declarando el derecho, y elaborándose la norma en particular, para el caso concreto de que se habla. -- Por decirlo así, en atención a los conceptos que señalamos del delito, en el procedimiento penal será la elaboración - del "delito jurídico".

CONSIDERACIONES DE ESTE TEMA EN DERECHO COMPARADO.

No obstante que en la mayoría de los países, el ejercicio de la acción penal es realizado por el Ministerio Público, no sucede por igual en todos. Jesús Saez Jiménez y - Epifanio López Fernández, tratadistas españoles, agrupan en cuatro, los distintos sistemas imperantes del ejercicio de la acción penal, a saber:

- A). Sistema de la libertad cívica.
- B). Sistema de monopolio fiscal.
- C). Sistema coadyuvante o subsidiario.
- D). Sistema de concurso. (4)
- A). SISTEMA DE LA LIBERTAD CIVICA.

Este sistema opera principalmente en Inglaterra, sobre la base de que siendo el particular, el titular del derecho de acción, el Estado no tiene por que restringirle su ejercicio.

Así pues, en este sistema procesal, la acusación y el ejercicio de la acción penal, corresponde a los particulares de manera directa, sin intermediarios, sin hacer distinción entre los delitos, como de oficio, a instancia de parte, sino que tal ejercicio es con total independencia de la naturaleza del derecho sustantivo penal o delito cometido.

a). Acción Pública.

El citado Jesús Saez Jiménez, nos explica que en el sistema Inglés, la acción penal es pública; pero no en el sentido de que sea oficial, o reservada a un órgano creado especialmente para ello, sino en cuanto que ha de ejercitarse ante los órganos judiciales del Estado (los que desarrollan a virtud de la misma, una función pública).

Mantiénese en Inglaterra, el sistema de la antigua Ro

(4). Jesús Saez Jiménez y Epifanio López Fernández. Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal. Tomo IV. Vol. I Págs. 869 y siguientes.

ma: el criterio de la facultad OMNIMODA de todo ciudadano - por iniciativa propia, y sin necesidad de ninguna excita--- ción oficial o especial para promover la acción pública de la justicia, por lo que algunos autores denominan a este -- sistema, no de libertad cívica (como lo llaman los citados-- tratadistas españoles), sino de monopolio cívico ó particu-- lar de derecho y ejercicio de la acción penal, lo que, si - en principio pudiera dar motivo a un cierto confucionismo - entre el interés privado y el público (en orden a la san--- ción del delito), ello no ocurre porque en todo caso (vaya-- guiado por fines particulares o públicos), su actuación la-- lleva a cabo en nombre del Rey. Por esto su función se con-- vierte en pública, lo cual se acentúa más en cuanto que el-- sistema procesal penal inglés desconoce las figuras de los-- llamados delitos privados.

b). Contienda entre iguales.

Trócase el proceso en una contienda entre iguales, de donde el poder del Estado, manifestado a través del órgano-- judicial, se puede decir que sólo entra en lid para pronun-- ciar el fallo, y hacer que se ejecute la pena, en el supues-- to de que aquél sea condenatorio.

Gómez Orbaneyra agrega que "la acusación del particu-- lar dañado o no por el hecho punitivo, tiene siempre natu--

raleza pública, porque se hace en interés público y por todos los consociados, o más exactamente por la sociedad misma organizadora. El sistema no es más que la consecuencia estricta, no velada por artificio alguno, de la incompatibilidad, entre la función de acusar y la de juzgar; y significa la irreductible negativa a admitir que baste, si el Estado toma para sí ambas funciones, con ponerlas en manos de órganos públicos distintos, e incluso recíprocamente independientes". (5)

c). Ventajas.

El citado Saez Jiménez entiende que el sistema de libertad cívica constituye el más perfecto de los sistemas para ejercitar la acusación y el ejercicio de la acción penal, ya que atribuyendo ésta exclusivamente a los particulares, las partes se presentan procesalmente en un plano de completa igualdad, cosa que no ocurre con la intervención del "ministerio fiscal", institución que procesalmente goza de una situación de preminencia sobre la parte acusada, y por tanto sobre la defensa, dada su directa intervención en el sumario, no sólo como parte acusadora privilegiada, puesto -- que para él no reza el principio del secreto sumarial, sino en su función de inspección sumarial. También en el terreno económico nacional, el sistema de la libertad cívica, libe-

(5). Gómez Orbaneyra. Comentarios. Vol. VI. Pág. 210. Citado por Jesús Saez Jiménez. Op. Cit.

ra al Estado de un gravamen presupuestario, consistente en mantener un organismo exclusivo para asegurar el ejercicio de la acción penal.

d). Inconvenientes.

Sin embargo, frente a este aspecto favorable y elegido del sistema de la libertad cívica, puede oponerse una serie de inconvenientes como: 1º) el grave peligro que implica que los delitos queden sin persecución; 2º) los delincuentes impunes por la pesividad (que unas veces se deberá a falta de civismo y otras a miras egoistas, o por indiferencia general ante el crimen, o por temor a represalias); 3º) olvidar que la función de la justicia puede verse burlada -- por medio del sistema privado de compensación (cuando la -- víctima por sí y ante sí llegue a un arreglo con el ofensor que económicamente la compense del daño inferido) con lo -- que desaparece la función pública de castigar, para trocarse en una privatización del caso penal; 4º) tener en cuenta -- que el órgano jurisdiccional puede convertirse en un instru-- mento de coacción (en manos de seres desaprensivos que en -- lugar de pretender el castigo del culpable, hagan del deli-- to cometido un arma de extorsión contra el delincuente, que aunque merecedor de castigo, no por ello se debe permitir -- que se le pueda someter a una vejación que afecte a su pro--

pia dignidad humana). De aquí que, como dice César Bru, el sistema acusatorio produjo en Roma la raza de los delatores y en Inglaterra, desgraciadamente, ha desarrollado enormemente la turbia industria del chantaje. 5º) Aunque el particular quiera llevar a cabo la persecución del delincuente y asuma la función pública de ejercitar la acción penal, no es menos cierto que en muchas, muchísimas ocasiones, se encontrará con graves dificultades para poder aportar los elementos fácticos probatorios del hecho perseguido, amén de los gastos que ello pueda ocasionar a su propio peculio. De aquí que la falta del "ministerio fiscal" de un lado, y la impotencia particular, por otro, hayan llevado en Inglaterra a la formación de ligas o asociaciones cuya específica misión es ejercitar las acciones pertinentes para la persecución de los delitos.

e). La tácita intervención oficial.

Cada día se acentúa más la intervención oficial. Desde luego no menoscaba el sistema. Esta intervención oficial se manifiesta: 1º. En el ATTORNEY GENERAL (Solicitador General), que interviene en la persecución de los delitos de alta traición, de los que atentan contra la administración pública y contra la administración de justicia; 2º. En el CORONER, magistrado cuya actuación se produce es officio --

(inquisición), en los casos de muerte con violencia, (6) y cuya específica función es poner en marcha el procedimiento criminal; 3º. En el MESTER OF THE CROWN OFFICE, que aunque en teoría lleva a cabo la práctica de información en toda clase de delitos, la costumbre lo ha reducido para las injurias o calumnias que se viertan contra personas que desempeñen altos puestos o funciones públicas; 4º. En el DIRECTOR OF PUBLIC PERSECUTIONS que desde 1879 tiene por función promover la acción de la justicia, bien en casos difíciles o importantes, bien cuando no exista acusador o éste abandone la acción penal, así como asistir y aconsejar a toda persona que intervenga en un procedimiento penal. La intervención del citado Director evita y releva a todo ciudadano de la obligación de promover la acción de la justicia.

f). Abogados de la Corona no "Ministerio Fiscal".

La instauración de los órganos citados ha venido a -- decir, en expresión de algunos, que se trata de un "Ministerio Fiscal" encubierto o camuflado, (sigue diciendo Sáez Jiménez), ello no es exacto, puesto que no existe identidad entre la Institución Fiscal del Continente, y tales instituciones británicas, las cuales actúan no como fiscales, sino como abogados de la Corona.

La intervención o no, del "solicitador general" cam--

(6). F. T. Giles. El Derecho Penal Inglés y su Procedimiento. Traducción de Enrique Jardí. Editorial Bosch. Pág. 7.

bia la mecánica del sistema procedimental en orden a la información y uso de la palabra en juicio.

g). Opinión sobre este sistema.

Conjugados y sopesados por tanto ventajas e inconvenientes del sistema de libertad cívica o monopolización particular de la acción penal, los inconvenientes son de mayor alcance que las ventajas que ofrece: 1º porque el respeto a la soberana libertad del ciudadano, como garantía máxima del reconocimiento de sus derechos, no debe llegar hasta -- tal extremo que un interés general y público, como es el de la persecución, y castigo de delitos (tanto para dar satisfacción al aspecto privado del particular, como por encima de él asegurar la pacífica convivencia de la comunidad y -- salvaguardarla contra los ataques a que puede verse sometida por seres criminales o antisociales), quede subordinado al civismo y conducta social de un ciudadano particular. 2º Porque la intervención del "Ministerio Fiscal", por las -- ventajas que lo favorecen, rompe con el equilibrio procesal de las partes o "sujetos procesales", en el proceso penal.

Si nos estamos refiriendo al ejercicio de la acción-- penal, y no a la actuación del "Ministerio Fiscal", como -- parte en el proceso, tal estudio forzosamente nos coloca -- donde sí existe su institución, donde sí podemos estudiar --

su actuación competencial, y no incluirlo, precisamente en el sistema donde no se ha instituido. 3º Porque es peligroso poner en manos de los particulares el delicado mecanismo de la acción penal, la que inclusive, constituye para el particular una carga y una molestia algunas veces insuperable, o sea que "la parte acusadora desempeña una función -- bien difícil. Bastante tiene ya con probar la acusación, si existe motivo para aquella". (7)

4º Porque el proceso penal así concebido representa -- una grave amenaza (antes de incoarse), y perjuicio (ya actuante), de consecuencias terribles, y algunas veces irreparables, como lo es la prisión preventiva, que quiérase o -- no, representa aplicar la sanción o pena prevista por la -- norma jurídica sustantiva supuestamente violada, aún antes de saber si se originó culpablemente el presupuesto para -- aplicarla, o sea antes de saber si la conducta del acusado vulneró o nó el deber ser, o conducta jurídicamente establecida, y que compete al juzgador declarar en la sentencia. --

5º Porque situación, como lo es la prisión preventiva, aconseja que el instituto de la acción penal, debe ejercitarse con la mayor prudencia posible, y esto sólo se puede obtener retirando el ejercicio de la misma a los particulares, y depositarla en manos de un órgano oficial especializado --

(7). F. T. Giles. Op. Cit. Pág. 12

de buena fe, como orgullosamente, podemos decir, sucede en nuestro país. (8)

6º Llamaríamos al sistema procesal inglés: sistema de ejercicio particular o privado del derecho de acción penal por su titular, expresión ésta, que aunque un poco más larga, no produce confusión. 7º Es mejor la canalización de la acción penal por conducto del Ministerio Público, no obstante que algunos opinen que en Inglaterra funciona el sistema de la libertad cívica aún con más eficacia que el que se emplea en otros países (no en el nuestro, y lo probamos) que tienen la institución del Ministerio Público, en virtud del rigorismo tradicionalista de respeto de sus figuras jurídicas, y al especialísimo temperamento y educación del pueblo inglés.

B). SISTEMA DE MONOPOLIO FISCAL.

En este sistema el ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al órgano oficial denominado generalmente Ministerio Público.

En los albores de la humanidad, los hombres se hacían justicia por propia mano en lo que llamamos venganza privada, sujeta al criterio subjetivo del ofendido. Más correctamente: sujeta a la capacidad de fuerza que tuviera el mismo

(8). Francesco Carnelutti. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Europa-América. Pág. 35.

ofendido para cobrarla en contra del infractor.

Esta situación vino eliminándose. Al evolucionar las agrupaciones humanas, se fué substituyendo esta actividad particular, por la de grupo, hasta llegar al Estado moderno en que ya ni se permite al gobernado acudir libremente ante el órgano jurisdiccional a ejercitar la acción penal, sino que debe ser sustituido en su derecho de ejercicio por el Ministerio Público.

Al crearse esta figura oficial, monopolizador de la acción penal, se ha pensado que de esta manera se evita que los delitos queden sin persecución, así como la impunidad de los delincuentes, ante la posible sumisión de los particulares en dicho ejercicio que bien podría deberse: a) al temor de la represalia, a falta de valor civil, sentimiento de piedad o perdón, por llegar la víctima a un arreglo compensatorio y autocompositivo con el agresor, con lo que se obstaculizaría la función pública de perseguir, juzgar y castigar al delincuente; b) también, al quitar de las manos del ofendido el ejercicio de la acción penal, se impediría que ésta sea instrumento de extorsión y chantaje, no digamos ya en contra de los hipotéticos delincuentes, sino de todos los individuos en general, culpables o nó, pues casi todos los humanos tienen alguna enemistad con sus congéne--

res, y sentiría el fundado temor de que por odio, alguien -- los acusase penalmente aún ilegalmente. Ante tal amenaza. -- muchos accederían a las pretensiones del que ejercita la -- coacción; c) los interesados, en su mayoría, desconocen la -- técnica del derecho. Muchas veces la ejercitarían equivocadamente, aún de buena fe, con los mismos resultados de de-- sastre.

Por eso es que dada la trascendencia del proceso criminal, se requiere para el ejercicio de la acción penal, la presencia del Ministerio Público, que cuenta con mayores re cursos para tal función y que para cada caso, realiza un es tudio previo, no prejuzgando, sino como juez. Juzga an-- tes de accionar, respecto de las condiciones de procedibili-- dad, lo que sin temor, nos permite opinar, que tal prelimi-- nación de activar, es la misma que juzgar para acusar, o -- bien juzga como juez para accionar, pues no se acusa sin -- juzgar, sin encontrar o considerar como culpable al que se-- acusa. Técnicamente, sin embargo, existen excepciones a es-- te principio, pues puede resultar, que una vez producidos -- prima facie, los resultados normalmente producto de un deli-- to, el órgano acusador se encuentre con que los mismos no -- constituyen delito por existir de antemano probada de una ma nera indubitable, alguna excluyente de responsabilidad pe--

nal, y no obstante ésto promoveré la acción penal, sin exigir punitivamente, pues es función y competencia del juez, - declarar el derecho en relación a la culpabilidad o inocencia del acusado, y no del Ministerio Público, el que, ante tal situación, como representante social de buena fe, pidiera al juzgador exponiendo sus puntos de vista la absolución del imputado.

Tal cuestión se suscitó recientemente en México, Distrito Federal; se trató de un caso de homicidio, en el que el causante de la muerte, obró en evidentísima legítima defensa, y por lo tanto, a todas luces su actuación fué legítima, de ninguna manera resultaba culpable, ni su conducta era antijurídica.

Con mucho tino, nuestro actual Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales (9), cumplió con su deber de ejercitar la acción penal sin exigir punitivamente ante el órgano jurisdiccional, por considerar y reconocer que es facultad del juzgador, decidir y aplicar la ley penal al caso concreto, y sucedió que fué el juez quien en el término constitucional de setenta y dos horas, puso en absoluta libertad al imputado, dictando resolución en -- tal sentido por falta de méritos. Tal actitud es de aplau-- dirse. Sirve de ejemplo y sienta el precedente de que el Mi

(9). Doctor en Derecho, Sergio García Ramírez.

nisterio Público cumple fielmente con nuestras instituciones de derecho, pues una lógica bisoña hubiera llevado a decidir simplemente el no ejercicio de la acción penal, y nadie hubiera dicho nada, porque podría reputarse como justa tal decisión; pero no por ello dejaría de ser falta de técnica procesal, pues es el juez a quien compete declarar el derecho en relación con la culpabilidad o inocencia del imputado.

Al referirnos a que el Ministerio Público juzga como juez al acusar, queremos significar su actividad verificada de los presupuestos necesarios para el legal ejercicio de la acción penal, y no a la función en sí (de juzgador), de resolver en todo caso la aplicación del derecho sustantivo penal al caso concreto.

El sistema de monopolio en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, consiste en impedir al particular el ejercicio directo de su derecho de acción, depositando el mismo como deber, competencialmente a un órgano estatal, a manera de intermediario entre el derechohabiente y el órgano jurisdiccional. Los tratadistas han encontrado ventajas y objeciones a este sistema; nosotros que nos inclinamos en favor del sistema, encontramos las siguientes ventajas:

a). Evita el peligro de que los delitos se queden sin persecución.

b). Se elimina al máximo la posibilidad de que los delinquentes queden impunes, ante la pasividad de los ciudadanos.

c). Garantiza la efectividad de la función de la justicia penal que es eminentemente pública, al no permitirse la aplicación de soluciones privatísticas como la autocomposición, entre el transgresor y la víctima.

d). Elimina en lo posible que el derecho al ejercicio de la acción penal por los particulares, se convierta en un instrumento de chantaje o extorsión.

e). Permite una certeza jurídica, en el correcto ejercicio de la acción penal, pues es claro que tratándose de un órgano técnico especializado y de buena fe, lo más seguro es que su ejercicio sea legal.

Las objeciones ya han sido señaladas cuando hablamos del sistema de la acción cívica, como por ejemplo (opinan algunos autores) que es un gasto innecesario para el erario estatal; que su presencia representa una desigualdad procesal que perjudica a la defensa, etc.

C). SISTEMA COADYUVANTE O SUBSIDIARIO.

En este sistema, también corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, pudiendo el ofendido actuar conjuntamente con aquél, bien como acusador subsidiario o como coadyuvante (Austria, Alemania).

Entendemos que por este sistema, se han tratado de -- evitar los inconvenientes que resultan de los dos sistemas anteriores, y aún más, de manera ecléctica, se recogen ventajas de éstos, reconciliando la intervención del Estado y del ofendido respecto de la acción penal, pues por este camino ni se corre el riesgo de la impunidad, por el abstencionismo del particular ofendido, ni tampoco queda el ejercicio a merced de la decisión unilateral e inimpugnable del Ministerio Público, con lo cual se pretende lograr un equilibrio en la importantísima función de ejercicio de la acción penal (reconociéndole al particular, dentro de prudentes límites, derecho a intervenir y cooperar en la persecución del delincuente que lo ha lesionado), satisfaciendo -- así el Estado el inalienable derecho que tiene el individuo de exigir que se cumpla con la ley y se le haga justicia.

Saez Jiménez y López Fernández, nos explican de manera objetiva, como funciona este sistema en las legislaciones de Austria y Alemania: "Aclarando un poco más lo dicho, en el Derecho alemán aunque se reconoce, en ciertos casos,--

al particular la facultad de promover por sí la acción de - la justicia", es decir, sin necesidad de instarlo previamente el Ministerio Fiscal, y aún sin contar con el concurso - de éste, puede el Ministerio Público entrar en cualquier momento en la causa ya en marcha, en cuyo supuesto, la persona que la promovió pasa a ocupar la posición procesal de -- coadyuvante del Organó Público de Acusación. La Ley de los citados países no conoce caso en que la persecución de las infracciones penales haya de hacerse por vía privada de forma exclusiva, si bien para atemperar tal rigor, amplía la - categoría de los delitos que pueden perseguirse a instancia del ofendido. (10)

"Cuando la acción penal requiera que su ejercicio se haga de oficio, no se puede incoar sumario, si previamente no promueve esa acción el Ministerio Fiscal, con la particularidad de que en la Ley austriaca el poder del fiscal sobre la acción no se limita al acto de iniciación, sino que subsiste durante toda la tramitación de la causa, no debiendo abandonarla, puesto que si renuncia o desiste a su mantenimiento, tal decisión tiene como consecuencia inmediata -- que el Tribunal de lo criminal se encuentra vinculado por ella teniendo que pronunciarse por la absolución. En el sistema austríaco, el particular tiene el derecho de ejercitar

(10). Op. Cit. Pág. 878.

la acusación cuando el fiscal se niegue a ello, desista o abandone su ejercicio, correspondiéndole a él pedir entonces la condena, por lo que su intervención en la causa se denomina: acusación subsidiaria.

"En Alemania, cuando el procedimiento se pone en marcha, el Tribunal con independencia de la petición acusatoria ha de decidir sobre el sobreseimiento o sobre la apertura del juicio oral, vinculando esta última decisión al Ministerio Fiscal, aunque por su parte hubiera pedido el sobreseimiento, viniendo obligado a formular un escrito de conformidad con la motivación considerada por el Tribunal de lo criminal en la resolución de apertura del juicio, donde resulte que en caso de intervención particular, él mismo actúa bajo la forma de una intervención adhesiva, o más concretamente, de coadyuvante del Ministerio Público".

"Conforme a la Ley alemana pueden sustentarse los siguientes principios:

1) La facultad de denunciar infracciones punibles y pedir que se ejercite la acción penal, está reconocida en toda persona, y si su petición no es estimada por el Ministerio Fiscal aquél tiene derecho a una resolución motivada sobre la negativa.

2) Si esa facultad se utiliza por la persona que re--

sulte ofendida por el delito que se trata de perseguir y ob- tener su sanción, contra la negativa del funcionario fiscal, puede aquél acudir en queja al superior jerárquico de éste, y si el superior mantiene el criterio del inferior le cabe al ofendido por el delito, recurrir ante el órgano jurisdic- cional, quien oído al presunto inculcado decidirá lo que es- time oportuno sobre el particular.

3) El ofendido, puede intervenir en el proceso penal- como coadyuvante del Ministerio Fiscal, cuando: a) habiendo podido ejercitar la acción como acusador particular, no lo- hubiere hecho, promoviéndola el Ministerio Fiscal; b) en -- los supuestos de que el delito que se señale como cometido- sea de los que atentan contra su vida, integridad corporal, libertad, estado civil o patrimonio, y el proceso se produz- ca a virtud de resolución judicial, como consecuencia del -- recurso interpuesto por el mismo ante la autoridad judicial, en el supuesto de que el fiscal hubiera rechazado el ejerci- cio de la acción penal, cuando el particular estuviere fa- cultado para obtener y exigir una compensación pecuniaria".

D). SISTEMA DE CONCURSO.

Este sistema, se aplica en España, y permite acudir -- en determinados delitos, ante el órgano jurisdiccional ac--

cionando penalmente, ya no digamos al particular ofendido, sino que inclusive se permite tal ejercicio a cualquier otro particular o tercero totalmente ajeno al hecho.

Nadie mejor que los españoles citados, para que nos expliquen este sistema que funciona en su país: "La acción para promover la actuación de la justicia, salvo que se trate de delitos privados, corresponde al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que a su vez, con o sin él, puedan llevarlo a cabo, tanto el ofendido por el delito como una tercera persona ajena al hecho, tenga o no interés en el mismo, siempre que esté en el pleno uso de sus derechos civiles, y no se encuentre incurso en alguna de las excepciones marcadas por la Ley".

a) La acción penal tratándose de delitos privados corresponde exclusivamente al ofendido, el que habrá de instarla a virtud de querrela, si el delito fuere de injuria o calumnia contra el difamador, y cuyo derecho de accionar se hace extensivo a determinados parientes del ultrajado para el supuesto de fallecimiento antes de prescribir el plazo para el ejercicio de tal acción, y si el delito fuere de adulterio o amancebamiento, la acción penal habrá de ejercitarse conjuntamente contra ambos adúlteros o amancebados.

b) La acción penal en ciertos delitos contra la honra

tividad, aún interviniendo el Ministerio Fiscal puede estar condicionada a determinados requisitos, al igual que lo está a la denuncia de la parte ofendida, la acción penal en el delito de abandono de familia, por darse a tales infracciones una catalogación intermedia entre los delitos públicos y los delitos privados.

c) El sistema expuesto en el propio de la Ley de Enjuiciamiento criminal española vigente de 1882, sobre el cual podemos hacer algunas consideraciones a título de juicio crítico. En primer lugar tal vez sea la única ley procesal que ha combinado la posibilidad de la acción fiscal --- (ejercitada por el Ministerio Público) con la acción particular (promovida por el ofendido o perjudicado por el delito) y con la llamada acción popular (que es aquella que puede ejercitar cualquier español, no exceptuado en la ley y--- que se encuentre en el pleno uso de sus derechos civiles),--- como manifestaciones de lo que en definitiva constituye una única acción pública.

La conjunción de estos tres tipos de ejercicio de la acción en los delitos públicos, no deja de merecer censuras al haberse admitido el sistema de la acción popular, puesto que no obstante el punto de vista de Alimena en favor de --- tal forma de actuación penal, no se nos alcanza que en sis-

tema ideado sobre la base de un pensamiento tan amplio como el nuestro se le haya dado cabida, como no fuere por un exceso de consideraciones político-jurídico liberales frutos de la época de la redacción de la ley que llevó a los legisladores a exaltar en demasía el respeto y alcance de los derechos cívicos, la cual, además en el transcurso de los --- años de vigencia de nuestro enjuiciamiento criminal, ha venido a demostrar lo inoperante de la misma por las pocas - ocasiones en que se ha manifestado, ya que establecida la - garantía de la persecutoriedad de los delitos con la intervención del Ministerio Fiscal y con la parte ofendida o perjudicada, parece completamente superflua la intervención de un tercero fatalmente extraño a la relación jurídica material producida por la infracción penal y al cual no guía -- ningún interés procesal, como no sea el muy noble y encomiable de que la justicia prevalezca y de demostrar su alto -- grado de sentimiento cívico, el cual por desgracia no se da en demasía; pero frente a ésto, la acción popular presenta la otra cara de la moneda, el que en épocas de turbulencia-política haya sido esgrimida como medio de coacciones, o de dar satisfacción a bajas rencillas y reprobables venganzas, y buena prueba del desprestigio con que se le ha mirado o - del poco resultado positivo que de la misma se podía espe--

rar es que el sistema de nuestra Lecrim, no se ha visto reflejado en otra legislación del continente europeo, máxime- que admitida la acusación particular desaparece el peligro, que podría invocarse como justificación de la misma, del te mor a caer en el monopolio fiscal.

La admisión de esta triple catalogación de acción, la oficial, la particular y la popular, aunque en esencia sean la misma, es decir la acción penal pública, rompe por otro- lado el principio de equilibrio entre la acusación y la de- fensa, ya que mientras que frente a una sólo defensa, pue- den presentarse multitud de acusaciones, ya sean populares, ya lo sean particulares por haber sido varias las víctimas- del delito, independiente siempre de la del Ministerio Fis- cal, y como quiera que cada una de ellas puede actuar de -- forma independiente, tanto en cuanto a la instrucción de -- los hechos como a su calificación jurídica, el sistema de - igualdad se quiebra, ya que el defensor no tendrá que opo- nerse a una tesis acusatoria, sino a múltiples, lo que hará su trabajo más arduo, difícil y complicado.

Aunque la acusación particular se trate de defender - como medio de evitar el monopolio fiscal sobre la acción pe- nal, y para dar oportunidad al ofendido de que pueda hacer- valer su derecho y punto de vista, no por eso mostramos ---

nuestra conformidad a la forma en que se ha planteado la -- misma, tanto dentro de la Lecrim, como en sucesivas leyes - que han ido modificando nuestro sistema de enjuiciar penal.

Si el Ministerio Fiscal actúa, deviene innecesaria la acusación particular, viniendo a producir por lo general un encaramiento del proceso y una mayor dilatación en la tramitación de la causa por la intervención en la misma del representante del perjudicado, si bien las leyes reformadoras del procedimiento de urgencia (8 de junio de 1957 y 30 de julio de 1959) ya trataron, en parte, de remediar, cercenándola, la facultad de instar la revocación del auto de conclusión del sumario, criterio que no acertó a seguir la ley de 24 de diciembre de 1962 (Ley del Automóvil), que en más de una ocasión lo que en el fondo pretenden no es una condena penal, sino un resarcimiento del daño, esgrimiendo aquélla como un arma coactiva, y que ésto no constituye una --- afirmación gratuita por nuestra parte, sino un hecho incontrovertible, basta para comprobarlo acudir a las estadísticas para poder percatarse cómo muchas acusaciones particulares, se han producido después de haber agotado los medios - privados para obtener una reparación económica o que promoviendo la acción, o mostrándose parte en la causa después - de promovida, desisten del mantenimiento de su posición y -

por tanto de interesar sanción penal alguna, cuando ha sido satisfecha la indemnización a la que aspiraban y que el acusado ha pagado, cuando se convierte en fácil medio de llevar a la vía penal asuntos que debieran ser resueltos en otra vía jurisdiccional, pero que de un lado por la baratura del procedimiento en relación con el que debiera corresponder y, de otro, por la coacción que imprime una acusación penal, les ha servido en ciertas ocasiones para obtener un bien patrimonial, que sin este medio tal vez no lo hubieren conseguido o por el contrario lo hubieren obtenido después de un largo proceso civil.

Este aspecto que presentamos de la acusación particular nos hace meditar sobre dos extremos, que en la mayor parte de las veces lo principal del proceso penal, cual es el enjuiciamiento de un hecho criminal y la valoración de una conducta delictiva, lo supeditan a lo accesorio de dicho proceso; la reparación civil del daño, lo que hace correr a nuestro proceso penal el peligro de su privatización. De otro que la acusación particular es, a nuestro entender, una supervivencia, en cierto modo, de la venganza privada, tal y como se encuentra estructurada en nuestra *Lecrim*.

Admitida, por razones de economía procesal, la posibilidad de obtener la reparación del daño producido por el de

lito en vía penal, mediante la acumulación de la acción civil (que siempre debe considerarse accesoria) a la acción penal (lo que en todo momento ha de estimarse como principal), si la parte lesionada sólo desea la reparación material, acúdase a la figura admitida en nuestra Lecrim, del actor civil, y déjese el ejercicio de la acción penal para el Ministerio Fiscal, o en otro caso, de subsistir la acusación particular désele otra configuración más en consonancia con el fin que debe cumplir y con el propio del proceso penal.

No es que abogemos por la radicación de nuestra Lecrim, de la acusación particular, lo que pedimos es un cambio de estructuración de la misma; es decir, eliminada como debe ser la acción popular, el ofendido o perjudicado que pretende ejercitar la acción penal, deberá actuar como simple coadyuvante del Ministerio Fiscal, no existiendo por tanto más que una sola acusación, la del Ministerio Público, y reservándose para aquélla todo lo relativo a la reparación del mal causado. Si el Ministerio Fiscal se negase a ejercitar la acción penal, o en el curso de la causa solicitara el sobreseimiento, o en el acto del juicio oral retirase la acusación, es entonces cuando de coadyuvante, podría convertirse en acusador subsidiario, ejercitando o soste-

niendo la acusación.

Por otra parte y cuando la acusación particular abandonase la acción, debiera ser objeto de represión por el -- Tribunal, ó por el instructor según el momento procesal en que lo efectúa, si ello lo hace en consideración al haber sido indemnizada del daño sufrido, por posponer el fin público en defensa del cual se alzó con la querrela, o con el acto de personación, a un fin privado y completamente egoísta, aunque humano y razonable, cual era el del logro de la compensación económica, para cuyo cauce tenía siempre la -- vía civil, sin tener que acudir a la penal, aunque ello le esté permitido, puesto que en realidad lo que en el proceso penal debe contemplarse de forma primaria y principal, es la realización de la justicia penal, sanción que tanto debía de alcanzar al perjudicado actuante, como al profesional que le representó y dirigió, y también debiera hacerse extensible para aquellos casos en los que no acusando el Ministerio Fiscal y llevando la acción la acusación particular el procesado fuera absuelto, con lo cual se frenaría muy mucho el uso, más de una vez excesivo del ejercicio de dicha acción penal.

Por lo que se refiere a los delitos privados, no hay duda alguna que en cuanto a su iniciación debe mantenerse -

el criterio de la acción o acusación privada, puesto que -- por afectar a cuestiones de honor y dignidad, la incoación del sumario de oficio, y el que la acción penal fuese instada por el Ministerio Fiscal, aún en contra de la voluntad de los ofendidos, pudiera traer a los mismos más perjuicios que ventajas. Ahora bien, una vez iniciada la causa a petición de la acusación privada, no vemos porque razón se excluye de la actuación procesal al Ministerio Fiscal, no sólo en el mantenimiento de la acusación, sino también al objeto de velar por la pureza del procedimiento, y por su posición desapasionada poder, en trámite de calificación y de informe fáctico y oral en defensa de su tesis, ilustrar mejor al Tribunal sobre la verdadera graduación del evento -- que se dice ser constitutivo de delito, lo que indudablemente habría de hacerlo con un criterio de mayor ponderación -- que la acusación privada, y no es que neguemos al profesional que la ejercite dotes de ponderación, ecuanimidad, sino que como se ve obligado a actuar frente a su cliente, posiblemente de demostrar un desapasionamiento para querer encauzar el hecho en una vía más mesurada se viera después imputado de negligencia por quien contrató sus servicios, por lo que podemos decir que viene a actuar un tanto a pie forzado, muchas veces al servicio de rencillas y pequeñeces --

callejeras.

En cuanto a los delitos semipúblicos consideramos --- acertado el criterio de la Lecrim, por razón de que los mimos, por su afectación a la honestidad o a la vida familiar, es más conveniente dejar que los interesados decidan interponer la denuncia que hacerlo de oficio u oficialmente, a no ser que la víctima se encuentre, como dice en el Código Penal, completamente desvalida.

Estamos también de acuerdo con el perdón que regula-- nuestra Lecrim, en relación con el Código Penal, en cuanto a los delitos privados y a los semipúblicos, si bien tratán dose de los delitos contra la honestidad (violación, estu-- pro o rapto), si del yacimiento hubiere devenido prole, no debiera permitirse el perdón en tanto no se dictase sentencia, puesto que un arreglo económico no satisfará de por vida al fruto de tal unión sexual, cuando a través de la sentencia penal hubiera podido obtener el reconocimiento de su filiación, y el derecho a la percepción de unos alimentos.-- Otra cosa es que declarada la paternidad por el medio penal, máxime habida cuenta la prohibición de la investigación de la paternidad establecida por nuestro Código Civil, el perdón se otorgue, pero nunca anticipado a la sentencia, lo -- mismo que la no incoación de la causa porque la que sufrió--

el agravio o debió denunciarlo o no quiso hacerlo. Ello podrá satisfacer las exigencias legales, pero lo que nunca se dará satisfacción completa a las exigencias jurídicas de una verdadera realización de la justicia, cuando en definitiva la verdadera víctima de todo lo acaecido resulte ser una criatura inocente, y sobre la que habrá de pesar de por vida su condición originaria infamante, y posiblemente la dificultad de poder salir adelante en su porvenir con unos estudios, profesión u oficio que con la ayuda del hombre que le dió el ser pudiera haber logrado.

Comentando el sistema de nuestra Lecrim, dice el profesor Gómez Orbaneja que nuestra legislación, entre todas las vigentes, es la única que ha deducido de la publicidad de la acción penal, junto a la oficialidad, la acción popular o la titularidad de todos los ciudadanos españoles, vieniendo la acción popular a resultar así un concepto formal, si bien la diversidad de titulares no afecta al carácter ni a la unidad de la acción penal. Respecto de ella, el Ministerio Fiscal y el acusador particular guardan entre sí la misma relación que los distintos *correi credenti* en las obligaciones correales. No identificándose la acción pública ni por la concreta calificación y por la pena que el actor pida, la diversidad de calificaciones o de penas no al-

tera su individualidad. Reconocida la acción queda reconocida para todos los actores. Abierto el juicio a petición del actor particular, habiendo pedido el fiscal que se sobreesayera, continúa éste obligado al ejercicio de la acción, en el doble sentido establecido en el Estatuto del Ministerio-Fiscal (art. 2o., número 6), que tanto incluye en el concepto el derecho-deber de pedir el castigo de los que realmente aparezcan responsables como la absolución de los que injustificadamente sean acusados por otras partes, la titularidad para la acción no sólo implica el derecho de afirmar y probar por sí mismo una determinada consecuencia; jurídico-penal, sino de fundamentar la propia afirmación en las alegaciones y en el material de hecho traído al proceso por cualquiera de las otras partes. La acción penal no puede negarse en sí misma, ni declararse extinguida, sino con relación a todos los actores encerrando, sigue diciendo el citado profesor, el sistema de nuestra Lecrim, el peligro de que la acusación particular actúe no en razón al interés público de la represión penal, sino en el privado de obtener el resarcimiento material del daño, lo que desvirtúa la verdadera finalidad y carácter del proceso penal. (11)

(11). Díaz de León Segalón, Marco Antonio. Ensayo sobre la Acción Penal. Págs. 101 a 113.

S E G U N D A P A R T E

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL.

C A P I T U L O V I PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.

INDEPENDENCIA DEL ORGANISMO JURISDICCIONAL.

LA JURISDICCION PENAL EN EL DERECHO MEXICANO ACTUAL.

- a) EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO - EN MATERIA PENAL.
- b) ORGANIZACION DE LOS TRIBUNALES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.
- c) PRINCIPIOS PARA LOGRAR LA AUTONOMIA DEL ORGANISMO JURISDICCIONAL.
- d) CRITICA AL NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS.
- e) DEL NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES.
- f) CRITICA.

UN NUEVO SISTEMA PARA LA INDEPENDENCIA DEL ORGANISMO JURISDICCIONAL.

- a) IMPORTANCIA Y SENTIDO.

- b) NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS.
- c) NOMBRAMIENTO DE JUECES.
- d) CONCURSO DE OPOSICION.
- e) EXIGENCIAS LEGALES PARA EL NOMBRAMIENTO DE QUIENES HAN DE -- IMPARTIR JUSTICIA.
- f) INAMOVILIDAD E INTRANSMISIBILIDAD DEL DESEMPEÑO DE CARGO DE JUEZ.
- g) INCONVENIENTES PARA QUIENES DESEMPEÑEN EL CARGO DE JUEZ.
- h) INCOMPATIBILIDADES E INCAPACIDADES DEL JUEZ.

INDEPENDENCIA DEL ORGANO JURISDICCIONAL.

La independencia de la magistratura es, a nuestro juicio, vital para asegurar las garantías fundamentales del individuo y la correcta aplicación de la ley penal.

Los jueces deben ser, total y absolutamente independientes, y encontrarse sometidos exclusivamente a la ley.

En una sociedad civilizada como la nuestra, no es posible aceptar por ningún concepto, que el derecho sea utilizado con fines turbios o ajenos a su esencia. .

Esta independencia sirve no solamente para garantizar que en la sentencia se haga justicia y de que las resolucion

nes se basen precisamente en los hechos, sino que también, es condición indeclinable para la aplicación del principio de legalidad.

Ahora bien, una de las cuestiones que más preocupación ha causado, es la relativa a la necesidad de garantizar la independencia de los jueces, respecto del poder ejecutivo y de otras influencias exteriores, mediante la aplicación de las disposiciones que mejor pueden contribuir al logro de este objetivo.

Ya en las gloriosas jornadas de la Revolución Francesa, se ponía de manifiesto esta necesidad. Recordemos algunos puntos de la Declaración de Derechos del Hombre:

"Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de las desventuras públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, pudiendo ser en todo momento comparados con el objetivo de to

da institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en lo sucesivo en principios sencillos e indiscutibles, se dirijan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la dicha de todos.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, - los derechos siguientes del hombre y del ciudadano:

...Artículo 8o.- La ley no debe establecer más que penas, estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito Y LEGALMENTE APLICADA". (1)

No basta, sin embargo, con plasmar la independencia-- del órgano judicial en los ordenamientos legales, sino que también, es necesaria una imparcialidad absoluta de espíritu, condición principal e indispensable para el ejercicio de las funciones judiciales.

Debe hacerse notar que esta cuestión debe tratarse -- desde un punto de vista estrictamente objetivo, pragmático, tratando de aislarlo de todos los factores pasionales y políticos que lo rodean, para establecer una base imparcial y realista de la cual, quizá puedan derivar soluciones positivas, constructivas.

(1). Transcrita por Ch. Seignobos y A. Métin en su obra --- Historia Universal, Editorial Nacional S. de R. L. México, D.F. 1956. Tomo 10. Pág. 352.

La independencia del poder judicial es fundamental en cualquier colectividad democrática, sea cual fuere su forma. En este aspecto es concluyente el contenido del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que a la letra dice:

"Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL, para la de terminación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". (2)

LOS TEXTOS LEGALES:

El artículo 21 Constitucional dispone: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial ..."

Por otra parte el artículo 49 consagra la teoría política y sociológica del equilibrio y separación de poderes - de Montesquieu al establecer: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación..."

Aún cuando teóricamente la situación relativa al poder judicial podría considerarse satisfactoria, en virtud -

(2). Transcritos por César Sepulveda en su obra Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, S.A. México, - 1964. Pág. 384.

de que constitucionalmente se adopta la teoría de la división y separación de los poderes, que viene a constituir -- freno y contrapeso para guardar cada poder su autonomía e -- independencia, desde el punto de vista práctico hay motivos de inquietud. En definitiva media cierta discrepancia entre la teoría y la práctica.

Ese problema, debemos plantearlo con claridad y además, buscar con empeño una solución que permita eliminar esta discrepancia.

LOS PROBLEMAS REALES DE LA INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL EN LA ACTUALIDAD.

El problema básicamente radica en el hecho de que, si bien es cierto que desde el punto de vista teórico, se concede la independencia al poder judicial contemplándolo en la vida real, encontramos motivos de inquietud respecto de la efectividad de esa independencia.

El llamado principio de independencia del poder judicial, específicamente del órgano jurisdiccional, es en realidad una condición indispensable a la idoneidad y buen funcionamiento de la institución; consistiendo, como su nombre lo indica, en la independencia absoluta del órgano jurisdiccional respecto de cualesquier nexo político o similar.

Esta situación de conexidad del poder judicial con --

factores o nexos de ajena naturaleza, se presenta como inconveniente en las legislaciones de todo país, ya que precisamente si este órgano depende de otro, no podrá alcanzar los fines para lo que es creado, pues debe estar por encima de toda influencia para alcanzar su objetivo.

Ha sido preocupación siempre de los más notables tratadistas del Derecho del Procedimiento Penal, este tema, -- Jorge Claría Olmedo expresa: "Como para todo cargo público, el nombramiento del juez es un acto de investidura funcional indispensable para el válido ejercicio de la potestad jurisdiccional. Es una investidura de carácter judicial munida de recaudos impuestos por las constituciones dentro del sistema representativo republicano de gobierno, tendientes a garantizar la independencia del Poder Judicial.

El nombramiento por elección popular directa, abandonado ya totalmente en nuestro país (se refiere a Argentina), no satisface ninguna de las condiciones de mejor justicia, -- y es factor pernicioso ante la evidente influencia de la política y de las presiones partidistas". Agregando más adelante: "Entre nosotros no está organizada aún la carrera judicial ni el ingreso a la judicatura por concursos de mérito o de oposición..." (3); problemática de la que nos ocuparemos al formular nuestra opinión al respecto.

(3). Op. Cit. 1962. Pág. 231.

En nuestro país juristas tan distinguidos como el recientemente desaparecido, Maestro Juan José González Bustamante, se ocupa del tema, dando razones debidamente fundadas del porque debe existir el principio de independencia - en el proceso penal.

Se entiende lo indispensable del principio, ya que el objeto principal del proceso, es la búsqueda de la verdad - histórica de los hechos, y si esta verdad llegara a no convenir en determinado momento a la parte grupo, o quien en un momento dado tenga el control de un país, el juez a pesar de haber encontrado esa verdad, la callará en perjuicio de la verdad que está obligado a declarar, ya que con ella se busca la conservación o creación del orden jurídico y la paz pública, por ello en la actualidad, todas las legislaciones del mundo poseen una honda preocupación por este tema. Sus bondades ya se han dejado apuntadas, pues no consideramos que pudiera tener inconvenientes; a continuación en el siguiente tema, nos referiremos a este problema, ya situado en nuestra legislación.

También en México la estructura, competencia y el procedimiento de los tribunales penales, dan lugar a numerosas objeciones, en el sentido de que incorporan en sí mismos, - características totalmente incompatibles con el principio -

de independencia judicial, y con las garantías necesarias para asegurar un juicio imparcial.

Existe el peligro de que el poder ejecutivo y las consideraciones de partido, actúen sobre los jueces, imponiéndoles directrices orientadoras. En tales condiciones, no queda ya espacio para la independencia judicial.

Sin embargo, es necesario preservar la autonomía e independencia del poder judicial. Ya lo han consignado así -- ilustres tratadistas mexicanos.

El jurista Eduardo Pallares expresa: "Independencia Judicial.- La justicia social será un mito, mientras que el llamado Poder Judicial no sea independiente, aunque con independencia relativa de los otros dos poderes, sobre todo -- del principal de ellos, el ejecutivo". (4)

Manuel Rivera Silva manifiesta: "...nos resta indicar que dicho órgano, para decir o declarar el Derecho, debe gozar de absoluta independencia, pues no debe regir su decisión, sino por el conocimiento del hecho concreto y los imperativos de la ley. Cualquiera dependencia que el órgano -- jurisdiccional tuviese, lesionaría la pureza de su decisión, dañando así la esencia de la función que tiene encomendada" (5).

En nuestro concepto lo que más debe inquietar al ju--

(4). Eduardo Pallares. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. México, 1971. Pág. 324.

(5). Op. Cit. Pág. 95.

rista, es la ausencia de garantías legales eficaces que consagren el principio de independencia judicial, en forma tal, que constituyan salvaguardias eficaces del mismo.

En última instancia sólo encontramos la buena fé de quienes aplican el derecho, ya que es de justicia natural que las funciones judiciales sean desempeñadas de buena fé y ésta, tal vez no sea duradera ni efectiva en el futuro, debido a las tendencias modernas, conceptos e ideologías sociales.

Es necesario que la independencia del órgano jurisdiccional se establezca en la ley. Además (y acaso lo más importante), es necesario que se asegure en la práctica; la independencia del órgano jurisdiccional debe establecerse y asegurarse, principalmente, en los aspectos que a continuación se puntualizan:

a). En el método seguido para el nombramiento, toma de posesión y ascenso de los jueces.

b). En las calificaciones o capacitaciones requeridas para el nombramiento de quienes han de impartir justicia. Debe hacerse notar, que el titular del órgano jurisdiccional, ha de estar no sólo plenamente calificado, sino que debe además mantenerse en estrecho contacto con las realidades jurídicas de la región.

c). Debe establecerse la inamovilidad e intransmisibilidad del desempeño del cargo de juez. En la legislación mexicana no encontramos disposiciones relativas a la tenencia del cargo, ni seguridad en el mismo.

d). Deben cesar las relaciones del juez con los partidos políticos.

e). Ninguna consideración de orden religioso, racial o intelectual (ni aún las de apariencia más trivial o hipotética) ha de influir, ni siquiera en la posibilidad teórica más remota, sobre el supremo e imparcial acto de aplicar la ley.

f). El juez debe tener ciertas incompatibilidades para el desempeño de otros cargos. Esta disposición tendría el propósito de no menoscabar, en lo más mínimo la autoridad del juez.

g). La independencia del juez debe aplicarse en todas sus actividades profesionales. Así como en el funcionamiento corriente de los servicios judiciales, o sea, que la autonomía debe garantizarse legalmente y aplicarse durante todo el proceso judicial penal.

En relación con este problema, es necesario actuar de inmediato. No se deben aplazar para "mañana" las medidas -- que deben tomar para lograr la independencia judicial. El -

más valiente general, la guerra más cruenta, las prisiones, el destierro, la peste... nadie ha hecho mayor número de -- víctimas que el "mafiana".

No debemos llegar hasta esa abulia y abandono a que -- se refiere, en forma magistral, el ilustre Beccaria que expresa: "Por lo general los hombres suelen descuidar las precauciones más importantes, abandonándose a la prudencia digria o a la discreción de aquéllos cuyo interés pueda ser -- oponerse a las leyes más providentes, de ventaja universal por naturaleza; y resisten asimismo al esfuerzo por el cual tienden a condenarse un poco tanto en unos el colmo del poder y de la dicha, y en otros toda la debilidad y la mise--ria. Por lo cual, si no después de haber pasado entre millares de errores en las cosas más esenciales a la vida y a la libertad, si después de estar cansados de sufrir los males, y llegados a su extremo, no se entregan a remediar los de--sórdenes que les oprimen y a reconocer las verdades más palpables, las cuales escapan por su misma sencillez a los entendimientos vulgares no acostumbrados a analizar los asuntos, sino a recibir las impresiones de golpe, más por tradición que por examen". (6)

LA JURISDICCION PENAL EN EL DERECHO MEXICANO ACTUAL.

(6). César Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas. (dei delitti e delle pena). Editorial José M. Cajica--Jr. S.A. México - Buenos Aires. Pág. 60.

a). EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO EN MATERIA PENAL.

En la República Mexicana la jurisdicción penal se ejerce por los siguientes órganos jurisdiccionales:

1.- Por los juzgados y tribunales penales de los Estados y del Distrito y Territorios Federales. (En páginas posteriores regresaremos al estudio de estos tribunales).

2.- Por los juzgados y tribunales Federales, o sea, - por los Juzgados de Distrito y por los Tribunales Unitarios de Circuito.

Estos tribunales conocen de los delitos del orden federal previstos en el artículo 41 de la ley orgánica del Poder Judicial de la Federación y que son:

A) Los previstos en las leyes federales y en los tratados;

B) Los señalados en los artículos 2o. y 5o. del Código Penal;

C) Los oficiales o comunes cometidos en el extranjero por los agentes y diplomáticos, personas oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos;

D) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras;

E) Aquellos en que la federación sea sujeto pasivo;

F) Los cometidos por un funcionario o empleado fede--

ral, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;

G) Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas;

H) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado;

I) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado;

J) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación.

Los Juzgados de Distrito conocen, en primera instancia, de los delitos del orden federal ya señalados.

Los Tribunales Unitarios de Circuito conocen de la tramitación y fallo de la apelación, del recurso de denegada apelación, de la calificación de los impedimentos, excusas y recusaciones de los Jueces de Distrito, así como de las controversias que se susciten entre estos sujetos a su jurisdicción, con excepción de los juicios de amparo.

Esta división entre los tribunales estatales, denomi-

nados también de orden común, y los federales, responde a -- la configuración política que nos rige, que es la de una -- República Federal.

3.- Por los juzgados y tribunales militares, entrándose de los delitos y faltas contra la disciplina militar.

La organización de la justicia militar, en relación -- con los juzgadores y en orden ascendiente son:

A) Juzgados Militares a cuyo frente está un juez, con la categoría de general brigadier de servicio o auxiliar -- (artículos 24 a 30 del Código de Justicia Militar).

B) Consejos de guerra extraordinarios, constituídos-- por cinco militares que deberán ser por lo menos oficiales-- y, en todo caso, de categoría superior o igual a la del inculcado, designados mediante sorteo (artículos 16 a 23 del Código mencionado).

C) Consejos de guerra ordinarios, integrados por cinco militares de guerra, con un general o coronel como presi-- dente, y los demás, desde mayor a coronel.

D) Supremo Tribunal Militar, compuesto de un presiden-- te, militar de guerra con el grado de general de brigada y-- de cuatro magistrados, también generales de brigada de ser-- vicio o auxiliares.

Esta jurisdicción es "especial", en concepto de Nice--

to Alcalá Zamora y Castillo, que expresa: "Existen en México jurisdicciones penales especiales, a saber: la militar ..." (7)

Esta jurisdicción "especial", emana del artículo 13 de la Constitución.

4.- También constituyen tribunales especiales que tienen jurisdicción en materia penal, los tribunales políticos que conocen de los delitos previstos en el artículo 13 de la ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación y que sólo pueden procesar a los altos empleados de la federación. La cámara de Senadores viene a -- constituir el tribunal político.

5.- Por último debemos mencionar al Jurado Popular que conoce de los delitos previstos en los artículos 123 de la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito y Territorios Federales y el 62 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

b). ORGANIZACION DE LOS TRIBUNALES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

Regresemos a la organización de los tribunales del Distrito y Territorios Federales.

Dejamos para el final el estudio de estos tribunales-

(7). Niceto Alcalá Zamora y Castillo. Síntesis del Derecho-Procesal. Impresiones de la U.N.A.M. Pág. 189.

en virtud de que, a partir de su organización se pretende - establecer principios o reglas generales.

En el Distrito y Territorios Federales ejercitan la - jurisdicción, en materia penal, los siguientes órganos:

1.- Los juzgados de paz que en los términos del artículo 10 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, tienen competencia para conocer de los siguientes delitos: De aquellos que tengan como sanción apercibimiento, caución de no ofender, multa independientemente de su monto, o prisión cuyo máximo sea de un -- año, en caso de que se trate de varios delitos, se estará - a la pena del delito mayor.

2.- Los juzgados penales de los cuatro partidos judiciales de la Ciudad de México, que conocen de todos los demás delitos previstos en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Estas reglas se entienden, salvo los casos de la competencia del jurado y de los delitos del orden federal.

3.- El Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, "supremo órgano de jurisdicción en - materia común", según expresión del maestro Juan José González Bustamante. (8) Este tribunal conoce del recurso de apelación, en relación con los juicios de que ha conocido un -

(8). Op. Cit. Pág. 104.

en virtud de que, a partir de su organización se pretende - establecer principios o reglas generales.

En el Distrito y Territorios Federales ejercitan la - jurisdicción, en materia penal, los siguientes órganos:

1.- Los juzgados de paz que en los términos del artículo 10 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, tienen competencia para conocer de los siguientes delitos: De aquellos que tengan como sanción apercibimiento, caución de no ofender, multa independientemente de su monto, o prisión cuyo máximo sea de un -- año, en caso de que se trate de varios delitos, se estará - a la pena del delito mayor.

2.- Los juzgados penales de los cuatro partidos judiciales de la Ciudad de México, que conocen de todos los demás delitos previstos en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Estas reglas se entienden, salvo los casos de la competencia del jurado y de los delitos del orden federal.

3.- El Tribunal Superior de Justicia del Distrito y - Territorios Federales, "supremo órgano de jurisdicción en - materia común", según expresión del maestro Juan José González Bustamante. (8) Este tribunal conoce del recurso de apelación, en relación con los juicios de que ha conocido un -

(8). Op. Cit. Pág. 104.

juzgado penal en primera instancia, de las cuestiones competenciales que se suscitan entre los órganos que le corresponde, etc.

No nos propusimos hacer una descripción detallada de la estructura judicial en México, por el contrario, solamente nos hemos referido al mismo a rasgos generales y por ser de la mayor importancia para el objeto de nuestro estudio.

Dejando asentado ello, pasamos al estudio de los puntos más importantes para lograr la autonomía e independencia del órgano jurisdiccional, comenzaremos pues, por los dos primeros, a saber: El método que se debe seguir para el nombramiento, toma de posesión y ascenso de los jueces y lo relativo a las calificaciones o capacitaciones requeridas para el nombramiento de quienes han de impartir justicia.

c). PRINCIPIOS PARA LOGRAR LA AUTONOMIA DEL ORGANO JURISDICCIONAL.

Dispone el artículo 11 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales:

"ARTICULO 11.- Los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales serán HECHOS DIRECTAMENTE POR EL PRESIDENTE-

DE LA REPUBLICA, quedando encomendados los trámites que correspondan a la Secretaría de Gobernación.

ARTICULO 12.- Para que surtan efectos los nombramientos a que se refiere el artículo anterior, se sujetarán a la aprobación de la Cámara de Diputados o de la Comisión -- Permanente en su caso...

ARTICULO 15.- Los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia ya sean definitivos o provisionales, deberán -- otorgar la protesta de ley ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, y en los recesos de ésta, ante la Comisión Permanente del mismo Congreso".

a). CRITICA AL NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS.

1o.- El principio de separación de poderes que consigna nuestra Constitución se rompe, peligrosamente, tratándose del nombramiento de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, por lo que se debería buscar otro sistema, que permitiera la total libertad e independencia de estos funcionarios, dejando sólo a su estricta responsabilidad sus actos.

2o.- Aceptando la legislación presente, debemos entender que el Ejecutivo, no es la autoridad más idónea para hacer los nombramientos de los Magistrados. Existe peligro --

innegable, que en las decisiones de los jueces influyan con sideraciones de orden político, y las razones políticas, no deben intervenir jamás en las cuestiones jurídicas, ya que el juez deberá estar sujeto, exclusivamente, a la autoridad de la ley.

3o.- Lo que es más, la persona en quien recaiga un -- nombramiento para desempeñar un cargo judicial ha de romper, total y absolutamente, todas las relaciones que tenga con -- un partido político.

En nuestro concepto esta es una cuestión que no admite discusión de ningún género. El poder ejecutivo no debe -- intervenir en el nombramiento de los Magistrados, ni la Cámara de Diputados debe aprobar dicho nombramiento.

4o.- El proceloso y voluble mar de la política no debe invadir los ámbitos jurisdiccionales, so pena de convertirlos también en procelosos y volubles, en detrimento de -- la justicia.

5o.- No debe quedar resto alguno de dependencia en el nombramiento de los Magistrados, ya que de otra forma la in dependencia del Poder Judicial sólo será un ideal.

6o.- No escapa tampoco a la crítica la aprobación del nombramiento por la Cámara de Diputados. Las funciones que desempeña el Magistrado hacen ilógica la aprobación de su --

nombramiento por dicho órgano.

Esta por demás decir que el rechazo de un nombramiento por la Cámara de Diputados, no constituye en verdad un veto, si se toma en consideración el contenido del artículo 14 de la ley que se comenta:

"ARTICULO 14.- En caso de que la Cámara de Diputados no apruebe dos nombramientos sucesivos respecto a la misma vacante, el Ejecutivo hará un tercero que surtirá sus efectos desde luego como provisional y que será sometido a la aprobación de la Comisión Permanente.

...Si la Cámara o la Comisión Permanente desechan el nombramiento, cesará desde luego en sus funciones el Magistrado provisional y EL EJECUTIVO SOMETERA NUEVO NOMBRAMIENTO en los términos que se indican en éste y en los artículos siguientes."

En los términos en que se encuentra redactado el precepto podemos concluir que son nulas, en realidad, las facultades de la Cámara de Diputados, en efecto, si bien es cierto que éste cuerpo colegiado puede oponerse, sistemáticamente a las designaciones de Magistrados que haga el Presidente de la República, no lo es menos que éste también puede reiterada e ilimitadamente hacer nombramientos que surten efectos provisionales.

Otra sería la situación si después de rechazar dos veces las propuestas del Presidente de la República, la tercera designación o nombramiento proviniera del Tribunal Superior de Justicia, o de un órgano diferente al Ejecutivo.

7o.- En relación con el nombramiento de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, quedan vestigios de dependencia que afectan necesariamente su imparcialidad al impartir justicia, - por el hecho de que son nombrados por el Ejecutivo.

El principio fundamental y rector del proceso penal - de independencia del órgano jurisdiccional se rompe en este caso, máxime si se toma en cuenta que el proceso no es otra cosa que "una construcción técnica artificial, destinada a proteger a los individuos contra un abuso del poder estatal", según manifestación de Goldschmidt. (9)

Esta garantía, esta protección del ciudadano no existe cuando hay dependencia del órgano jurisdiccional a otro órgano del Estado, como en el caso que se comenta.

e). DEL NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES.

Disponen los artículos 16 y 19 de la Ley Orgánica que se comenta:

"ARTICULO 16.- Los jueces de lo Civil, de lo Familiar

(9). Op. Cit. Pág. 16

y Penales del Distrito Federal... serán nombrados por el Tribunal Superior de Justicia, en acuerdo de Pleno.

Para la designación se tomarán en cuenta los antecedentes y experiencia dentro de la Administración de Justicia, tratándose de personas ajenas a la misma, los antecedentes y capacidad profesional; para lo cual la Presidencia del Tribunal llevará expediente de los aspirantes.

ARTICULO 19.- Los jueces protestarán ante el Tribunal Superior de Justicia; pero tratándose de los que deben ejercer sus funciones en los Territorios Federales, la protesta podrá otorgarse ante la Primera Autoridad Política del lugar, si así lo dispone el Pleno."

f). CRITICA.

Nótese el cambio de sistema para la designación de los jueces, en relación con los Magistrados. Tratándose de los jueces la única autoridad competente para el nombramiento, lo es el Tribunal Superior de Justicia en acuerdo de Pleno. Aquí no hay vestigios de dependencia, la autoridad que emite la designación es la edecuada, la única que debe tener competencia.

Es correcta la disposición por cuanto hace a la autoridad que tiene competencia para hacer los nombramientos.

UN NUEVO SISTEMA PARA LA INDEPENDENCIA DEL ORGANO
JURISDICCIONAL.

A continuación se propone un sistema para el nombramiento de los Magistrados, su designación, toma de posesión y ascenso de los jueces.

a). IMPORTANCIA Y SENTIDO.

El problema relativo al nombramiento y toma de posesión del cargo de Magistrado y juez, es un problema de la mayor importancia, en el mismo debemos centrar nuestra atención, ya que de lo adecuado del sistema de nombramiento dependerá, en gran medida, que los jueces y Magistrados tengan una absoluta libertad frente a toda influencia para la adopción de una imparcial decisión sobre el asunto que les es sometido a su consideración.

Como hemos expresado, en materia Común, debe existir un sistema de nombramiento y ascenso de los jueces que sea a la vez democrático y liberal, bien concebido en teoría y eficaz, primordialmente eficaz en la práctica.

Desde luego los Magistrados y jueces deben ser nombrados única y exclusivamente por el Tribunal Superior de Justicia en acuerdo de Pleno.

La única autoridad competente para el nombramiento de

los titulares del órgano jurisdiccional lo debe ser el Tribunal Superior de Justicia actuando en Pleno.

b). NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS.

Ahora bien, el Tribunal Superior no podrá ejercer la atribución del nombramiento de los magistrados y jueces en forma discrecional, de propia iniciativa, sino que deberá -- de actuar a iniciativa de una comisión que se forme para -- que en terna proponga candidatos, es conveniente desde luego la creación de esta comisión, que en nuestra opinión debe estar formada por cinco personas que representen a las -- Instituciones más prestigiadas en el trato y estudio con el derecho y que sólo para ejemplificar serían las siguientes:

- 1.- Representante del Colegio de Abogados.
- 2.- Representante de la Facultad de Derecho de la --
U. N. A. M.
- 3.- Representante del Poder Judicial (magistrado).
- 4.- Representante de las Academias de Ciencias Jurídicas.
- 5.- Representante de la Escuela Libre de Derecho.

El procedimiento a seguir para el nombramiento de magistrados, sería el siguiente:

Una vez que exista la vacante para el cargo de magis-

trado, la comisión a que hemos aludido buscando el sistema más adecuado y conveniente, abrirá convocatoria en la que expresará los requisitos que deben reunir los candidatos, y una vez inscritos, dicha comisión a base de concursos, exámenes de oposición o algún otro sistema adecuado, seleccionará una terna de las personas que considere que pueden desempeñar el cargo de magistrado, remitiendo esta terna al Presidente del Tribunal Superior de Justicia razonando y fundamentando dicha selección, para que éste la ponga en consideración al Pleno y de ahí se elija el magistrado.

El Tribunal podrá vetar la terna presentada, cuando considere que los integrantes no reúnen los requisitos indispensables, solicitando la presentación de una nueva terna.

c). NOMBRAMIENTO DE JUECES.

En relación con el nombramiento de jueces, deberá seguirse el mismo sistema, pero deberá darse preferencia en igualdad de condiciones, a los profesionistas que presten servicios como secretarios en los juzgados del ramo del que haya de nombrarse juez, tomando en consideración que deben aprovecharse los conocimientos y práctica que éstos tienen sobre la materia.

Es conveniente también que al proponer candidatos para nombramiento de jueces, se tome en consideración los que en el momento ocupen cargo de inferior categoría, sin necesidad que éstos promuevan su petición, pues se entiende que debe tenerse idea de una carrera judicial y estimularlos para buscar que se superen en sus labores.

Es obvio señalar que la comisión a que tanto nos hemos referido, deberá estar formada por persona de reconocida solvencia moral y de conocimientos en la materia jurídica, esto señalamos para desterrar el vicio constante de las recomendaciones que traen funestos resultados, ya que de las proposiciones que haga la misma, dependerá indudablemente el futuro de una buena justicia para nuestro país.

Al principio de este tema expresamos que describiríamos esta forma de elección de magistrados, por un mero ejemplo, pero lo fundamental es que hay que buscar la independencia del órgano jurisdiccional, sea en el sistema que proponemos o en otro, ahí dejamos la inquietud para que en un futuro se resuelva; por nuestra parte, modestamente consideramos que con el método propuestos podría lograrse indiscutiblemente la independencia del órgano jurisdiccional desde un punto de vista formal, pues desde el punto de vista material, tendríamos que atender a otra problemática que nos ha

ría desviarnos del objetivo de este tema, ya que sería motivo de análisis distinto en el que surgirían infinitas de -- cuestiones que por lo extenso no sería posible agotar.

Una vez que exista una vacante para el cargo de juez, cualquiera de los magistrados del Tribunal Superior, o la comisión que hemos propuesto, podrá presentar candidatos para ocupar el puesto. En el caso de los magistrados la candidatura se deberá presentar por mediación del presidente del Tribunal.

Lógicamente cuando existan vacantes se deberá comunicar tal situación tanto a la comisión como a las personas -- a que nos hemos referido.

Si se va a nombrar a un juez de rango superior al más bajo, debe tomarse automáticamente en consideración a todos los jueces de categoría inferior a la de la vacante, sin necesidad de que formulen petición alguna, esto es sin perjuicio de que pueda ser nombrado un candidato evidentemente más apto.

d). CONCURSO DE OPOSICION.

Pues bien, después de haberse recibido las candidaturas, procederá la comisión que hemos propuesto a efectuar -- una investigación acerca de la personalidad, conducta en la

vida privada y pública de los candidatos. También se investigará acerca de sus aptitudes, calidades, capacitaciones y calificaciones de orden profesional. La comisión tendrá facultades para desechar las candidaturas de los candidatos - que no considere idóneos para el puesto que se va a ocupar.

Debemos hacer notar que son del todo criticables las disposiciones contenidas en los artículos 15 fracción X de la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal y el 17 fracción VII de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales. Estas disposiciones a la letra dicen:

"ARTICULO 15.- Son facultades y obligaciones del Procurador General de la República...

X.- Asistir, A INVITACION DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, con voz solamente, a los plenos en que haya de hacerse designación de funcionarios judiciales.

ARTICULO 17.- Son facultades y obligaciones del Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales:

VII.- Asistir, teniendo solamente voz, a los plenos - del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en que se hagan designaciones de funcionarios judiciales, o -- dar por escrito su opinión sobre dichas designaciones."

Los preceptos transcritos son, indiscutiblemente, ---muestras evidentes de intromisión indebida en el nombramiento de funcionarios judiciales.

No debe perderse de vista que el Ministerio Público - es una de las partes de la relación jurídica procesal. Su - intervención, aún cuando solamente sea teniendo voz, en el nombramiento de los funcionarios judiciales lo convierte en juez y parte y da pábulo a innumerables intromisiones en --perjuicio directo de la independencia del órgano del Poder Judicial.

Queremos señalar que no abrigamos la ilusión de encontrar un sistema que pueda ser aplicado íntegramente en todos los Estados, aún cuando se hubiese encontrado el mejor de los sistemas, o el sistema más adecuado, la administración de la justicia penal en cada país, el carácter y las - tradiciones nacionales son todos ellos elementos que hacen imposible, por su número e importancia el proponerse tal objetivo, sin embargo consideramos que es de la mayor importancia la investigación y el estudio para lograr uno de los más importantes factores, o principios rectores del proceso penal: la independencia del órgano jurisdiccional.

Logrando la independencia del Poder Judicial, habremos dado un gran paso para lograr al juez como un hombre jus

to, justo precisamente en el sentido del Dhammapada, o sendero de la virtud:

"No es justo el hombre que lleva adelante algún asunto por medio de la violencia. No; aquél que discierne el bien y el mal, que es ilustrado y guía a otros, no por medio de la violencia, sino por medio de la ley misma, que es inteligente y custodio de la ley, ese tal merece llamarse justo.

No es ilustrado el hombre porque hable mucho; aquél que es paciente, libre de odios y de temores, ese tal merece llamarse ilustrado.

No es el hombre sostén de la ley porque hable mucho;—aún cuando un hombre haya aprendido poco, con tal que tenga ante los ojos el conjunto de la ley, y nunca descuide la ley, es un sostén de la ley". (10)

e). EXIGENCIAS LEGALES PARA EL NOMBRAMIENTO DE QUIENES HAN DE IMPARTIR JUSTICIA.

Dispone el artículo 26 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito y Territorios Federales:

"ARTICULO 26.- Para poder ejercer las funciones de Magistrado se requiere:

(10). Libros Sagrados de Oriente. Editorial Nueva España, - S.A. México, D.F. Pág. 365.

a) Ser mexicano por nacimiento, en ejercicio de sus - derechos civiles y políticos;

b) No tener menos de 30 años de edad, ni más de 65, - el día de la designación; pero si al concluir el ejercicio-sexenal excedieren de esta edad, podrán ser nombrados para el siguiente período hasta alcanzar los 70 años, en que serán sustituidos.

c) Ser abogado, con título debidamente registrado en la Dirección General de Profesiones.

d) Acreditar, cuando menos, 5 años de práctica profesional que se contarán desde la fecha de la expedición del título.

e) Ser de notoria moralidad; y

f) No haber sido condenado por sentencia irrevocable por delito intencional, que le imponga más de un año de prisión. Si se tratase de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza, peculado, revelación de secretos, cohecho, -- abuso de autoridad, abandono de funciones, u otro que lesione seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo cualquiera que haya sido la pena.

Por otro lado establece el artículo 75:

"ARTICULO 75.- Para ser juez penal se deben reunir -- los mismos requisitos que esta ley exige para ser juez de -

lo civil.

ARTICULO 52.- Para ser juez de lo civil, se requiere:

a). Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

b). No tener más de 65 años de edad, ni menos de 30,- el día de su designación; pero si al cumplir el ejercicio - sexenal excedieren de aquella edad, podrán ser nombrados pa-
ra el siguiente período hasta alcanzar los 70 años, en que-
serán sustituidos.

c). Ser abogado con título registrado por la Direc---
ción General de Profesiones.

d). Acreditar, cuando menos, cinco años de práctica -
profesional, que se contarán desde la fecha de la expedi---
ción del título.

e). Ser de notoria moralidad. Y

f). No haber sido condenado por sentencia irrevocable
por delito intencional, que le imponga más de un año de pri-
sión. Si se tratase de robo, fraude, falsificación, abuso -
de confianza, peculado, revelación de secretos, cohecho, --
abuso de autoridad, abandono de funciones, u otro que lesio-
nare seriamente la buena fama en el concepto público inhabi-
litará para el cargo cualquiera que haya sido la pena."

En forma general consideramos que las capacitaciones-

o requisitos exigidos por la ley orgánica son correctos, no escapa sin embargo a la crítica el contenido de la última - fracción de los preceptos que hemos transcrito, que en principio es casuística y posteriormente establece un principio general. Bastaría con la enunciación del principio general - de que "no haya sido condenado por sentencia irrevocable -- por CUALQUIER DELITO que lesionare seriamente la buena fama en el concepto público..."

Ahora bien, en atención a que hemos propuesto un régimen prácticamente escalafonario (no se olvide que hemos propuesto que si se va a nombrar a un juez de rango superior - al más bajo debe tomarse automáticamente en consideración, - es decir, a todos los jueces de categoría inferior a la de la vacante, sin necesidad de que formulen petición alguna), que en un momento dado pudiera atentar en contra de la capacidad mínima para el desempeño de cierto puesto en la judicatura, pienso que las calificaciones requeridas para el desempeño de las diversas actividades jurisdiccionales deben ser diferentes, ya que las categorías distintas de la jerarquía judicial así lo ameritan.

Atento lo anteriormente expresado consideramos que a los requisitos para desempeñar el cargo de magistrado debería ser agregado el siguiente:

"ARTICULO 26 FRACCION g). Que haya ejercido, por lo menos durante cinco años alguna de las siguientes funciones:

1.- La profesión de abogado.

2.- Una función judicial.

3.- La enseñanza del derecho en una universidad o en una Escuela Superior de Derecho, aprobada reglamentariamente".

Cuando se cumpla con los requisitos señalados será un honor y una satisfacción indecible, el poder decir que en México contamos con un personal competente, bien consciente de sus responsabilidades y totalmente dedicado al servicio del ideal de impartir justicia.

f). INAMOVILIDAD E INTRANSMISIBILIDAD DEL DESEMPEÑO
DE CARGO DE JUEZ.

Dispone el artículo 17 de la Ley Orgánica que venimos comentando:

"Los magistrados y jueces a que se refieren los artículos anteriores, durarán en sus cargos los primeros, hasta el 15 de marzo y los segundos hasta el 15 de abril, del último año del sexenio judicial correspondiente.

Los magistrados y jueces que fueren nombrados estando corriendo el sexenio, ejercerán el cargo hasta terminar el-

período en que fueron designados".

Según se puede apreciar de la simple lectura del precepto transcrito, en nuestro derecho el principio de intransmisibilidad e inamovilidad de los jueces no rige, por el contrario, su nombramiento es transitorio, temporal.

El juez debe permanecer en su cargo desde la fecha en que es nombrado, hasta la fecha de su retiro por pensión, - renuncia o por su separación, en razón de la buena administración de justicia.

Así lo han reconocido prestigiosos juristas como el Lic. Eduardo Pallares que dice:

"Entre las garantías de que debe gozar el Poder Judicial, existe la relativa a la inamovilidad de los funcionarios que lo integran". (11)

Las ventajas del establecimiento del principio de la inamovilidad judicial son obvias, mencionaremos solamente algunas de las principales:

- 1.- El juez seguro del cargo que desempeña, tendrá el valor civil suficiente para oponerse a las consignas.
- 2.- El juez podrá verse libre de la influencia de los intereses políticos.
- 3.- El juez le dedicará la superación máxima al estudio de la ciencia jurídica para pronunciar la mejor aplica-

(11). Op. Cit. Pág. 326

ción de la ley.

4.- En una palabra, el juez siendo inamovible podrá desempeñar su puesto con toda independencia, porque estará seguro de continuar en el mismo, independientemente de las presiones e intereses a que se vea sometido.

No cabe objetar en contra de la inamovilidad que favorece a personas indolentes, flojas, que no tienen mayor deseo de superación y que sólo quieren continuar en el puesto, digo que no cabe tal argumento ya que inamovilidad no quiere decir irresponsabilidad.

Quedarán, lógicamente, sujetos los jueces a las sanciones que ameritan por cometer no solamente faltas en el ejercicio de sus funciones, sino delitos.

Basta, en nuestro concepto, la transcripción de los artículos que a continuación se puntualizan, para destruir el argumento que se apuntó en contra de la inamovilidad judicial:

"ARTICULO 277.- Los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, los jueces del Orden Común del Distrito y de los Territorios Federales y todos los miembros de la Judicatura del mismo ramo, son responsables de las faltas oficiales que cometan en el ejercicio de sus cargos y quedan por ello sujetos a las sanciones que determinen la presente ley,

la ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito y Territorios Federales y de los altos Funcionarios de los Estados y demás leyes aplicables".

g). INCONVENIENTES PARA QUIENES DESEMPEÑAN EL CARGO -
DE JUEZ.

Deben cesar las relaciones del juez con los partidos-políticos.

La persona nombrada para desempeñar el cargo de juez ha de romper, total y absolutamente, todas las relaciones - que tenga con un partido político. Esto es muy importante, - ya que el juez deberá de estar sujeto solamente a la autoridad de la ley, las consideraciones de partido implican una-dependencia que impide la autonomía para el imparcial acto-de aplicar la ley.

Esta consideración tiene como única finalidad instituir y conservar la independencia del juez que solo deberá-de estar consciente de los mandatos legales.

Todo vínculo del juez que implique dependencia será-- motivo de impedimento para el desempeño de cargo de juez, - ésto ya se apreciaba desde el Derecho Romano, según relata- Eugéne Petit.

"Un magistrado no podría hacer acto de jurisdicción - contenciosa, es decir, judicare o judicare jubere, ni para él ni para las personas de su casa: su mujer, sus hijos y - sus manunitidos. Una sospecha de parcialidad se unía a sus - decisiones". (12)

Es curioso observar que en el artículo 21 de la ley - orgánica que se comenta que establece como una incompatibi- lidad, para el desempeño del cargo de juez el colocarse den- tro de una asociación religiosa, sin embargo no hace alu- sión alguna a los vínculos con los partidos políticos que - es, indiscutiblemente más peligroso.

h). INCOMPATIBILIDADES E INCAPACIDADES DEL JUEZ.

En relación con las incompatibilidades e incapacida- des para el desempeño del cargo de juez, dispone la ley or- gánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del -- Distrito y Territorios Federales:

"ARTICULO 21.- Ningún funcionario judicial o empleado de este ramo podrá tener ocupación que lo constituya en es- tado de dependencia moral o económica de alguna corporación o persona particular. También es incompatible el cargo de - funcionario o empleado con cualquiera situación del indivi- duo que lo coloque dentro de una asociación religiosa. El -

incumplimiento de esta disposición es causa de responsabilidad, que se exigirá en los términos que previene el capítulo de responsabilidades.

Quedan exceptuados de esta disposición, los cargos docentes, cuyo desempeño no perjudique las funciones o labores propias que les competen como miembros de la Administración de Justicia.

Nótese que el precepto prohíbe ocupación que constituya al sujeto en estado de dependencia moral o económica de ALGUNA CORPORACION O PERSONA PARTICULAR. El precepto es a todas luces incompleto, ya que debe abarcar también a las corporaciones públicas que, eventualmente pueden ser las que más influyan para que el funcionario judicial no actúe en forma independiente e imparcial. Debe abarcar también, repito, la prohibición de tener vínculos con partidos políticos.

"ARTICULO 22.- Ningún nombramiento para empleado de la Administración de Justicia o Auxiliar de ésta, como síndico o interventor, podrá recaer en ascendientes, descendientes, cónyuges o colaterales, dentro del cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad, del funcionario que haga la designación. La inobservancia de esta disposición, es motivo de responsabilidad de quien tenga a su cargo la -

expedición del nombramiento, la que se exigirá por el Tribunal Superior de Justicia, imponiendo al infractor una multa de quinientos a un mil pesos o destitución del cargo.

ARTICULO 24.- Ningún funcionario de la Administración de Justicia podrá desempeñar otro puesto.

Los funcionarios y empleados de la Administración de Justicia no podrán ser corredores, comisionistas, apoderados judiciales, tutores, curadores, albaceas, depositarios, síndicos, administradores, interventores en concursos, árbitros o arbitradores, ni ejercer la abogacía sino en causa propia.

En general, salvo los casos que en los comentarios hemos mencionado, consideramos que son correctas las disposiciones de nuestra legislación, ya que con las mismas se persigue como propósito fundamental, el no menoscabar la imparcialidad e independencia del juez.

En nuestro concepto, debe existir también la incompatibilidad siempre que un juez adolezca de perjuicio, por cualquier razón, en beneficio o en contra de alguna de las partes, por razón de que el fallo adolecerá del defecto de perjuicio, cuando no se ajuste a las normas de la justicia-equitativa, de tal manera que no bastaría con probar la mera posibilidad de perjuicio, sino que deben existir indi---

cios efectivos del mismo, plasmado en las resoluciones del juez.

Debemos confesar que el tema es extraordinariamente complejo como interesante, ya que las incompatibilidades deben ser perfectamente concebidas en teoría y eficaz, primordialmente eficaces en la práctica, para lograr imparcialidad en el órgano jurisdiccional, sin embargo considero -- que es necesario dejar, por lo menos, planteado el problema, ya que en nuestro concepto, siempre que exista una probabilidad efectiva, en alto grado, de prejuicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, éste debe tener una incapacidad legal.

Por último, la independencia del juez debe aplicarse en todas sus actividades profesionales, así como en el funcionamiento corriente de los servicios judiciales, o sea, -- que la autonomía debe garantizarse legalmente y aplicarse durante todo el proceso penal.

La independencia del juez en todas sus actividades -- profesionales se logrará remunerando a los jueces y otorgándoles emolumentos que sean suficientes para que tengan una forma honesta y decente de vivir, éste es uno de los problemas más graves de la justicia penal en México, los fuertes intereses en juego que existen en cada uno de los procesos-

penales, son factores que pueden hacer total y absolutamente ineficaz el principio de independencia judicial. El juez debe pues ser remunerado en forma justa y suficiente, sólo así se podrá afianzar la independencia del mismo.

Consideramos de la mayor importancia todos los temas que hemos tratado, por su trascendencia, consideramos que deben consignarse en el derecho escrito como una garantía para el particular.

Hemos tratado de evitar la crítica por sistema, crítica que es a menudo negativa y siempre irritante para aquellos a quienes se dirige, sin embargo no podemos dejar pasar por alto deficiencias de la legislación mexicana.

Por último debemos manifestar, que no perdemos la esperanza de poder llevar a cabo una más positiva acción en este dominio, o por lo menos sembrar inquietudes con esta sana y constructiva crítica desde nuestro modesto punto de vista.

C A P I T U L O V I I EL PRINCIPIO DE DEFENSA.

EL DERECHO DE DEFENSA.

LA LEGISLACION MEXICANA AL RESPEC
TO.

LA AVERIGUACION PREVIA.

LA LIBERTAD DURANTE LA AVERIGUA--
CION PREVIA.

ANALISIS DEL PRINCIPIO DE LA DE--
FENSA.

1. NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR.
2. EL DEFENSOR DEBE ESTAR PRESEN--
TE EN TODOS LOS ACTOS DEL PRO--
CESO.
3. DERECHO A QUE SE COMUNIQUE LA--
DETENCION A LOS FAMILIARES.
4. DERECHO A LA COMUNICACION. LI--
MITACIONES.
5. DERECHO DE COMUNICACION DEL DE--
TENIDO CON SU ABOGADO.
6. DERECHOS MINIMOS DEL PROCESADO
Y SU ABOGADO.

EL DERECHO DE DEFENSA.

a) Su relación con la garantía de audiencia.

La decisión que se pronuncie en un proceso criminal, es una medida tan radical y decisiva, principalmente cuando se condena al procesado, que no puede ser tomada sin reconocer al imputado por lo menos el derecho de ser oído.

El imputado tiene derecho, en una palabra, a que se le respete la garantía de audiencia, a que se le reconozca la oportunidad de exponer ante la autoridad, ya sea el Ministerio Público o la jurisdiccional, sus argumentos en contra del hecho típico penal que se le impute.

Tiene derecho, por una consideración de justicia elementalísima a ser oído, escuchado en defensa.

b) Fundamento ideológico.

Este derecho que tienen los ciudadanos de ser oídos - en un juicio criminal, es uno de los principios más comúnmente aceptados, así vemos cómo en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10 establece:

"ARTICULO 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la de terminación de sus derechos y obligaciones o para el exámen de cualquier acusación contra ella en materia penal". (1)

c) Fundamento constitucional.

Este principio también lo reconoce nuestra Constitución Política, en el texto del artículo 14 que en su parte-conducente dice:

"ARTICULO 14.- ...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, EN EL QUE SE CUMPLAN LAS FORMALIDADES ESEN CIALES DEL PROCEDIMIENTO Y CONFORME a las leyes expedidas - con anterioridad al hecho". (2)

Esta garantía de audiencia, repetimos, es un princi--

-
- (1). Tomado del libro del Lic. César Sepúlveda. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 384.
(2). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.

pio de derecho reconocido universalmente, de tal manera que cuando hay pruebas evidentes de que sólo se ha escuchado a una parte de la relación jurídica procesal en la causa penal, es incuestionable que el procesado ha sido privado arbitrariamente, de la garantía de audiencia, de sus derechos constitucionales.

Si no ha tenido la oportunidad adecuada para contestar a sus acusadores, también se estará vulnerando este principio.

Ahora bien, es obvio que el acusado, por sí mismo, se encuentra imposibilitado, la mayoría de las ocasiones, para invocar todos los argumentos de orden legal para su defensa y tampoco, tendrá la serenidad de juicio ni la imparcialidad de espíritu para ello y, es cuando se ha hecho necesario reconocer al procesado el derecho a ser defendido por otras personas.

Esta posibilidad que tiene el acusado en causa penal, forma parte del derecho de la defensa que debe presidir el procedimiento penal en todos los países civilizados.

d) Importancia del órgano de la defensa.

Es de tal manera importante esta figura del órgano de defensa, que a continuación transcribimos concepciones que en nuestro concepto son magistrales, que con respecto a es-

te tópico ha escrito Francesco Carnelutti:

"...Alguno debe interponerse entre quien juzga y --- quien es juzgado, para que éste pueda evitar o mitigar el -- castigo; a tal fin el imputado lo llama así (ad vocat) y -- aquél se llama abogado (ad vocatus). La necesidad que la -- vocatio tiende a satisfacer, se encuadra exactamente en el -- concepto de la interpretación: el que ha de ser juzgado es-- tá, por lo general, privado de la fuerza y de la habilidad-- necesarias para expresar sus razones; y cuando más progresa la técnica del juicio penal, más se agrava esta incapacidad. De una parte, el interés en juego es a menudo tan alto para el imputado que, a causa de la excesiva tensión, como una -- corriente eléctrica, está expuesto a hacer saltar los apar-- atos: quien tenga alguna experiencia de juicios penales, sa-- be todo lo difícil que es al imputado y, por lo demás tam-- bién a las otras partes contener la pasión o aún solamente la emoción que les quita el dominio de sí mismos..." (3)

Las consideraciones anteriores nos han llevado a un -- interesantísimo campo de la defensa, que es el siguiente: -- El defensor, en principio, debe ser abogado, ya que, por re gla general, sólo quien posee conocimientos especiales de -- la técnica del proceso penal podrá interceder, con un alto-- porcentaje de éxito sobre quien se encuentra sujeto a un --

(3). Op. Cit.

proceso penal. Sin embargo, esta regla tiene excepciones -- consagradas, inclusive, en los textos legales según veremos más adelante.

Antes de continuar, deseamos reproducir los conceptos que de la defensa vierte el ilustre procesalista mexicano - Juan José González Bustamante, quien se expresa en los términos siguientes:

"La institución de la defensa representa en el procedimiento penal moderno una función de altísimo interés, sea que se le considere como un órgano encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes o como la persona que, a cambio de retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculcado...". (4)

LA LEGISLACION MEXICANA AL RESPECTO.

Dispone la fracción IX del artículo 20 Constitucional:

"ARTICULO 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

IX.- Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le conven--gan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de

(4). Op. Cit. Pág. 86.

ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparcer cuantas veces se necesite".

Tanto la garantía de audiencia como la de defensa se encuentran plasmadas en diversos preceptos del Código de -- Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, (arts. 287, 290 y siguientes) como en el Código Federal de Procedimientos Penales (arts. 154 y siguientes).

O sea, que en nuestro régimen jurídico los derechos de la defensa están hoy completamente reconocidos en los -- textos legales.

Nuestros ordenamientos en relación con este tema constituyen un sistema de lo más moderno para la protección del acusado y son, al mismo tiempo, un importante reconocimiento de derechos humanos.

Un tema de la mayor importancia, es el relativo al momento procesal oportuno para nombrar defensor, de acuerdo -- con el precepto constitucional: "El acusado podrá nombrar -- defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá -- derechos a que éste se halle presente en todos los actos --

del juicio.

a) Interpretación actual errónea.

Sin embargo, ha sucedido en la vida práctica, que el órgano investigador le ha dado una interpretación muy especial a este precepto constitucional, y se ha llegado a considerar que el momento de la aprehensión, sólo puede surgir de la actividad del órgano jurisdiccional y que la actuación del Ministerio Público, por conducto de la policía judicial, se reduce a una simple detención.

b) Anticonstitucionalidad y otros defectos de la actual interpretación.

Es un hecho reconocido por la mayoría de los doctrinarios del Derecho Procesal Penal, que esta interpretación -- constituye un atentado en contra del precepto constitucional mismo.

Es un hecho reconocido que la arbitrariedad, la lentitud y en muchos aspectos la insuficiencia de las realizaciones del órgano investigador y concretamente de la policía judicial, hace patente la distancia que separa a los textos legales de su aplicación en el orden práctico, y dan lugar a un sentimiento vivo de decepción.

c) La interpretación adecuada de este principio.

Los derechos principales de que debe gozar el imputa-

do en la concretización de los derechos de la defensa, son los que a continuación se enumeran:

1o.- El acusado tiene derecho a nombrar defensor una vez que ha sido aprehendido.

2o.- El detenido tiene derecho a exigir que su defensor se encuentre presente durante todos sus interrogatorios, las declaraciones de los testigos y de los peritos, como -- también durante las inspecciones personales del tribunal.

3o.- El detenido tiene derecho a que su detención por la policía judicial u otra autoridad similar, se comunique a sus familiares, amistades o personas con quienes viva.

4o.- El detenido tiene derecho para comunicarse con -- las personas a que aludimos en el apartado inmediato anterior y con su abogado, sin más limitación que dicha comunicación no entorpezca la investigación.

5o.- Se debe establecer la obligación para la autoridad policiaca, de informar al detenido del derecho de comunicación y proporcionar o facilitar los medios razonables y adecuados para ejercitar estos derechos.

6o.- El defensor tiene derecho para examinar, en todo momento, las piezas del expediente en donde se haga constar el proceso criminal, así como toda otra pieza justificativa.

7o.- El defensor puede encontrarse presente en la eta

pa de la averiguación o instrucción previa.

8o.- Los derechos de la defensa se hacen extensivos -- también a la segunda instancia y en este trámite del proceso, el acusado tiene plenamente garantizados sus derechos, -- encontrándose en un plano de igualdad con respecto de su -- acusador que en nuestro régimen jurídico lo es el ministe-- rio Público.

9o.- No sólo se debe establecer que el acusado tiene -- derecho a un defensor, sino que, si no tiene los medios su-- ficientes para nombrar uno, el órgano jurisdiccional, de -- oficio debe hacer la designación de defensor oficial.

10o.- Tanto el órgano de acusación, como el de defen-- sa, pueden libremente estar presentes no sólo durante el in-- terrogatorio del acusado, sino también durante las inspeccio-- nes del tribunal y al recibirse las declaraciones de los -- testigos y peritos. Debe hacerse notar que pueden estar pre-- sentes no solamente en calidad de observadores, sino que, -- por el contrario, pueden participar activamente con pregun-- tas, observaciones, etc.

11o.- Los derechos de la defensa durante el proceso -- criminal, se hacen patentes en el tribunal de primera ins-- tancia en el derecho a aportar elementos de prueba, hacer -- preguntas, observaciones u objeciones que consten en los --

autos del expediente, así como tener el derecho de contesta
ción y de réplica.

LA AVERIGUACION PREVIA.

Nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, en su fase de investigación previa, es, en forma genérica, el siguiente:

La actividad investigadora consiste, en buscar los elementos de prueba y hacer todas las gestiones que sean necesarias para integrar la existencia del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad de un sujeto.

Esta actividad investigadora la realiza el Ministerio Público, quien, según expresión de Manuel Rivera Silva: --- "Trata de proveerse las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley..." (5)

Los principios que en México rigen a esta actividad son los siguientes:

1.- El principio de requisitos de iniciación. Este principio tiene su fundamento en el artículo 16 Constitucional y conforme al mismo, no queda al arbitrio del órgano investigador el iniciar una investigación, sino que, es nece-

(5). Op. Cit. Pág. 56

sario que exista, previamente, una denuncia o una querrela.

2.- El principio de Oficiosidad. De acuerdo con este principio, una vez que el órgano investigador ha tenido conocimiento de la existencia de algún delito, tiene la obligación de allegarse todos los elementos de prueba que sean necesarios para que, en su oportunidad, pueda ejercitar acción penal; o sea, que tendrá buscar los elementos probatorios que sean suficientes para acreditar, por un lado, la existencia del cuerpo del delito o de los elementos que integran el tipo penal, y por otro, de la presunta o probable responsabilidad del sujeto imputado de la comisión del mismo.

Este principio opera, independientemente del medio -- por el que haya llegado al conocimiento del órgano investigador de la existencia de un delito, o sea, que es irrelevante que haya sido una denuncia o una querrela. Basta con que tenga conocimiento el Ministerio Público de una actividad ilícita penal, para que oficiosamente proceda a esclarecer la misma.

3.- Principio de legalidad. Si bien es cierto, que -- una vez que el órgano investigador ha tenido conocimiento de un delito, procede oficiosamente a su esclarecimiento, -- no lo es menos que su actividad siempre debe ser conforme --

a las reglas que legalmente se han fijado.

Es decir, no queda al arbitrio del órgano investiga--
dor la forma y términos que debe asumir la investigación, -
por el contrario, la misma siempre debe ser conforme a la -
ley, la actividad del órgano investigador estará sometida, -
invariablemente, al imperio de la legalidad, al principio -
de legalidad, que lo obliga a respetar el contenido de los-
preceptos jurídicos y que evita la actuación despótica y ar-
bitraria.

Resulta que en múltiples ocasiones a virtud de la in-
vestigación que realiza el Ministerio Público, el sujeto --
que es presunto responsable de la comisión del delito, es -
detenido por la policía judicial. ¿El presunto delincuente,
tiene o no, derecho a comunicarse con sus familiares y ami-
gos?

En este tema debemos anotar una gravísima laguna de -
nuestra ley.

Dispone, entre otras cosas, el artículo 16 Constitu--
cional:

"No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o de-
tención a no ser por la autoridad judicial sin que proceda-
denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que-
la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas

aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna - de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá - la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial".

En los términos en que se encuentra concebido el precepto Constitucional transcrito, resulta que solamente en los casos de flagrante delito y de urgencia extrema podrá detenerse al delincuente, no así, en todos los demás casos que nos atrevemos a afirmar constituyan la mayoría. Esto da pauta para arbitrariedades por parte del Ministerio Público y la policía judicial. En efecto, la naturaleza misma de la función que se encuentra obligada a realizar, exige la detención de muchas personas en las que recaiga fundadísima sospecha de ser autores de delitos, sin embargo, toda vez que el precepto constitucional sólo los faculta a actuar deteniendo a las personas en los casos de flagrante delito de -

extrema urgencia, resulta que se ven incapacitados, desde el punto de vista jurídico.

Sin embargo toda vez que necesitan llevar adelante su investigación, a falta de facultades legales surgen las posibilidades de facto, tan peligrosas como frecuentes en --- nuestro medio.

Es de desearse se colme esta laguna de la ley, con el propósito de que el gobernado tenga certeza de cuando puede ser privado de su libertad por el Ministerio Público y la - Policía Judicial, y porqué tiempo, como resultado de la imputación de un delito para efectos de investigación, ya que como hemos dicho en párrafos anteriores, hasta ahora. nuestra legislación es omisa al respecto.

LA LIBERTAD DURANTE LA AVERIGUACION PREVIA.

a) La privación de la libertad durante la averigua--- ción previa.

En nuestra legislación no encontramos, formalmente, -- fundamento alguno que permita la privación de la libertad - del imputado en el período de averiguación previa, sún cuan- do materialmente reconocemos que en ocasiones es necesaria, en razón de la salvaguarda de la seguridad social encomen- da al Estado.

En consecuencia, es urgente revisar nuestra legislación al respecto, a efecto que se legisle sobre el particular.

b) Los detenidos en prisión preventiva durante la ---
averiguación previa.

Debemos hacer notar que el hecho de que existan múltiples arrestos, detenciones, sin juicio previo, y lo que es más grave, sin que se haya formulado cargo concreto en contra del detenido, es indicio de que la policía siente muy escaso respeto por los derechos fundamentales del individuo.

Pues bien, la prisión preventiva, o la detención, deben establecerse siempre en términos en que haya respeto a las garantías que normalmente se consideran necesarias para asegurar, que no se haga uso indebido de las medidas de detención preventiva, y se respeten al acusado sus derechos fundamentales, entre los que consideramos de singular relieve el de comunicación.

ANALISIS DEL PRINCIPIO DE LA DEFENSA.

Pasamos al estudio concreto de cada una de estas formas de manifestación de los derechos de la defensa:

1o.- El acusado tiene derecho a nombrar defensor una vez que ha sido aprehendido.

a) Crítica a los usos actuales.- Este derecho ha sido consagrado en la fracción IX del artículo 20 Constitucional. Debemos insistir en la equivocada interpretación que se ha dado al precepto, al considerar que este nombramiento de defensor, con sus consecuencias inherentes, solamente debe tener eficacia a partir de la intervención del órgano jurisdiccional. Es de desearse que se precise, con la mayor claridad posible, el momento procesal oportuno en que debe realizarse la designación correspondiente, con el propósito de evitar la indefensión del detenido y evitar, la arbitrariedad que en muchas ocasiones caracteriza la intervención del órgano investigador y, sobre todo, que no se viole el precepto Constitucional que es clarísimo: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido".

b) Concepto de "abogado defensor".- Cabe hacer notar el concepto que, de abogado defensor, da el ilustre autor - Miguel Fenech, quien dice:

"El abogado defensor es la persona que, teniendo la habilitación legal exigida para ello, se dedica profesionalmente a la defensa técnica - jurídica, de las partes que intervienen en un proceso. El abogado es, en primer término, el defensor técnico - jurídico de cada una de las partes privadas, cuya asistencia se justifica por la necesidad de

poseer unos conocimientos determinados para llevar a cabo - los actos procesales encaminados a la defensa de la parte,- con las garantías necesarias para ésta y para el fin que el Estado persigue con el proceso, lo que explica la obligatoriedad de su actuación procesal". (6)

Este concepto del abogado defensor de carácter eminentemente técnico que da Miguel Fenech, lo aceptamos en principio, aún cuando debemos hacer la salvedad que en nuestra legislación no se exige que el defensor sea un abogado o un especialista o perito en la ciencia jurídica.

c) Contra las extralimitaciones del Ministerio Público.

El nombramiento de defensor a partir de la aprehensión, es muy importante, ya que la forma en que se lleva a cabo en nuestro medio la averiguación previa, muchas veces constituye el atentado más grave en contra de los principios generales del procedimiento penal, ya que se confieren las responsabilidades, y por ende, los poderes de juez de instrucción a la misma autoridad que tiene la iniciativa -- del proceso, o sea, al Ministerio Público.

En múltiples ocasiones el funcionario del Ministerio Público se ha auto-otorgado facultades para expedir mandamientos de detención y prisión, practican interrogatorios,-

(6). Miguel Fenech. El Proceso Penal. José Ma. Bosch. Editorial Barcelona

registros, examen y careos de los testigos sin que deje el mínimo de oportunidad de defensa al detenido, quien sólo podrá confiar en la buena fé del Ministerio Público, en la persona de su representante, lo cual en ninguna forma pueda constituir una garantía de defensa.

Podemos concluir que el derecho de nombrar defensor, se reconoce en lo esencial en nuestro sistema jurídico, aún cuando es necesario insistir en que se ha dado una equivocada interpretación al precepto constitucional en perjuicio directo del imputado.

2o.- El imputado tiene derecho a exigir que su defensor se encuentre presente durante todos sus interrogatorios, las declaraciones de los testigos y de los peritos, como también durante las inspecciones que realice el tribunal.

Debemos insistir en que la presencia del abogado defensor no lo es en la simple calidad de observador, sino que, por el contrario, puede participar activamente con preguntas, observaciones, etc.

En forma general, en nuestro régimen jurídico se respeta este derecho:

a) Ejemplos tomados del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales:

"ARTICULO 147.- Las diligencias de reconstrucción de hechos podrán repetirse cuantas veces lo estime necesario - el funcionario que practique las diligencias de policía judicial o de instrucción.

ARTICULO 148.- A estas diligencias deberán concurrir:

I.- El juez con su secretario o testigos de asistencia o la policía judicial, en su caso;

II.- La persona que promoviera la diligencia;

III.- EL ACUSADO Y SU DEFENSOR.

ARTICULO 203.- Los testigos deben ser examinados separadamente por el juez, en presencia del secretario. SOLO LAS PARTES PODRAN ASISTIR A LA DILIGENCIA,...

ARTICULO 226.- En todo caso se careará un sólo testigo con otro, con el procesado o con el ofendido; si se practicare esta diligencia durante la instrucción, no concurrirán a él más personas que las que deban carearse, las partes y los intérpretes, si fuere necesario.

ARTICULO 292.- El agente del Ministerio Público y la defensa tendrán el derecho de interrogar al acusado; pero - el juez tendrá en todo tiempo la facultad de desechar la -- pregunta,..."

Esta parte de los derechos de la defensa en forma general, es respetada en nuestro sistema jurídico, aunque se

debe de insistir en que el abogado defensor tiene derecho a exponer los argumentos en favor de su cliente sin entorpecimiento, sin obstáculos y sin prejuicio por parte de la policía judicial o del órgano jurisdiccional.

Todos los actos procesales que se realizan son de importancia excepcional para el acusado y es por ello que es conveniente que se beneficie desde un principio con la asistencia de un abogado.

b) El fundamento constitucional.

No está por demás decir que en la Constitución se reconoce este derecho de la defensa al establecer expresamente: "Tendré derecho a que éste se halle presente (el defensor) en todos los actos del juicio".

c) Modalidades de la averiguación previa.

Queremos insistir en que en la averiguación previa se considera erróneamente, en la práctica, que el acusado no tiene derecho a nombrar defensor. Pero la persona que se encuentra detenida, está sujeta a la correcta o arbitraria -- actuación del órgano investigador. De todos es sabido, que muchas de las confesiones o interrogatorios vertidos ante la autoridad investigadora, han sido producto de violencia, de azotes, de tormentos y de crueles castigos, o sospechas de ésto. De aquí la necesidad de la presencia del abogado -

defensor en los interrogatorios del imputado, para seguridad de la actuación y garantía para éste.

3o.- El detenido tiene derecho a que su detención por la policía judicial u otra autoridad similar, se comuniquen a sus familiares, amistades o personas con quienes vive.

Esta notificación a los familiares o amigos del detenido es necesario por las razones siguientes:

1a. Porque la desaparición de un sujeto por su detención repentina, causa gravísima preocupación en sus familiares y amigos, y es necesario que se sepa, con absoluta certidumbre, en donde se encuentra.

2a. Porque es el medio normal que se tiene para que los familiares acudan a un abogado que ilustre al detenido, respecto de cuales son los derechos fundamentales que en su favor establecen los ordenamientos legales.

a) Ausencia de legislación al respecto.

En nuestra legislación no encontramos ninguna disposición, acerca de la notificación de la detención de un sujeto a sus parientes o amigos, durante la custodia en poder de la policía.

Los familiares del detenido nunca son notificados de tal situación, y se hace necesario que deambulen desespera-

damente visitando nosocomios, hospitales, morgues, etc., -- para después de sufrir un verdadero via crucis, averiguando el paradero del desaparecido, saber que su familiar se encuentra detenido.

b) En pos de una norma jurídica.

Todas las anteriores consideraciones nos han llevado a la conclusión de que, es necesario que exista una norma jurídica que establezca los medios adecuados para la comunicación del detenido con sus familiares, previa notificación a los mismos de que se encuentra detenido.

Esta notificación de la detención de un sujeto por la policía judicial, deberá abarcar también la cuestión relativa a las transferencias del detenido de un lugar de detención a otro.

No encontramos ningún obstáculo de carácter legal, -- que impida que la autoridad policiaca notifique la detención de una persona a sus familiares o amistades, y si en cambio, razones jurídicas y morales que lo autorizen.

La notificación podrá efectuarse por cualquier procedimiento conveniente, siempre que sea eficaz y adecuado, -- pues no debemos perder de vista que el imputado es un hombre, y como tal, hay que respetar su dignidad humana.

Se podría objetar y con cierta razón, que no se debe-

notificar la detención a los parientes y mucho menos la comunicación con ellos, porque esta práctica habría de redundar en perjuicio de la investigación.

c) Salvedades de la notificación.

Aquellos casos en que la notificación de la detención a los familiares o amigos, entorpezca, evidentemente, las investigaciones de la policía, como en el caso de que los familiares hayan participado activamente en la comisión del delito que ha dado lugar a la detención, o si tienen la posibilidad de destruir u ocultar importantes elementos de prueba, tendientes a esclarecer los hechos típicos penales, en estos casos la notificación podrá suspenderse por un término prudente, previamente señalado en la ley, para evitar prolongadas detenciones y abusos de la autoridad.

4o.- El detenido tiene derecho para comunicarse con sus familiares o amigos y con su abogado, sin más limitación que dicha comunicación no entorpezca la investigación.

El fundamento de este derecho radica en que la detención de las personas imputadas de delito y la prisión, son restricciones del derecho a la libertad personal. Cualquier restricción de este derecho jamás debe rebasar lo absolutamente necesario, ni constituirse en un obstáculo para los -

derechos de la defensa.

La primera fase de nuestro enjuiciamiento criminal -- consiste en la detención de facto, de un presunto responsable de un delito, por el órgano investigador, detención que precede a la primera comparecencia del detenido ante el --- juez del conocimiento.

El Ministerio Público en esta etapa procesal pretende recoger elementos de prueba mediante el interrogatorio del detenido o por otros medios, por ejemplo: mediante el examen médico del detenido, por la identificación, por el descubrimiento de bienes relacionados con el delito a partir de sus declaraciones, por la declaración de testigos que ha relacionado el inculcado, etc.

Los derechos mínimos que, en nuestro concepto, debe poseer el detenido en esta fase, son:

1o. Debe señalarse con absoluta precisión, el término de la duración de la detención en poder del órgano investigador.

2o. Debe comunicarse su detención a sus familiares, - amigos, o personas con quienes viva.

3o. El abogado defensor, debe tener facilidad de comunicación y conocimiento para el desempeño de su cargo.

OBSERVACIONES A ESTOS DERECHOS MINIMOS:

Por cuanto hace a precisar el término de privación de la libertad del sujeto por el órgano investigador, formulamos las siguientes consideraciones:

Normalmente, las razones que invoca dicho órgano para la detención a que nos referimos, es el integrar debidamente las actuaciones para estar en posibilidad de hacer la -- consignación correspondiente; pero, ese término no está reglamentado y, al quedar al arbitrio de dicha institución, -- se prolonga ésta en perjuicio de la seguridad y certeza que deben asistir al imputado. Por lo que ya hemos propuesto se precise en la ley relativa este término.

Ahora bien, esta forma de allegarse elementos de prueba por medios legítimos, no sólo es necesario, sino indispensable para la investigación, sin embargo, los golpes, -- las amenazas, los malos tratos, los tormentos, las torturas, las coacciones, para obtener confesiones del detenido violan el derecho constitucional y son en su integridad, actos incompatibles con el principio de legalidad que debe caracterizar a un régimen de derecho.

Todas las anteriores consideraciones hacen necesario que exista una protección práctica del detenido, en contra de la posibilidad de que ocurran esos hechos, por medio de la reducción de las oportunidades, desde un punto de vista-

temporal, al mínimo estricto y necesario.

Estas múltiples consideraciones, más nos han hecho pensar que es necesario observar ciertas reglas fundamentales para proteger al imputado, cuando se encuentra en poder del órgano investigador, y que son las siguientes:

1o. Debe hacerse comparecer al detenido ante el juez o el funcionario judicial competentes, en un plazo perfectamente precisado en la ley. Esto es, en el evento de que se hayan integrado los elementos necesarios para ejercitar la acción penal, en el caso de que no se hayan integrado, obvio es decir, que se deberá dejar libre al sujeto imputado de delito.

2o. En todo caso, la duración máxima de la detención en poder del órgano investigador, también deberá estar precisada con absoluta claridad en la legislación positiva.

3o. Una vez que se haya ejercitado acción penal en -- contra del presunto responsable de la comisión de un delito, deberá ser puesto de inmediato a disposición del órgano jurisdiccional.

4o. Consideramos que la comunicación en la etapa de -- la averiguación previa, siempre deberá de realizarse por -- los medios que sean suficientes para establecer contacto -- con persons de su confianza y sin perjuicio de la investiga

ción.

5o. Opinamos que por motivos humanitarios, es conveniente permitir al detenido que reciba visitas, para mantener su estado de ánimo, como el de sus parientes y amigos.

6o. No debe tampoco perderse de vista que la principal consecuencia de la detención, es la interrupción repentina de las actividades que realizaba el imputado, y ésto, puede tener gravísimas consecuencias para éste.

La detención de un inocente, puede causarle un considerable daño a sus intereses: puede perder su empleo, quizás no pueda cumplir con las instrucciones de un mandato, su familia puede sufrir un perjuicio permanente, etc., y todos los daños de esta índole son inevitables.

En definitiva, consideramos que los efectos de los daños pudieran atenuarse en cierta medida, si se autoriza al detenido a comunicarse con ciertas personas, en todos los asuntos que tienen una naturaleza personalísima.

7o. Se debe pues, establecer el derecho a la comunicación entre el detenido y sus familiares y amigos, aunque la misma podrá ser limitada, en caso de ser necesario, a la simple comunicación sin relacionarla con cuestiones relativas a la investigación.

8o. Se ha dicho en contra de todas estas consideracio

nes, que la comunicación entre el detenido con familiares-- o las visitas de éstos, pueden causar un gravísimo perjui-- cio a la investigación.

Esta objeción en nuestro concepto, es muy relativa y carece de fundamento, se quiebra, porque es evidente que -- las visitas deben ser objeto de vigilancia por parte del -- funcionario de policía. Por otro lado, las visitas deben li mitarse a lo razonable, habida cuenta de la circunstancia - especial en que se encuentra la persona a quien se visita.

9o. Desde nuestro punto de vista, es urgente y neces^ario reconocer los siguientes derechos de defensa, por cuan- to hace a este aspecto:

1).- El detenido tendrá derecho a recibir visitas de- parientes, cuando se encuentre en poder de la policía que - realiza la investigación de un delito.

2).- Todas las visitas serán objeto de vigilancia que el funcionario de policía considere necesarias, con el obje- to de no entorpecer la averiguación.

3).- Toda esta clase de comunicaciones, podrá ser ob- jeto de censura por las autoridades de policía, de tal mane- ra que será válida la exigencia de que se efectúen verbal-- mente con la presencia de un funcionario de policía.

4).- En el caso de que el detenido sea un ciudadano -

extranjero, deben concederse al mismo, todas las facilidades que sean razonables para entrevistarse con el cónsul o el representante de la nación extranjera.

5).- Todas estas entrevistas deberán tener también, - las limitaciones que en párrafos anteriores hemos señalado, o sea, que el funcionario de la policía pueda escucharla para evitar que la investigación se entorpezca y por ameritar lo así las necesidades de la seguridad interior o exterior.

50.- Derecho de comunicación del detenido con su abogado.

No hay persona más indicada e idónea para hacer saber al detenido cuáles son sus derechos, que quien es un perito, un experto en el conocimiento de los mismos, o sea, el licenciado en derecho.

En nuestra Constitución, el detenido tiene derecho para nombrar abogado desde el momento en que se realiza la --aprehensión.

a) Violaciones y objeciones:

Sin embargo es curiosa la situación que priva en nuestro medio, pues a pesar de la disposición constitucional, - que en forma concreta regula esta situación, solamente se puede disponer de asistencia jurídica hasta después que se

ha realizado la consignación, o sea, hasta la comparecencia del detenido ante el juez que conocerá de su proceso, de -- tal manera que, cuando el detenido se encuentra en poder de la policía judicial, la garantía constitucional no opera ni se le tiene respeto alguno.

Desde luego, se ha controvertido la conveniencia de -- la presencia de un abogado durante las primeras investiga-- ciones, se ha considerado que es discutible el respeto a es ta garantía de orden constitucional y se ha argumentado que el ejercicio de este derecho, que implicaría comunicación -- entre el detenido y el abogado, entorpecería indebidamente al órgano investigador en el ejercicio legítimo de sus atri buciones.

En una palabra, el ejercitar este derecho lo converti rá en un obstáculo para la averiguación tendiente al esclarecimiento de un delito.

b) El abogado, una garantía de justicia para el dete nido.

Esta consideración es de la mayor importancia. Sin em bargo insistimos en que es necesarísima la presencia del -- abogado, ya que constituye una valiosísima garantía para el detenido, e indispensable, por lo menos, en la práctica de las diligencias de averiguación previa que a continuación --

puntualizamos:

1.- Durante el interrogatorio del detenido, para evitar que el mismo sea objeto de infamias, penas, azotes, palos, tormentos, malos tratos, violencias físicas o morales, prohibidas expresamente por el artículo 22 Constitucional, pero que sin embargo son tan frecuentes en nuestro medio.

La presencia del abogado en esta diligencia, constituye un medio para garantizar que el detenido no se verá sometido a un trato injusto.

2.- Durante la diligencia de reconocimiento de identidad del sujeto.

Este derecho impedirá abusos por parte de la policía que investiga, y daría lugar a una manifestación clara del respeto al principio de legalidad, ya que la ausencia de personas favorables al detenido durante la identificación, podría dar lugar a que la policía se aparte de las reglas de reconocimiento y se puede dar, por ejemplo, la oportunidad a los testigos de ver al detenido antes de la diligencia en que deban identificarlo.

c) El abogado, garantía de las formalidades legales durante la averiguación previa.

Las consideraciones vertidas nos han hecho llegar a concluir lo siguiente:

a). El detenido tendrá derecho a comunicarse con su abogado.

b). El órgano investigador tendrá la obligación de informar, sin demora, al detenido, acerca de su derecho a este respecto.

c). El detenido tendrá el derecho a disponer que su abogado se encuentre presente, por lo menos, en la práctica de las siguientes diligencias:

I.- La del interrogatorio.

II.- La de la identificación y

III.- En todas aquéllas relativas a la averiguación.

Todo ésto es con el propósito de que se respeten las formalidades legales durante la práctica de estas diligencias.

d) El abogado, garantía de los derechos del procesado.

Ahora bien, una vez que se ha agotado la fase de la investigación previa, el detenido es extraído de la custodia de la policía y situado bajo la vigilancia de la autoridad penitenciaria. En esta fase, ya los derechos del procesado serán respetados por esta última autoridad, aunque también en ello hay deficiencia.

En nuestro sistema jurídico, el procesado tiene el derecho de comunicación, en esta fase, legalmente concretado-

y respetado en la práctica con eficacia, teniendo acceso a su asesor jurídico durante todo el período de la prisión -- preventiva. Este derecho, por regla general, no es objeto de limitaciones de ninguna especie.

6o.- Derechos mínimos del procesado y su abogado.

A nuestro modo de ver, los principios mínimos que deben respetarse en relación con este derecho, son los siguientes:

1.- El abogado tiene derecho a entrevistarse con el procesado y a visitarle en prisión, en cualesquier momento razonable y en cuantas ocasiones desee, a su vez el procesado tendrá el derecho a recibir estas visitas.

2.- Las entrevistas entre el abogado y el procesado -- deberán efectuarse en privado y de ser necesario, por razones de seguridad, en forma tal que el funcionario de la prisión pueda ver, presenciar la entrevista, pero jamás escuchar cuanto suceda en la misma.

3.- Este derecho de comunicación jamás podrá dejarse sin efecto, con fines disciplinarios o con otros fines.

4.- Por cuanto hace a los derechos de la defensa, hemos señalado en el apartado quinto, la obligación para la autoridad policíaca de informar al detenido del derecho de

comunicación, y proporcionar o facilitar los medios razonables y adecuados para ejercitar estos derechos.

5.- No basta con señalar en la legislación procesal el derecho para el procesado de comunicarse con sus familiares y amigos, así como con su abogado, sino que es absolutamente preciso establecer, la obligación para la autoridad policíaca de comunicarle este derecho, para que el procesado esté en la posibilidad de ejercitarlo.

6.- Sin embargo, no es suficiente con la comunicación, sino que deben de ponerse a su alcance todos los medios que sean razonables y adecuados para poder ejercitar el derecho.

7.- Entre algunos de los medios más razonables y adecuados, debemos mencionar la comunicación material misma, - en los términos que ya hemos dejado asentados, o sea, que en la etapa procesal de averiguación previa, debe ser objeto de censura y de especialísimo cuidado por parte de la autoridad investigadora, para evitar que se entorpezca la investigación, y ya en la prisión preventiva no podrá jamás ser objeto de censura, sino que solamente cuando se encuentre en peligro la seguridad misma del penal, se podrá vigilar la entrevista, pero en forma tal que no pueda ser escuchada.

8.- El defensor tiene derecho para examinar, en todo momento, las piezas del expediente en donde se haga constar el proceso criminal, así como toda otra pieza justificativa.

En nuestro régimen jurídico encontramos el fundamento de este derecho del procesado, en la fracción VII del artículo 20 Constitucional, mismo que a la letra dice:

"ARTICULO 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso."

9.- Son múltiples las razones que pueden esgrimirse - para fundamentar el contenido de este derecho, entre ellas- consideramos que son de la mayor importancia las que a continuación señalamos:

a). En primer lugar, el procesado en la mayoría de -- los casos, por mediación de su defensor tendrá necesidad de acudir a las constancias procesales para tener conocimiento, con absoluta precisión, de todos los datos en que se -- fundamente la acusación que se formula en su contra, para -- estar en la posibilidad de formular alegatos y aportar elementos probatorios tendientes a acreditar, en su caso, que son falsos los fundamentos de la acusación.

Es decir, el acusado tiene derecho a conocer con abso

luta certeza los cargos que se formulen en su contra, esto puede lograrse no solamente con la lectura de los mismos, sino permitiendo al abogado defensor a informarse directamente del contenido de los autos.

Por ejemplo, el procesado quedará en estado de indefensión, cuando no se le comunicaran las circunstancias agravantes en que se base la acusación.

Si el juez no notifica al procesado la circunstancia agravante que en su contra se hace valer, el acusado no podrá preparar su defensa, en ese aspecto, de tal manera que el tribunal no podrá jurídicamente dar mayor severidad a la pena, si se toma en consideración un hecho que no había sido mencionado en el cargo original y que, por ende, no pudo conocer el procesado, ya que no se puede hacer más grave la pena si el acusado no ha sido informado en primera instancia, de que la acusación base sus cargos en tal circunstancia agravante, ya que se violaría el derecho constitucional del acusado a conocer los cargos que se formulen en su contra.

b). También es necesaria la consulta de las constancias procesales, para que se esté en la posibilidad de formular alegatos y defensas de orden jurídico, por ejemplo en la etapa procesal de las conclusiones.

En la etapa procesal de las conclusiones, las partes de la relación jurídica procesal, tienen imperiosa necesidad de acudir a las piezas del expediente, para estar en posibilidad de fijar su posición en el debate que se va a establecer en el juicio. Pues bien, ésto no sería posible para el procesado, si no se establece en las legislaciones este derecho para la defensa.

10.- El defensor debe encontrarse presente durante la etapa de la investigación o de la averiguación previa.

Por cuanto hace a este derecho de la defensa, ya en el apartado cuarto de nuestro estudio, hemos analizado con amplitud el alcance y términos de este derecho. Reproducimos, consecuentemente, el contenido de lo expuesto, en la inteligencia de que, repetimos, deberá establecerse por lo menos, el derecho de presencia del abogado defensor en dos actos procesales de la mayor importancia: Cuando declara el detenido, para que no sea objeto de violencia de ninguna índole y en la etapa de la confrontación, o reconocimiento del detenido por testigos que se han referido al mismo.

11.- Los derechos de la defensa se hacen extensivos también a la segunda instancia, y en este trámite del proceso, el acusado tiene plenamente garantizados sus derechos, encontrándose en un plano de igualdad con respecto de su --

acusador.

Se dejaría al acusado en estado de indefensión, si el instituto de la defensa se agotara en la primera instancia y, es por ello, que se hace extensivo a la segunda y en --- nuestro régimen jurídico hasta el juicio de Amparo directo.

12.- No sólo se debe establecer que el acusado tiene derecho a un defensor, sino que, si no tiene los medios suficientes para nombrar uno, el órgano jurisdiccional, de -- oficio debe hacer la designación del defensor oficial.

No cabe duda alguna, desde el punto de vista estrictamente teórico, de la bondad del establecimiento del defensor de oficio.

Tampoco podría dudar ninguna persona que tenga acceso más o menos periódico a los tribunales de justicia penal, -- que este defensor en contadas ocasiones cumpla con la mi--- sión tan importante que se le ha asignado.

13.- Tanto el órgano de acusación como el de defensa, pueden libremente estar presentes, no solamente durante el interrogatorio del imputado, sino también, durante las inspecciones del tribunal y al recibirse las declaraciones de los testigos y peritos.

Debe hacerse notar, que pueden estar presentes no solamente en calidad de observadores, sino que, por el contrata

rio, pueden participar activamente con preguntas, observaciones, etc.

C A P I T U L O V I I I P R I N C I P I O D E L A D E C L A R A C I O N D E --
LA CERTEZA DE LA VERDAD.

IMPORTANCIA DE ESTE PRINCIPIO.

VALOR Y SENTIDO DE LA SENTENCIA O
DECLARACION DEL DERECHO EN MATE--
RIA PENAL.

PRINCIPIOS GENERALES DE LA DECLA--
RACION DEL DERECHO O SENTENCIA EN
MATERIA PENAL.

- a) PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD
- b) PRINCIPIO DE LA INDISPONIBILIDAD.
- c) PRINCIPIO DE LA INMUTABILIDAD--
DEL OBJETO DEL PROCESO.

PRINCIPIOS EN EL PROCESO ORAL (SE
GUN JAMES GOLDSCHMIDT)

- a) PRINCIPIO DE LA ORALIDAD.
- b) PRINCIPIO DE LA CONTRADICCION.

- c) PRINCIPIO DE LA CONCENTRACION, y
- d) PRINCIPIO DE LA INMEDIATIVIDAD.

PRINCIPIOS DE LOS PROCESOS ESCRITOS
O MIXTOS (ORALES Y ESCRITOS).

- a) PRINCIPIO DE LA INMEDIATIVIDAD
- b) PRINCIPIO DE LA CONTRADICCION.
- c) PRINCIPIO DE LA CONCENTRACION.

IMPORTANCIA DE ESTE PRINCIPIO.

El proceso penal debe estar inspirado en el principio de la búsqueda de la verdad real o histórica.

Este principio general, o postulado fundamental del derecho, se desprende de las facultades y funciones expresas del Estado.

Desde luego, la esencia del principio jurídico de la declaración de la certeza de la verdad, es la declaración del derecho, o sentencia, en materia penal.

En mera teoría, tal declaración es inconcebible sin los elementos y factores que se conjugan necesariamente en todo proceso penal: Estado, facultad punitiva, sujeto res--

ponsable de delito, investigación objetiva y sentencia. --
O como Manzini expresa: La declaración de certeza procesal-
relativa a la pretensión punitiva del Estado, se hace en --
virtud del principio de la investigación de la verdad real.
La pretensión punitiva del Estado sólo se realiza en cuanto
un delito haya sido efectivamente cometido por un individuo
imputable y responsable. La declaración de certeza de la --
verdad real, es la meta de todo ordenamiento procesal, ya -
sea penal o de otra rama. (1)

En otras palabras, el objeto de todo proceso, es y ha
sido siempre, poner en claro la verdad real de los hechos -
y/o responsabilidades de los procesados.

De esto se deriva directamente la necesidad de anali-
zar los supuestos que confluyen y coadyuvan a tal declara--
ción de la certeza de la verdad histórica.

En la práctica, a parte de darse por descontados las-
nociones de certeza y verdad (sendos problemas filosóficos,
que se resuelven generalmente con criterios tradicionales, -
acríticos, sin tomar en cuenta las últimas investigaciones-
de la lógica, la epistemología, gnoseología y filosofía de-
la ciencia) operan y preocupan sobremanera:

A) Como principios generales de la declaración del de-
recho, los principios de obligatoriedad, indisponibilidad e

(1) Op. Cit. Pág. 260.

inmutabilidad del objeto del proceso;

B) Como factores de la declaración de la certeza de la verdad en el proceso oral, la oralidad, la contradicción, la concentración, y la inmediatez, según la doctrina de --- James Goldschmidt.

C) Como principios en los procesos escritos o mixtos- (orales y escritos), los de inmediatitud, contradicción, y concentración.

El principio general de la validez u objetividad de la declaración del derecho, se estudia siempre articulado a los factores determinantes del mismo, a saber: la inmediatitud objetivo-formal y la inmediatitud subjetivo-formal del juez con las pruebas sobre las que tiene que juzgar.

VALOR Y SENTIDO DE LA SENTENCIA O DECLARACION DEL DERECHO EN MATERIA PENAL.

El momento más importante en el proceso penal, es que, el órgano jurisdiccional declare el derecho, pronuncie la sentencia y en ello, Carmelutti nos dice que reconstruida la historia, aplicada la ley, el juez absuelve o condena. Dos palabras que se escuchan con frecuencia, pero cuyo significado profundo es menester descubrir. Estas palabras --- quieren decir, que el acusado es inocente o culpable. El --

juez hubo de escoger entre el no del defensor y el sí del -
Ministerio Público.

Para ello, qué difícil es que un hombre común y co---
rriente pudiera decidirlo, cuánta responsabilidad, cuánto -
prejuicio, cuánta humanidad. Se antoja que el juez debería-
ser un superhombre, porque debe encontrar la verdad históri-
ca de los hechos, y esa verdad debe acomodarse a la confor-
midad de todos los que han intervenido en el proceso, y eso
es lo difícil, porque tendrá que decidir una cosa u otra,--
aún cuando la verdad no sea la misma para entenderse en ---
unos y en otros. (2)

Ayudado, como hemos ya visto, por la concurrencia de-
las partes, el juez debe decidir, ésto es, "cortar por enme-
dio", por difícil que sea; "encontrar el objeto que separe-
la razón de la sinrazón". No es válido que el juez diga "no
veo claro", pues en el estado moderno, no puede admitirse -
jamés que el juez no administre justicia.

En la época actual en que la técnica ha invadido to--
dos los campos de la ciencia, el derecho se ha resistido --
porque, admitir la mecanización en este ámbito, sería deshu-
manizar el derecho, pues sabemos que gran parte de la actua-
ción del juez, descansa en una declaración de voluntad.

Precisamente, refiriéndose a la sentencia, Eugenio --

(2). Francesco Carnelutti, Las miserias del Proceso Penal, -
Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1959
Págs. 101 y 102

Florián señala: "De todas las resoluciones antes indicadas, la más importante es la sentencia, en cuanto contiene la de cisión judicial definitiva del proceso. La sentencia es uno de los actos jurídicos procesales penales, un acto del juez, pero como éste es un órgano que encarna la autoridad del Es tado, hace falta saber cuál sea el elemento característico de la misma, si el lógico o el volitivo, es decir, hay que averiguar si la sentencia es un juicio lógico o un acto de voluntad o un mandato del Estado; para algunos autores, el principal es el lógico, de manera que la sentencia ha de -- concebirse como un complejo de raciocinios, como una mani-- festación de la razón; para otros, la sentencia llena sus - funciones en cuanto lleva así el sello vivo y eficaz de la voluntad del Estado, en cuanto es una manifestación imperativa. De lo anterior se infiere que aún cuando es un acto - de voluntad del juez, éste lo lleva a cabo como representan te del Estado. No es el hombre que juzga a otro hombre, es el tribunal que representa al Estado; pero de todas formas, ese hombre está lleno de humanidad, y de toda la naturaleza de que es capaz un ser humano". (3)

Para Rocco, la sentencia "es un acto intelectual por medio del cual el Estado, a través de los órgano jurisdiccio nales competentes, declara la tutela jurídica que otorga el

(3). Op. Cit. Pág. 399.

derecho violado y aplica la sanción que corresponde al caso concreto". (4)

Y como dice el maestro González Bustamante, la "sentencia es, a la vez, un acto de declaración y de imperio. En ella el tribunal, mediante el empleo de las reglas del raciocinio, declara en la forma y términos que las leyes establecen, si el hecho atribuido a determinada persona reviste los caracteres del delito y decreta la imposición de las sanciones o de las medidas de seguridad que proceden" (5);- refiriéndose asimismo a los elementos volitivo y lógico. Los conceptos vertidos por este autor, satisfacen todas las exigencias para entender lo que es fallo final en el proceso penal. En que forma tan sencilla y a la vez elegante, nos hace comprender la trascendencia de este momento final del proceso.

Para Rivera Silva, la sentencia "es el momento culminante de la actividad jurisdiccional, en ella, el órgano encargado de aplicar el derecho, resuelve sobre cuál es la consecuencia que el Estado señala, para el caso concreto sometido a su conocimiento, por lo que, debemos entender que en la sentencia el juez determina el enlace de una condición jurídica, con una consecuencia jurídica y manifiesta, que son tres momentos los que sobresalen de los anteriores, uno

(4). Ugo Rocco. Derecho Procesal Civil. Traducción del licenciado Felipe de J. Tena. Edit. Porrúa, S.A. México 1939
(5). Op. Cit. Pág. 232.

de conocimiento, otro de juicio o clasificación y otro de -
voluntad o decisión". (6)

PRINCIPIOS GENERALES DE LA DECLARACION DEL DERECHO O-
SENTENCIA EN MATERIA PENAL.

Los principios cardinales de la declaración del dere-
cho o sentencia en materia penal son: el principio de la --
obligatoriedad del Estado a formular declaración del dere--
cho al término de cada proceso, por voz de su órgano, el --
juez; el principio de indisponibilidad o de no poder dispo-
ner libremente, ninguna de las partes, ni el propio Estado,
de los fines u objetivos del proceso; y el principio de la-
inmutabilidad o sea la firmeza e invariabilidad de la sen--
tencia.

Entre estos principios generales debería estudiarse -
el relativo a la validez misma u objetividad de la declara-
ción de la certeza de la verdad, pero no se soslaya, sino -
que se transfiere al capítulo que se ocupa de la inmediati-
vidad de la acción del juez.

a). PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD.

Manzini sostiene que el ejercicio de la función penal
es obligatoria para el Estado, y que por esta razón, tiene-

(6). Op. Cit. Pág. 280.

la obligación ineludible de declarar el derecho, en la forma y términos que ya hemos dejado apuntados anteriormente, - ya que, los intereses tutelados por las normas penales son - en todo caso, de carácter público, aún cuando haya una facultad y un poder para determinarlos, también hay una obligación de decidirlos que es la dinámica del proceso, para - el logro de los fines esenciales de la determinación de una relación jurídica e imposición en algunos casos de la pena.

(7)

b). PRINCIPIO DE LA INDISPONIBILIDAD.

Este principio, que está vinculado con lo que hemos - señalado anteriormente del poder y el deber, y se refiere - concretamente a que el órgano jurisdiccional, "no puede disponer libremente del proceso, pues el Estado ha impuesto a su propio poder autolimitaciones inderogables, establecidas mediante la ley; no podría renunciarse al poder de procurar el castigo, ni resolver otra cosa que no esté establecida - previamente en el derecho, y que, faculte al órgano a hacer lo". (8)

Eugenio Florián, refiriéndose al mismo principio de - la no disponibilidad en el proceso penal, manifiesta que la relación jurídica del derecho penal, objeto del proceso, de

(7). Op. Cit. Pág.

(8). Op. Cit. Pág. Manzini.

be ser deducida en su integridad, en su realidad y completa entidad, así como existen en el hecho del que nace, las partes, carecen de poder para menoscabar ese hecho; ni de imponer versiones imaginarias, tesis preestablecidas, pues ésto es claro de entender si el proceso por ejemplo, se sigue -- por robo, las partes no podrían acordar con el órgano jurisdiccional para que éste declarara el Derecho sobre raptó. - En tal razón, como la palabra lo indica en el principio, no puede disponerse del proceso, pues se desviaría la esencia de la naturaleza de la relación jurídica que se le plantea al órgano jurisdiccional, y que, como se ha dicho, es encontrar la verdad real e histórica de los hechos, sin que las partes a su capricho, puedan desviarlas. Se hace notar que hay la posibilidad de que, en otro campo del derecho y en concreto en el civil, las partes tienen el poder de disposición sobre el objeto del proceso, pero ya señalamos que en materia de esta rama, importa la verdad formal o jurídica, pero no la histórica, por eso las partes pueden ponerse de acuerdo, para variar el objeto del juicio o extinguirlo si así lo quieren. (9)

c). PRINCIPIO DE LA INMUTABILIDAD DEL OBJETO DEL PROCESO.

(9). Op. Cit. Pág.

Este principio se refiere a que una vez que se ha declarado el derecho, no puede tener solución distinta de la que se dé en la sentencia, pues carecen las partes del poder de desviar el proceso o buscar una solución para la relación fuera de la sentencia, y aquí nuevamente tendremos - que referirnos a la materia civil, en la que las partes si pueden libremente dar por terminado en cualesquier momento la relación jurídica, pese a que hubiese sentencia, y esto se puede hacer a través de las transacciones, etc.; pero no sucede lo mismo en el proceso penal, en que una vez dictada la sentencia y causando ejecutoria ésta, ya no puede variar se la decisión jurisdiccional, solo se podría en algún caso en nuestra legislación, dejar sin efecto sus consecuencias - por ejemplo, en el indulto u otras instituciones que nuestra legislación contiene, pero ello, no quiere decir en ninguna forma que haya inmutabilidad del objeto del proceso, - pues la declaración del órgano jurisdiccional, ya está dada siendo ésta una verdad legal en todo momento; si el Estado - por política de justicia u otras razones, considera que debe dejar sin efecto la pena de la sentencia, esto como ya - hemos dicho, no quiere decir que la modifique. (9)

PRINCIPIOS EN EL PROCESO ORAL (SEGUN JAMES GOLDSCH---

(9). Op. Cit. Pág. 51 y 52.

MIDT).

El jurista James Goldschmidt, acertadamente sostiene la doctrina del Proceso oral. En su análisis ingenioso del proceso oral establece cuatro principios, a saber:

- a) Principio de la oralidad
- b) Principio de la contradicción
- c) Principio de la concentración
- d) Principio de la inmediatividad.

En términos generales la Oralidad en el proceso penal, señala que las resoluciones deben basarse sólo en el material procesal proferido oralmente, y se requiere una configuración acusatoria en el proceso. Esto conduce irremisiblemente al principio de la contradicción, o sea a las alegaciones mutuas de las partes en forma de un juicio oral.

La dificultad de retener lo hablado en la memoria del juez o de las partes, conduce además al principio de la concentración o unidad de actos, que requiere condensar al juicio oral. En varias sesiones esta forma sólo se mantendrá, existiendo presencia física de los jueces durante todas las sesiones del juicio oral, (Principio de la inmediatez). Porque en otro caso, lo actuado ante el primero llegaría a conocimiento del segundo a través de la escritura.

PRINCIPIOS DE LOS PROCESOS ESCRITOS O MIXTOS (ORALES-
Y ESCRITOS).

El contraste del principio de la oralidad se representa por el de la escritura, conforme a la cual, la decisión-jurisdiccional ha de basarse sólo en material procesal, dis- puesto y escrito en los autos, y ese principio habrá de lla- marse de la conformidad con los autos. Un principio media-- dor de éste, sería el mixto, en el cual el órgano jurisdiccional puede fundamentar sus decisiones en el contenido de los autos, pero teniendo en cuenta al mismo tiempo, lo que se manifestó oralmente y consta escrito.

a) PRINCIPIO DE LA INMEDIATIVIDAD.

La validez u objetividad de la sentencia.

Este principio se considera que surge a mediados del siglo XIX, y como consecuencia de la oralidad, señalándose que esta última, es una forma de entendimiento. La inmedia- tividad, es un escalón de la percepción. Poco a poco se ha reconocido como la forma especial de la recepción de las -- pruebas y que para observarse, debe realizarse ésta con la presencia del juez, para que éste se halle, lo más cerca po- sible, de las fuentes del conocimiento de los hechos que ha- brá de juzgar.

La inmediatividad significa una vinculación del juez, que recibe las pruebas y tiene que dar las razones.

Existe la inmediatividad objetivo-formal, que es el relacionarse el juez lo más directamente posible con los medios de prueba, el objetivo-material, que es el utilizar -- aquéllos medios de prueba que se encuentran en la más directa relación con el hecho a probar. Existe también la inmediatividad subjetiva y formal, que en nuestro derecho sería cuando el juez directamente se crea una convicción del resultado de la prueba que observa, ejemplo: las inspecciones oculares practicadas por éste, las confrontaciones que sirven para que una persona identifique un sujeto; la formal sería cuando la inspección es practicada por el personal del tribunal que autoriza el propio juez, los peritajes rendidos por los expertos que él nombra y los que autoriza la ley, que determinan su valor y las actuaciones realizadas por las autoridades a que ésta se refiere y debe dárseles valor probatorio.

La inmediatividad formal (principio relativo), no es realizada materialmente por el juez, pero ante la imposibilidad de hacerlo, ya sea por razón de los conocimientos en otras ciencias, o porque físicamente no puede éste realizarlas, la ley ha determinado que debe darles valor. Entonces-

se dice que la inmediatividad formal es relativa, porque lo único que contempla el juez, es la convicción de un tercero y no de él.

De cualquier manera, este principio es, en nuestro -- concepto, el de mayor importancia, puesto que para encon--- trar la verdad histórica de los hechos, debe de irse a las fuentes más certeras del conocimiento, y a eso se debe que en el derecho moderno, este principio ha tomado día a día -- mayor importancia en el Proceso Penal.

Por nuestra parte, le consideramos tanto valor a este principio, que no solamente para la recepción de las prue-- bas en general debe tener interés, sino que, debe exigirse se cumpla el principio de inmediatividad por el órgano ju-- risdiccional, para que el que lo representa, o sea el juez, tenga trato directo con el procesado, lo conozca, trate, es cuche y sobre todo observarlo.

En el primer momento en que tiene contacto el indicia do con el juez, éste ha de tomarle su declaración preparato ria. Aquí es el momento oportuno de conocerlo, porque está-- reciente la imputación, y el sujeto puede aportar con su -- presencia y convicciones, datos al juzgador, al contestar el interrogatorio. La expresión es singular, y de ella, el juez puede ir formando sus convicciones. ¿Cuántas veces un-

ademán, un gesto, una contracción del rostro, pueden decir más que mil palabras? Si el juzgador no está presente y no conoce estos hechos, perderá la oportunidad de este momento, porque todas estas circunstancias no quedarán escritas.

Por esta razón, nos atrevemos a afirmar que es importante que se observe en el proceso penal, la inmediatividad, no sólo de las pruebas, sino de la inmediatez con el sujeto que se está juzgando y también, con los sujetos que deponen en contra de éste, así como testigos, etc. En todas las diligencias del proceso penal, debe exigirse que se cumpla -- con el principio de la inmediatividad.

b) PRINCIPIO DE LA CONTRADICCION.

Si bien es cierto que la forma escrita es necesaria, -- como ya se dijo, para que consten las actuaciones realizadas en la averiguación previa, se debe a la noticia del delito, sea en denuncia o querrela, requisito indispensable -- para el inicio del procedimiento penal en nuestro sistema -- de derecho, considerándose ello, uno de los principios que deben regir al Ministerio Público, y que, es el llamado de iniciación, que ha de observarse para dar cumplimiento a -- los mandatos constitucionales, y hasta que se llene este requisito, podrá continuarse la averiguación.

Ya se dijo que realizada en su totalidad ésta y estimándose que hay elementos para la consignación, se formulará, y entonces, el órgano jurisdiccional dictará su primer auto, que es el de la radicación o cabeza de proceso, sirviendo todo lo escrito en dicha investigación, como base para lo que se ordena en dicho auto, existiendo en la misma, documentos presentados por quienes han intervenido en la investigación, y todos los datos que se aportaron; a continuación si hubo elementos para decretar la formal prisión se inicia el proceso, donde se hará más vivo el principio de oralidad, y nuevamente, cuando se va a preparar el juicio se exige que las partes en el proceso, concreten sus puntos de vista en las conclusiones que deben formularse por escrito.

La esencia del juicio oral, es que, plantea la contradicción que es otro de los principios y se identifica en el proceso penal, con la acusación y la defensa, considerándose que el procesado tiene la última palabra para llevar a cabo el principio de la contradicción en el juicio oral, -- puesto que, al informársele por el tribunal los cargos que hay en su contra, él los rechaza o trata de justificar su conducta, o dar las razones de su proceder planteando así desde luego la contradicción.

c) PRINCIPIO DE LA CONCENTRACION.

La imposibilidad de retener lo hablado en la memoria de los encargados de impartir justicia, y demás que intervienen en el proceso, ha obligado a buscar una forma por la cual puedan constar los datos y actuaciones que se aportan en el proceso, y para ello, se requiere que se haga en forma ordenada y en una unidad gráfica, para que, llegado el momento, esté integrado debidamente todo el contenido de dicho proceso. Para eso sirve indiscutiblemente el principio de concentración, que debe realizarse por sesiones de juicio oral y de los escritos de las partes, ya que, sería imposible que en un sólo acto se agotara todo el proceso.

C A P I T U L O I X EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

CONCEPTO Y FORMAS DE LA LEGALIDAD.

ORIGENES Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DIVERSOS ORDENAMIENTOS.

GARANTIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DIRECTRICES DEL PROCESO PENAL.

IMPLICACIONES METODOLOGICAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA TECNICA JURIDICA. INTERPRETACION Y APLICACION ANALOGICAS.

CONCEPTO Y FORMAS DE LA LEGALIDAD.

a) CONCEPTO DE LEGALIDAD.

La legalidad es la aplicación cotidiana, exacta, inflexible, sistemática, de las leyes penales.

Este principio es de observancia obligatoria para los órganos del Estado, quienes están obligados a la fiel observancia y a una activa cooperación en el mantenimiento de la misma, de tal manera que se convierten en vigilantes de la aplicación de la legalidad.

b) NATURALEZA DE LA LEGALIDAD. LA JURISDICCION LEGITIMA Y LA JURISPRUDENCIA LEGITIMA.

El principio de legalidad constituye un rasgo característico esencial de un Estado de Derecho.

Este principio se manifiesta esencialmente en dos imperativos fundamentales: a) La jurisdicción legítima y; b) La jurisprudencia legítima.

a) La jurisdicción legítima.

Uno de los elementos característicos del principio de legalidad es el relativo al ámbito de su aplicación, o sea, que para asegurar el respeto a las garantías individuales, los órganos jurisdiccionales han de atenerse estrictamente a las leyes.

El principio de legalidad, si bien no excluye por completo una actuación arbitraria por parte de los órganos jurisdiccionales, es, no obstante, una restricción eficaz, ya que ofrece la posibilidad de reacción del mecanismo de compulsión jurídica en caso de violación de la ley.

El principio de legalidad, desde este punto de vista, en suma, radica en el imperativo de la sumisión, del órgano jurisdiccional, a las normas de derecho.

b) La jurisprudencia legítima.

Contemplada la legalidad desde el punto de vista de la jurisprudencia legítima, podemos decir que presupone la presencia de normas jurídicas, es decir, la existencia de -

de un conjunto sistemático de normas jurídicas, consecuente con el orden jerárquico de prelación de las disposiciones jurídicas que van desde la norma fundamental hasta la secundaria.

c) LEGALIDAD MATERIAL Y LEGALIDAD FORMAL.

En la ciencia del derecho se ha establecido una distinción adecuada entre la legalidad material y la legalidad formal.

La legalidad material exige que los actos inherentes a la aplicación del derecho, tales como los fallos y resoluciones de los tribunales, se encuentren, por cuanto hace a su contenido, en concordancia perfecta con los preceptos o disposiciones jurídicas aplicables al caso concreto.

La legalidad desde el punto de vista material estriba pues en la íntima conexión o relación de la actuación del órgano jurisdiccional con el derecho.

La legalidad formal obliga, a tomar en consideración el orden jerárquico de prelación de las normas jurídicas -- que van desde la fundamental hasta la secundaria.

LA LEGALIDAD MATERIAL.

Con el fin de que prevalezca la legalidad se han previsto ciertas garantías que consisten, básicamente, en someter la actividad de un órgano del Estado al control de otro

órgano Estatal desde el punto de vista de la legalidad.

Se reconoce, en forma unánime que el control de un órgano del Estado por otro, por cuanto hace a la legalidad, - es tanto más eficaz cuanto mayor es el grado de independencia del órgano que lo ejerce.

En nuestro concepto, básicamente la legalidad estriba en que ofrecerá a los particulares, protección en contra de toda infracción del derecho, contra todo abuso de la facultad discrecional y cualesquier exceso que pueda cometerse - en el ejercicio de la misma. Y solamente se podrá lograr esta posibilidad de evitar cualquier exceso que pueda cometerse en el ejercicio de la facultad de apreciación de cualesquier órgano Estatal mediante la posibilidad de recurrir -- las injustas resoluciones de un órgano de la Administración Pública.

En el ámbito de la Jurisdicción criminal los fallos - de los tribunales inferiores, son susceptibles de recurso - ante los tribunales del orden superior. Las garantías de legalidad radican, de acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores, en instituciones jurídicas que sancionen la relación existente entre el órgano jurisdiccional y el derecho.

Las instituciones jurídicas en nuestro régimen de de-

recho, son todos aquellos recursos que se establecen en favor del particular y que permiten revisar una resolución -- por otro órgano Estatal. Solamente como una breve referen-- cia debemos hacer alusión al juicio de Amparo que a pesar - de que constituye un verdadero juicio, permite que un Tribu-- nal Federal controle la legalidad de todos los actos viola-- torios del principio de legalidad.

LA LEGALIDAD FORMAL.

La legalidad formal implica el respeto de la jerar-- quía de las fuentes del derecho, que se manifiesta en nues-- tro régimen jurídico en la creación estructurada del dere-- cho con base en la ley fundamental.

Este procedimiento de creación estructurada y jerár-- quica del derecho, realizado por el Poder Legislativo, debe-- rá observar, en forma estricta, el procedimiento señalado - por los preceptos Constitucionales.

Según principio de legalidad formal, las normas situa-- das en el plano constitucional, sirven de base para la acti-- vidad legislativa relativa a normas secundarias.

REQUISITOS DE LA LEGALIDAD FORMAL.

La legalidad formal comprende los siguientes requisi-- tos:

- a) Respeto a la jerarquía de las leyes (apoyo en las-
-

normas Constitucionales que sirven de base a las normas secundarias).

b) Iniciativa, Publicación y Codificación de las leyes.

El procedimiento para elaborar las leyes es, en nuestro derecho el siguiente:

1o. El derecho de proponer nuevas leyes o modificaciones a las existentes, no corresponde a cualquier persona, - dado nuestro sistema representativo, sino exclusivamente al Presidente de la República, a los diputados federales, a los senadores y a las Legislaturas de los Estados de la República.

2o. Cuando se ha hecho la proposición de una ley, presentando el proyecto respectivo, las Cámaras de Diputados y de Senadores, cada una por separado y en forma sucesiva, estudian dicha proposición y acuerdan, por mayoría de votos, - si se aprueba o se rechaza. Desde luego, es posible que un proyecto sea aprobado con modificaciones.

Después de que las dos Cámaras aprueban la ley, ésta se envía al Presidente de la República para que la declare obligatoria y disponga su publicación en un periódico del Gobierno, llamado "Diario Oficial".

d) LA LEGALIDAD EN LO PENAL.

En materia de Derecho Penal, el principio de legalidad ofrece singular importancia contemplándolo al través -- del axioma, "nullum crimen, nulla poena, sine lege", (nulo-crimen, nula pena, sin ley). De acuerdo con este axioma, só lo pueden ser objeto de persecución en lo criminal, las --- acciones y omisiones que aparezcan perfectamente tipifica-- das como actividades ilícitas en la ley.

El castigo del culpable de la comisión de un delito, -- por lo que toca a la índole de la sanción y al grado de la -- pena, han de corresponder a lo que taxativamente disponga -- la legislación punitiva.

El resultado directo e inmediato del principio de legalidad contemplado, al través del axioma "nullum crimen, -- nulla poena, sine lege" es que en materia penal la única -- fuente de derecho es la ley, así como la fuente directa e -- inmediata. Ningún juez puede tener autoridad o jurisdicción no derivada de la ley. No puede ser punible un hecho si no -- lo ha previsto la ley como delictuoso. De tal manera que só lo será delictuosa la acción típica, o sea, la acción que -- coincida con la hipótesis prevista como delictuosa por el -- legislador.

Este principio debe ser de aplicación general, de tal manera que, sea cual fuere su condición, todo ciudadano tie

ne derecho a una administración de justicia en condiciones de perfecta igualdad, por obra de jueces independientes que actúen, todos, bajo el principio de legalidad.

Todo ciudadano, desde el más humilde hasta el más encumbrado, tienen derecho a confiar en que los Tribunales Penales le deparan idéntica protección, tanto por lo que se refiere a sus garantías, como por lo que hace a sus derechos.

Del principio de legalidad, se deriva la idea de que no se puede legislar en Derecho Penal, con efecto retroactivo, cuando sea en perjuicio de alguna persona. Esta prohibición es tan importante en el campo del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, que está incluida en el capítulo de Derechos Individuales Fundamentales de nuestra Constitución (artículo 14) y de muchas otras Constituciones Políticas.

ORIGENES Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD.

a) En la Carta Magna de Juan sin Tierra encontramos los antecedentes más precisos de este principio. En este ordenamiento, el rey se obligaba a no molestar a sus súbditos sino mediante la lex terra.

b) También encontramos antecedentes directos de este principio en la Constitución del Estado de Virginia que fué

uno de los primeros y más importantes Estados de la Unión Americana.

c) La Revolución Francesa luchó por quitar la arbitrariedad al rey. Su garantía fue el régimen de derecho. La garantía de legalidad se proclamó en la Declaración de los -- Derechos del Hombre y del Ciudadano en los artículos 6, 7 y 8, así:

"Art. 6.- La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir -- personalmente o por medio de sus representantes a su formación. Debe ser la misma para todos, ya defienda, ya castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales para ella, son -- igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otras distinciones que las de sus virtudes y sus talentos.

Art. 7.- Ningún hombre puede ser acusado ni detenido -- sino en los casos determinados por la ley, y según las formas que ha prescrito ésta. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano, llamado o prendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante. La resistencia le hace -- culpable.

Art. 8.- La ley no debe establecer más que penas es--

tricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada". (1)

Dice Fernando Castellanos Tena en relación con esta Declaración:

"Fué en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a raíz de la Revolución Francesa, -- donde quedó definitivamente plasmado el principio de legalidad aludido, estableciéndose que nadie podía ser castigado sino a virtud de una ley anterior al delito, la cual debería aplicarse según el procedimiento legal; nadie podía ser acusado, arrestado ni preso, sino en los casos previstos -- por las leyes. Desde entonces estos principios han sido casi universalmente aceptados". (2)

d) Desde el punto de vista del Derecho Penal la legalidad ha tenido, a rasgos generales, la evolución siguiente, según datos tomados de la obra de Goldschmidt:

"a) En el derecho antiguo romano la persecución de -- los delitos correspondía al magistrado. La cognición del magistrado tenía carácter inquisitivo, inclinándose hacia el principio de legalidad, puesto que los magistrados con ---- "imperium" no estaban sólo autorizados, sino también obligados a proceder en los asuntos que caían bajo su competen---

(1) Datos tomados de la obra de Ch. Seignobos y A. Metin.-- Historia Universal. Editorial S. de R.L. México, D.F. 1956

(2) Op. Cit. Pág. 107.

cia. Pero no había medida ninguna que garantizara un procedimiento efectivo contra todos los hechos punibles. Al pasar al procedimiento de las "questiones", se formó el sistema de la acción popular. No existía, es verdad, el deber de interponer una querrela, pero contra un desistimiento injustificado de la querrela se señalaba la pena de la tergiversación". (3)

Sigue diciendo este autor, ahora en relación con el procedimiento Germánico:

"En la época de los francos surgieron los primeros -- elementos del principio de legalidad. Los Jurados venían -- obligados a denunciar a la "inquisitio" del conde, determinados delitos, no perseguidos por el ofendido. La "inquisitio" se conservó hasta el final de la Edad Media. De modo análogo, los escabinos de los tribunales criminales secretos (Fengeritch) venían obligados a perseguir todos los hechos punibles de los que tuviesen conocimiento. Además, por malhechores de nocividad común acabó por formarse una concepción del perjudicado de interponer querrela. Ultimamente se desarrolló un procedimiento de oficio con o sin nombramiento de acusador, sobre todo contra malhechores "nocivos terree". En el procedimiento inquisitivo común alemán el principio de legalidad triunfó".

Goldschmidt en relación con el Derecho Español manifiesta:

"En el proceso español domina, según resulta del artículo 105 L.E. Cr., el principio de la legalidad. Se confirmó esto por una circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de Septiembre de 1884, en la que se decía: "... lo que para los ciudadanos constituye un derecho, es deber ineludible del Ministerio Fiscal", a quien, aparte de otras -- muchas disposiciones, la citada ley, en el art. 105, impone la obligación de ejercitar, con arreglo a la misma, todas -- las acciones penales que considere procedentes, haya o no -- acusador privado en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada".

e) Son de excepcional importancia los conceptos que -- virtió César Beccaria en relación con axiomas fundamentales del principio de legalidad. Lo lógico es que se incluyeran -- pues en esta ojeada retrospectiva sobre el desenvolvimiento del principio de legalidad, sin embargo, consideramos más -- conveniente hacer referencia a sus opiniones en el curso -- del capítulo, ya que esas verdades dichas en el ayer, tienen hoy, plena vigencia.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DIVERSOS ORDENAMIENTOS.

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone en los preceptos que a continuación se transcriben, la obligación de respeto al principio de Legalidad:

"Art. 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra la discriminación, -- que infrinja esta Declaración y contra toda privación o tal discriminación.

Art. 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia -- por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de -- cualquier acusación contra ella en materia penal.

Art. 11.- 1.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe -- su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en -- el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito." (4)

(4). Declaración Universal de Derechos Humanos, transcritos en la obra del maestro César Sepúlveda. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, S.A. México, 1964- Pág. 384.

b) En nuestro derecho se consagró este principio, primero en la Constitución de Apatzingan, luego en los demás ordenamientos jurídicos Constitucionales, como son la Constitución de 1824, la Centralista de 1836, las Bases Orgánicas de 1843, desde luego también se consagró en la Constitución Yucateca de 40 y en la Constitución de 1857, cuyo artículo 16 era idéntico al 16 de la Constitución vigente.

c) En nuestra Constitución Vigente, los artículos 14- y 16 Constitucionales plasman el principio de legalidad. Dichos preceptos a la letra dicen:

"Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definiti

va 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.

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Estas disposiciones se encuentran íntimamente vinculadas con el contenido del artículo 21 Constitucional que a la letra dice:

Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial ..."

d) En nuestra opinión, el principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución exige que la imposición de las penas sea propia y exclusiva de la autoridad judicial, contemplada ésta tanto desde el punto de vista estrictamente material como desde el punto de vista formal, es decir, la aplicación del derecho en materia penal debe ser obra exclusiva del órgano jurisdiccional.

Nadie puede ser declarado responsable de la comisión de un delito, ni castigado por razón del mismo, sino en virtud de Sentencia Judicial.

La misión confiada al órgano jurisdiccional, implica-

cuidar que en toda causa criminal, se proceda a una investi
gación escrupulosa, extensa, minuciosa, exhaustiva y eminen
temente objetiva acerca de los hechos y se pronuncie una --
sentencia perfectamente adaptada y congruente con la legali
dad fundamentada.

El primer apartado del artículo 14 Constitucional es-
tablece, la prohibición de legislar con efecto retroactivo,
o sea, que se legisle operando hacia el pasado, lesionando-
derechos que la persona haya adquirido bajo la vigencia de-
una ley anterior.

Debemos hacer notar, que una ley sí podrá aplicarse -
en forma retroactiva, cuando sea en beneficio de una perso-
na, principalmente en materia penal, ya que se podrá apli--
car en sentido contrario al precepto Constitucional, o sea,
que la prohibición es en relación con aquellas disposicio--
nes que sean perjudiciales para alguna persona, de tal mane-
ra, que si la nueva disposición no solamente no es perjudi-
cial, sino por el contrario, beneficiosa al sujeto a quien-
se le vaya aplicar, es posible hacerlo.

También en el artículo 14 Constitucional se estable--
ce, obligación de aplicar el precepto penal en forma exacta.

Es decir, una acción que implica un peligro para la -
sociedad o que por cualquier otra razón o motivo sea merece

dora de reprobación, no deberá ser perseguida por el Ministerio Público, ni sancionada o castigada sin más fundamento que la mera aplicación por analogía de disposiciones penales apropiadas, ni aun por mayoría de razón.

El principal objetivo del principio de legalidad, contemplado desde el punto de vista del axioma que constituye el objeto de nuestro estudio, se aplica para alcanzar la seguridad o certeza jurídica, lo cual se logra mediante el postulado de la precisión suficiente del precepto penal.

La expansión y la observancia del principio de legalidad; constituye la única alternativa racional frente a la intolerancia, la arbitrariedad, la injusticia y la violencia.

GARANTIAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

DIRECTRICES DEL PROCESO PENAL.

Intimamente vinculado con el principio de legalidad se encuentra la garantía de ser juzgado en un proceso en regla, y en un plazo razonable.

Dispone la fracción VIII del artículo 20 Constitucional:

"Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se trata re de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo."

Esta garantía de ser juzgado en un plazo razonable, - impele al órgano jurisdiccional a evitar los aplazamientos- en lo posible salvo en circunstancias excepcionales, de tal manera que el proceso inicial debe seguir sin interrupción, siempre que ello sea posible hasta su término.

Esta garantía no debe ser admitida, sin reserva de -- ninguna naturaleza, ya que depende, en cierta medida, de to das las circunstancias del caso en particular y, concreta-- mente de sus efectos sobre los derechos del procesado y los de la sociedad.

Es tan fundamental este derecho del procesado, de ser juzgado rápidamente; que ya hemos visto que se ha consagra-- do, en forma expresa, en el capítulo de Garantías Individua les de nuestra Constitución.

UN EJEMPLO INTERNACIONAL: EL PROCESO EICHMANN.- Este proceso es una de las causas criminales en las que se puede apreciar, en forma clara, las crisis contemporáneas, particularmente graves que revelan la falta de respeto a algunos de los principios más generalmente aceptados de la legisla-

ción penal, entre ellos el de la legalidad.

Este proceso, se encuentra íntimamente vinculado con la serie de causas criminales que se iniciaron en contra de los criminales de guerra en Nuremberg y que después continuaron en los países ocupados por los aliados y en aquellos que sufrieron la ocupación Nazi.

El objetivo de todos estos juicios, era juzgar los delitos cometidos por los regímenes totalitarios durante la segunda guerra mundial.

Eichmann fué juzgado en primera instancia, por el Tribunal de Distrito de Jerusalem. Este Tribunal declaró a Eichmann culpable de la mayoría de los delitos que se le imputaban y el reo, en consecuencia, fué condenado a muerte.

Eichmann impugnó, en ejercicio de su derecho, e interpuso recurso en contra de la sentencia de primera instancia.

En la sentencia de segunda instancia, el Tribunal Supremo deshechó el recurso tanto contra la sentencia condenatoria como contra la pena y confirmó la sentencia del Tribunal Inferior.

Por último, después de haberse desestimado la petición de gracia elevada al jefe del Estado de Israel, Eichmann fué ejecutado en la horca el 31 de mayo de 1962.

El proceso de Eichmann, plantea todas las cuestiones-

más fundamentales del Derecho Penal como son, el no efecto-retroactivo de la ley penal en perjuicio del acusado; el Derecho de Israel para juzgar de los actos de Eichmann, la --obediencia a las órdenes superiores y la cuestión de la jurisdicción sobre estos debates.

El primer punto a discusión fué el relativo a si los Tribunales de Israel tenían competencia para juzgar a Eichmann.

Es indiscutible que el Estado de Israel, no tiene jurisdicción para juzgar de los actos de Eichmann, si se toma en consideración que los hechos delictuosos se perpetraron y realizaron en una época en que el Estado de Israel no --- existía, por tanto, estos actos no podían haber tenido por objeto perjudicar al Estado de Israel o a sus Ciudadanos.

Este juicio resultó particularmente escandaloso, si -- se toma en consideración que, repetimos, el Estado de Is-- rael no existía en el momento de la realización de los he-- chos típicos penales.

En nuestro concepto no cabe duda, que el secuestro de Eichmann fué un acto contrario a la ley, ya que el acusado-- fué transferido por la fuerza de la República Argentina al-- Estado de Israel y no solo eso, sino que las actividades de lictuosas que se le imputaron y que cometió Eichmann lo fue

ron, repetimos, en una época en que el Estado de Israel no existía ni, por ende, la legislación conforme a la cual fué juzgado, lo que constituye una clara violación del principio de legalidad contemplado al través del axioma de prohibir la aplicación de la ley con efectos retroactivos, cuando dicha aplicación sea en perjuicio del acusado.

Nadie pone en duda, que el gobierno de cualquier Estado tiene derecho a promulgar leyes para defender su seguridad, pero podemos afirmar, que la aplicación de la ley en el caso que comentamos y la forma en que se legisló, constituye un menoscabo de muchos de los principios que le son fundamentales al proceso penal, por ser rectores de éste.

IMPLICACIONES METODOLOGICAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA TECNICA JURIDICA. INTERPRETACION Y APLICACION ANALOGICAS.

En su forma teórica, el principio de legalidad en sus relaciones múltiples con otros principios y con las normas concretas, ha entrado frecuentemente en conflicto o ha sido mal interpretado. La técnica jurídica da cuenta, en primer término, de la constante irregularidad en el uso metodológico del principio de legalidad, sobre todo, tratándose de los conceptos de interpretación analógica y aplicación ana-

lógica, por lo que es necesario una pertinente precisión.

DIFERENCIAS ENTRE INTERPRETACION ANALOGICA Y APLICACION ANALOGICA.

Es muy común confundir entre interpretación analógica y aplicación analógica de la ley penal. En realidad se trata de dos problemas completamente diferentes.

La aplicación por analogía consiste en hacer, en ---- crear una norma, por carecer de ella en el ordenamiento jurídico. Esta aplicación se traduce en la creación de delitos no tipificados o establecidos en la legislación. Nuestra Constitución prohíbe esta clase de aplicación, ya que al ser efectuada por el juez, equivaldría a la integración de la ley penal, a la creación de tipos penales, tarea que corresponde en forma exclusiva al legislador.

Cuestión completamente diferente es la relativa a la interpretación analógica que se realiza con apoyo en una situación prevista ya en la misma norma jurídica. Por ejemplo: Dispone el art. 387 del Código Penal: Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán: I.- Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa ofreciendo encargarse de la defensa de un procesado o de un reo... Al utilizar la ley el término "cualquiera otra cosa", se está facultando indudablemente al interprete, para usar la analo

gía como sistema o método de interpretación.

Es del todo evidente que la interpretación de la ley está influida de modo determinante por los conceptos acerca del orden, los valores y los objetivos que dominan el ordenamiento jurídico respectivo.

La interpretación analógica, concienzuda y calculable es, imperativamente exigida por este principio de legalidad.

CRISIS DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD. CRITICA,

A continuación veamos como ha evolucionado la doctrina de la legalidad, a partir de los ideales clásicos de la política liberal, pasando por el marxismo hasta nuestros días.

a) DOCTRINA DE LA LEGALIDAD EN EL DERECHO LIBERAL.

César Beccaria (5) ha expuesto la doctrina de la legalidad en nuestro mundo occidental, la doctrina que condensa los ideales del liberalismo político que sostienen los Estados Modernos. He aquí sus palabras:

"Las leyes, son las condiciones mediante las cuales los hombres independientes y aislados, se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, así como de gozar una libertad inútil por la incertidumbre de conservarla. Por eso, debieron sacrificar una parte de su -

(5). Op. Cit. Págs. 65 y 66.

libertad para disfrutar del resto, seguros y tranquilos. La suma de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de todos, es lo que forme la soberanía de una Nación, siendo el soberano su legítimo depositario y administrador. Pero no bastaba formar este depósito; era preciso defenderle de las usurpaciones de cada hombre en particular, pues el hombre trata siempre de substraer del depósito, no sólo su porción propia, sino que además procura usurpar las porciones de los demás. Hacían falta motivos sensibles que bastasen a disuadir el ánimo despótico de cada individuo de sumergir en el caos antiguo las leyes de la sociedad. Estos motivos sensibles son las penas de cada hombre en el particular, pues el hombre trata siempre de substraer del depósito, no sólo su porción propia, sino que además procura usurpar las porciones de los demás. Hacían falta motivos sensibles que bastasen a disuadir el ánimo despótico de cada individuo, de sumergir en el caos antiguo las leyes de la sociedad. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes.

Digo motivos sensibles, porque la experiencia ha hecho ver que la mayoría no adopta principios estables de conducta, ni se aleja del principio universal de disolución -- que se observa en el Universo físico y normal, sino con mo-

tivos que afectan inmediatamente a los sentidos y que se --
presentan de continuo a la mente para contrapesar las fuer-
tes impresiones de las pasiones parciales que se oponen al-
bien universal, sin que la elocuencia y las declamaciones,--
ní aún las más sublimes verdades basten para redrenar por -
largo tiempo las pasiones excitadas por las vivas sacudidas
de los objetos presentes. De modo que fué la necesidad la -
que obligó a los hombres a ceder parte de su libertad y, por
tanto es cosa cierta que ninguno de nosotros desea colocar-
en el depósito público más que la mínima porción posible, -
tan sólo aquella que baste a inducir a los otros a defender
el depósito mismo. El conjunto de estas mínimas porciones -
posibles, forma el derecho de pensar; todo lo demás es abu-
so, y no justicia; es un hecho y no ya un derecho.

Las penas que superan la necesidad de conservar el de
pósito de la salud pública, son justas por naturaleza; y --
las penas son tanto más justas cuanto más sagrada e inviol
able es la seguridad y mayor la libertad que el soberano con
serva a los súbditos.

CONSECUENCIAS.- La primera consecuencia de estos prin-
cipios, es que tan sólo las leyes pueden decretar las penas
de los delitos, sin que esta autoridad pueda residir más --
que en el legislador, que es quien representa a la sociedad

entera, unida por un contrato social. Ningún magistrado --- (que es una parte de la sociedad) puede con justicia infligir penas contra otro miembro de la sociedad misma. Pero -- una pena aumentada más allá del límite fijado por las leyes, o sea, de la pena justa, sería otra pena más; de modo que el magistrado no puede aumentar la pena establecida para un delincente ciudadano, aunque sea bajo el pretexto de un celo mal entendido o del bienestar público.

En relación con el principio de legalidad, el maestro mexicano Ignacio Villalobos dice: (6)

"Pero en la materia penal es diferente en varios as--pectos: en primer lugar y antes de ofuscarse la mente con -prejuicios y sutilezas, es evidente que la esencia de las--leyes penales es prohibir lo dañoso y disponer imperativa--mente lo necesario para el orden social, sancionando la de--sobediencia a tales preceptos. A un ser humano sólo se le -puede considerar rebelde cuando se ha expedido y se le ha -hecho conocer el mandato o la prohibición; por tanto es ---absurdo pensar en la existencia de un delito sin ley que lo establezca, pues en caso de existir actos antisociales cuya mención se haya omitido en la ley, al Poder Legislativo es--al único que corresponde hacer su calificación y sancionar--la legalmente, adquiriendo sólo desde ese momento el carác--

(6). Villalobos Ignacio. Op. Cit.

ter delictuoso aquella conducta, en el terreno de la vida real y política, aun cuando en la consideración o en el ámbito sociológico pudiera, desde antes, existir todo lo necesario para dictar la prohibición y crear el delito.

Por otra parte, confiar esa estimación de los actos y la imposición de penas por ellos a funcionarios como los jueces, que sólo pueden castigar actos pasados y que son incapaces para establecer disposiciones generales, comprensivas de casos futuros, impersonales en el momento de ser dictados y que pongan en vigor una prohibición o un mandato en forma previa, pública y general, sería tanto como acabar con la libertad de los ciudadanos, con la tranquilidad pública y con la justicia del sistema penal.

Todo ello fuerza a reconocer que, en buen derecho y sobre todo en un derecho liberal, la naturaleza delictuosa de un acto sólo puede ser definida por la ley, sin que ningún juez o tribunal se halle capacitado para imponer penas por actos no previstos, aún cuando él los crea inconvenientes o sean semejantes a los prohibidos por la ley.

De aquí el principio universalmente reconocido: "Nullum crimen sine lege"

b) REPROCHE Y ACTITUD DEL MARXISMO-LENINISMO.

Frente a estas ideas, la legalidad entra en crisis en

los sistemas totalitarios del siglo XX, por ejemplo en los ideólogos Comunistas que, como Lenin (7), se producen en -- los términos siguientes:

"Los tribunales son un órgano de Poder. Lo olvidan a veces los liberales. Para un marxista, olvidar esto es un pecado.

Y donde está el poder? Quien lo ejerce?

No tenemos gobierno. El gobierno cambia cada día. Es inoperante.

Actúa la dictadura militar. En este caso es ridículo hablar de "juicio". No se trata de "juicio", sino de un episodio de la guerra civil. Esto es lo que, por desgracia, no quieren comprender los partidarios de la comparecencia ante los tribunales.

Perevérzev y Aléxinski son los promotores del "proceso".

No es acaso ridículo hablar aquí de juicio? No es acaso ingenuo pensar que cualquier tribunal, en estas condiciones, pueda analizar, establecer, examinar algo?

"Yo no hice nada ilegal. El Tribunal es justo. El tribunal aclarará. El juicio será público. El pueblo comprenderá, compareceré".

Este razonamiento es de una ingenuidad pueril. Lo que

(7). Lenin Vladimir Ilich. Obras Escogidas en Tres Tomos. - Editorial Progreso. Moscú. Págs. 191 y 192.

el Poder necesita no es un proceso judicial, sino la persecución de los internacionalistas. Encerrarlos y tenerlos -- presos: eso es lo que precisan los señores Karenski y Cía.-- Así fué (en Inglaterra y Francia) y así será (en Rusia).

Que los internacionalistas trabajen ilegalmente en la medida de sus fuerzas, pero que no cometan la tontería de -- una comparecencia voluntaria".

c) REPLICA A LOS IDEOLOGOS COMUNISTAS.

Estos conceptos del ideólogo Comunista, nos obligan a recordar las expresiones del maestro González Bustamante (8 en relación con el principio de legalidad.

Dice el maestro "El proceso penal moderno representa un adelanto en la evolución del derecho, porque tiene por -- objeto la tutela de los intereses del individuo frente a -- los abusos del Poder Público. El derecho de castigar -- dere -- cho subjetivo en potencia que la Escuela Clásica reconocía -- originalmente a la sociedad, constituye ahora lo que en la -- doctrina alemana se llama "exigencia punitiva" y la acción -- penal es el medio de hacerla realizable. Quebrantada la nor -- ma penal, surge la relación entre el Estado, que tiene a su -- cargo la restauración del derecho violado, y el individuo a -- quien se presume responsable del hecho. La definición de -- las relaciones que se crean entre el Poder Público y el in-

(8). Op. Cit. Pág. 2.

dividuo a quien se imputa el delito, debe hacerse a través de un proceso regular, con estricto cumplimiento de las normas procesales. Si la imposición de las penas y de las medidas de seguridad se hiciese de manera arbitraria y desordenada, el Derecho Penal no cumpliría su misión de proteger y garantizar los intereses sociales. La solución corriente es que el proceso penal representa una configuración artificial, destinada a proteger a los individuos contra el abuso del poder público, porque insensiblemente el uso ilimitado del poder se presta a abusos; de allí la necesidad de que la pena se aplique mediante un proceso.

En la definición de estas relaciones, necesitamos contar con: a) La existencia de un derecho que se presume violado; b) La actuación de un órgano jurisdiccional competente encargado de hacer la declaración, y c) Las normas procesales que regularmente han de observarse en el curso del proceso, antes de obtener la declaración judicial".

En idéntico sentido se manifiesta el maestro Rivera-Silva quien expresa:

"La acción procesal penal está regida por el principio de la legalidad. Teniendo el Estado en sus manos el ejercicio de la acción penal, no se deja a su capricho el propio ejercicio, sino que, por mandato legal, siempre debe llevar

se a cabo". (9)

Sigue diciendo este autor:

"Los tratadistas, en lo que atañe al punto que estudiamos distinguen al principio de la legalidad del principio de la oportunidad. La acción penal esté animada por el principio de la legalidad, cuando se ejercita siempre que se den los presupuestos necesarios que la ley fija. En estos casos, no se atiende para nada a la utilidad o perjuicio que pueda ocasionarse con el ejercicio de la acción penal. El principio de la oportunidad se inspira en la idea de "que para el ejercicio de la acción penal no basta que se den los presupuestos necesarios, sino que es preciso que los órganos competentes lo refuten convenientemente, previa valoración del momento, las circunstancias, etc.". El principio de la oportunidad tiene holgado acomodo en los países en que las ideas políticas ocupan puestos deferentes en el desenvolvimiento de la actividad estatal".

"Nuestro procedimiento penal se inspira en forma absoluta en el principio de legalidad, como ya lo expresamos en renglones anteriores, no quedando, por ende, el ejercicio de la acción penal al capricho del Ministerio Público. Se ha rechazado la afirmación expuesta, invocándose las normas que reglamentan el no ejercicio de la acción penal, el de--

(9). Manuel Rivera Silva. Op. Cit. Págs. 62 y 63.

sistimiento de la misma y la solicitud de libertad por parte del Representante Social. A ésto cabe objetar que dichas normas, como se infiere de su cuidadoso estudio, no se animan en principios de oportunidad, sino única y exclusivamente en la idea de que el Ministerio Público es una institución de buena fé y que como tal, tiene interés en que no se vaya a cometer la injusticia de castigar a quien no merece la pena, ya sea porque prescribió el ejercicio de la acción penal; porque quedó comprobado que el inculpado no tuvo participación en los hechos; porque el proceder imputado no es típico, etc. En suma: porque legalmente no se es acreedor a la consecuencia condenatoria fijada en la ley.

La sociedad está tan interesada en que se castigue al responsable, como en que no se aplique sanción alguna a --- quien no lo merece. El Ministerio Público, como representante de la sociedad, recoge el interés de ella y, por ende, - en los casos que procede, y exclusivamente en ellos, no --- ejerce la acción penal, se desiste de ella o pide la libertad".

d) PAUTAS PARA INTERPRETAR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD-
EN BECCARIA Y EN VILLALOBOS.

Para apreciar en toda su magnitud el principio de legalidad, son de enorme trascendencia las reglas con arreglo

a las cuales ha de ser interpretado el derecho.

En relación con este problema, encontramos dos posiciones perfectamente definidas. La primera es la sostenida por César Beccaria, la segunda, por Ignacio Villalobos.

Beccaria dice: "Ni tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces del orden criminal, por la misma razón de que no son legisladores. -- Los jueces no han recibido las leyes de nuestros antiguos padres, como una tradición doméstica y un testamento que sólo dejase a la posteridad el cuidado de obedecerlo; sino -- que lo reciben de la sociedad viva, o del soberano que la representa como depositario legítimo del resultado actual de la voluntad de todos; es decir, que las reciben no como obligaciones de un juramento antiguo, nulo porque ligaba voluntades aun inexistentes, e inicuo, porque reducía a los hombres desde el estado de sociedad al de rebaño, sino como efectos de un juramento, tácito o expreso, hecho por las voluntades reunidas de los súbditos vivos al soberano, como vínculos necesarios para refrenar y regir el fermento interior de los intereses particulares. Tal es la autoridad física y real de las leyes. Por consiguiente quien será el intérprete legítimo de la ley? el soberano, que es el depositario de las voluntades actuales de todos, o el juez, cuyo-

oficio es tan sólo determinar si tal o cual hombre ha realizado o no una acción contraria a las leyes?.

El juez, debe hacer en todo delito un silogismo per--fecto: la mayor de este silogismo debe ser la ley general;--la menor, será la acción conforme o no a la ley; y finalmen--te, la consecuencia tendrá que ser la libertad o la pena. --Si el juez se ve obligado o pretende hacer, en vez de uno,--dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre.

No hay nada más peligroso, que el axioma común de que precisa consultar el espíritu de la ley. Este es al modo --de dique roto, por el torrente de las opiniones y nos pare--ce demostrada esta verdad, que parece una paradoja a los entendimientos vulgares a quienes afecta más un pequeño desorden presente que las funestas, aunque remotas consecuencias, que nacen de un falso principio arraigado con una noción".

Sigue diciendo el insigne Beccaria:

"El desorden que nazca de la observancia rigurosa de--la letra de una ley penal, no debe compararse con los desórdenes que nazcan de su interpretación"... (10)

Ahora bien, es imposible oponer una barrera hermética a la influencia de ideas más amplias y una mentalidad algo--más liberal se ha comenzado a extender en las modernas ten--dencias del Derecho Penal, ya no se afirma en forma tajante

(10). César Beccaria. Op. Cit. Pág. 68.

que no pueden ser interpretadas las disposiciones del Derecho Penal, sino por el contrario, expresa el maestro Ignacio Villalobos:

"Se quedaron atrás los días en que se discutía sobre la conveniencia o la licitud de la interpretación; quienes sostuvieron el criterio negativo, como Beccaria, mostraban con ello una reacción excesiva contra los abusos del arbitrio judicial, convertido en arbitrariedad y disfrazado a veces con el ropaje de la exégisis, como es fama que ocurrió en la escuela de Bolonia con los glosadores del Derecho Romano.

La interpretación de una ley no es sino su inteligencia, la penetración de su contenido, de su significación, para aplicarla correctamente; y siendo así, es claro que no sólo es conveniente esforzarse por hacer una fiel interpretación por la que se cumpla con la voluntad de la ley, sino que es indispensable hacer alguna interpretación, ya que no entender o no querer entender lo dicho en un precepto, sería la parálisis absoluta y nadie podría invocar ese precepto ni pedir o hacer su aplicación. Prohibida o permitida la interpretación inevitablemente el abogado, el acusador y el juez la realizan al invocar la ley, según cada uno la entienda, en sus peticiones o en sus sentencias". (11)

(11). Ignacio Villalobos. Op. Cit. Pág. 138.

e) NUESTRA OPINION SOBRE LA LEGALIDAD.

En resumen, el principio de legalidad constituye la única alternativa frente a la arbitrariedad, la injusticia y la violencia.

Ahora bien, a pesar de que universalmente se reconoce este concepto, que es de carácter fundamental, sigue siendo difícil de obtener.

Sin embargo a pesar de las violaciones masivas no solamente de este principio de legalidad, sino también y acaso más de los derechos humanos y de la crutalidad y violencia que deshonra a nuestra época, en ningún caso y por ningún concepto puede uno menospreciar cínicamente estos principios y considerarlos como razonamientos históricos sin actualidad o validez frente a las realidades del mundo de hoy.

Es necesario que vuelva a imperar el espíritu que dió origen a estos principios, lo cual, a no dudarlo, exige una entera dedicación y un fuerte espíritu de lucha.

Debemos hacer notar lo siguiente: La legislación y todo aquello que de ella depende, sólo puede cumplir en forma eficiente la misión que constituya su razón de ser, en tanto que, habida cuenta también de las circunstancias de lugar, la naturaleza de la situación sociológica y el objetivo asignado a la creación del derecho correspondan efectiva

mente al estado de cosas preexistentes que determinó la formación de las leyes ideales.

La ley, esté ideada para desempeñar las funciones de regulador de situaciones y procesos sociales, de tal manera que sólo cuando la ley consigue adaptarse al objeto al que se propone dar forma, puede lograr transformarse en un instrumento de orden verdaderamente valedero.

La ley no debe, por consiguiente, considerarse de ninguna manera como una figura teórica del pensamiento, cuya estructura y naturaleza fueren susceptibles de ser determinadas "a priori" mediante una definición.

Pues bien, aún cuando los problemas políticos, económicos o sociales no deban estudiarse analizándolos desde un punto de vista jurídico, es innegable, que en numerosas regiones del planeta la efectiva aplicación del principio de legalidad depende, en buena parte de tales factores.

El análisis de ciertas situaciones de este género podrá contribuir a la comprensión real de muchos de estos problemas.

La correcta aplicación del principio de legalidad en estos casos se vuelve prácticamente imposible, a menos que las condiciones económicas, permitan asegurar a toda la población un nivel de vida razonablemente estable y suficien-

te.

Y es un hecho reconocido que la lentitud y, en muchos aspectos, la insuficiencia de las realizaciones del órgano-jurisdiccional, insuficiencia que se hace patente en la distancia que separa a los textos legales de su aplicación en el orden práctico, han dado lugar a un sentimiento vivo de -decepción.

El primer punto que en nuestro concepto es necesario-para resolver el gravísimo problema, radica en afrontar la-realidad y ésta es que los órganos jurisdiccionales penales, se encuentran a menudo abrumados, por procedimientos que en múltiples ocasiones los hace ineficaces para hacer frente a la amplia gama de situaciones que requieren su asistencia.

Estos gravísimos problemas, hacen indispensable que -las eminentes personalidades, sobre quienes recae su respon-sabilidad, luchan incansablemente por el imperio del princi-pio de legalidad y por la defensa de la dignidad y libertad de la persona humana.

Por ideal que parezca el principio de legalidad, no -deja de ser vital para la humanidad.

El respeto no sólo al principio de legalidad, sino a todos los principios rectores del proceso penal, vienen a -constituir la protección en contra de los abusos y la arbi-

que en nuestro Régimen Constitucional, se han dejado precisados con absoluta claridad, en el capítulo de Garantías Individuales los derechos y los deberes del ciudadano.

4.- Una magistratura competente e independiente, libre de toda presión, directa o indirecta.

Reiteramos, por lo que hace a este tema, lo expresado en el capítulo relativo a la Independencia del Poder Judicial.

5.- Debe existir un nuevo concepto de la profesión jurídica.

Se debe ampliar, considerablemente, el concepto clásico de la profesión jurídica y los límites del papel que corresponde al abogado, el cual debe estar consciente de su deber de realizar plenamente su profesión, en el seno de la colectividad con un sentido social del mundo moderno.

Es de fundamental importancia, la enseñanza del derecho con vistas a la formación de juristas capaces de desempeñar plenamente su papel en la transformación de la colectividad a la que pertenecen y que también, y acaso sea esto lo más importante, que estén dispuestos a aceptar tal responsabilidad.

C A P I T U L O X DE LA VERDAD HISTORICA.

ALGUNAS DEFINICIONES DE LA VERDAD.
LA VERDAD HISTORICA.

ERRONEA INTERPRETACION DE LA VER-
DAD Y DE LA VERDAD HISTORICA.

EL CONCEPTO DE VERDAD EN LA FILO-
SOFIA.

NUEVAS RUTAS PARA EL ESTUDIO DE -
LA VERDAD HISTORICA EN EL DERECHO
PROCESAL PENAL.

Hemos referido en éste trabajo, que el objeto principal del proceso penal es la búsqueda de la verdad histórica o real, para que así el juzgador pueda declarar, si el hecho que se le ha planteado es o no delito, y si hay o no, - un responsable del mismo; también apuntamos que los delitos son conductas ilícitas de los hombres, que se encuadran en las descripciones hechas por el legislador, llamadas tipos penales. En tal razón, consideremos que el delito pertenece tanto al mundo fáctico, como al mundo teórico, al mundo de los hechos, y al mundo del derecho. En el proceso el fin -- fundamental es encontrar la verdad histórica o real, de ---

aquél hecho que se supone está tipificado como delito. Tras esa verdad habrán de ir los sujetos procesales (defensor, - Ministerio Público y Juez). Por ello es insoslayable hacer algunas consideraciones sobre lo que hemos de entender por esa verdad que ha servido de inquietud para consolidar la - Justicia.

ALGUNAS DEFINICIONES DE LA VERDAD. LA VERDAD HISTORICA.

Existen diversas definiciones de verdad, unas tan abstractas que se diluyen en los horizontes ilimitados de su - significación, verbigracia: la verdad es la "verificación - de nuestros pensamientos en la realidad". También se define a la verdad como "la comunión entre el intelecto y la realidad".

Generalmente, en Derecho Penal se ha considerado a la verdad en tres aspectos: histórica, real o material y formal.

Verdad Histórica es "aquella que procuramos obtener - siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio".

Verdad real o material es "la que se fija en el pensa

miento del juez como certeza y como consecuencia de la libre apreciación..."

Verdad formal: "... otras veces el hombre se fija en las analogías o los fenómenos, y con ellos crea fórmulas -- (leyes científicas, sociológicas, jurídicas), con las que cree determinar la realidad".

Sobre la realidad, Rivera Silva acertadamente señala: "como la realidad es un término equívoco, urge aclarar las dos principales formas que puede connotar y que a su vez -- originan dos clases de verdades, la primera, que se puede calificar de histórica, y qué se refiere a la realidad real y que se caracteriza como señala Rickert, por su continuidad y su heterogeneidad..." La segunda, la verdad formal, - el pensamiento creado por el hombre, de manera convencional.

ERRONEA INTERPRETACION DE LA VERDAD Y DE LA VERDAD HISTORICA.

La ingenuidad, el subjetivismo y el relativismo se -- han traducido en una fórmula hasta cierto punto sencilla: - la de la apreciación personal y distinta de la verdad, según la cual a cada ser humano corresponde una imagen de la realidad circundante; pues como decía el poeta: "En esta vida, no hay verdad ni mentira, pues, todo es según el color-

del cristal con que se mira".

Así, tenemos que cualesquier objeto cercano a nosotros, y por ende, integrante de nuestra realidad, será cualificado de acuerdo al criterio que se ocupe de dicha labor, pudiendo perfectamente, constituir un concepto diferente en cada persona que lo observe.

Esta verdad de cada uno, no deja de serlo por la aparente diferencia que exista entre los que la sustenten, --- aún cuando se trate de un determinado objeto. La verdad, se gún este concepto, es una manifestación de carácter puramente subjetivo, por ello, la verdad histórica absoluta no --- existe, y el hombre sintiendo su impotencia para llevar al intelecto la plenitud histórica, se ha contentado con captar frangas de ella; constituyendo éstas, lo que se conoce por verdad histórica, de donde podemos concluir, que la verdad histórica es, la comunión que existe entre el intelecto y una franja de la realidad que se ofrece sin deformación - de ninguna especie.

De lo anterior podríamos hacer una figura que nos llevara objetivamente a expresar este pensamiento de la verdad, diciendo, que se asemeja a un hermoso diamante que se encuentra sobre una montaña, y éste, de mil aristas, correspondiendo a cada una de ellas, una franja de realidad; que-

destella hermosa luz que cautiva a los hombres que quieren alcanzar la verdad, pero éstos, faltos de recursos, sin alas para poder llegar velozmente a ese hermoso objeto, se conforman con llegar a él por los tortuosos y cansados caminos del procedimiento penal.

EL CONCEPTO DE LA VERDAD EN LA FILOSOFIA.

El problema de la verdad en la historia de la filosofía, es viejo de siglos. Desde Heráclito y Parménides, los sofistas, Sócrates, Platón y Aristóteles, hasta los filósofos contemporáneos, la verdad es un concepto fundamental de investigación.

Todavía pervive en las ciencias penales el concepto escolástico-aristotélico de veritas est adecuatio rei et intellectus, la verdad es la adecuación del intelecto a las cosas; empero, la filosofía contemporánea es riquísima en nuevas concepciones, que muchas veces ignoran los penalistas.

Entre las escuelas lógicas y epistemológicas influyentes en el siglo XX, además del idealismo crítico, se encuentran el pragmatismo, el marxismo-leninismo, la fenomenología y el empirismo lógico.

Para el idealismo crítico (Renouvier, Cohen, Natorp,-

Cassirer, Rickert, Dilthey, Windelband) la verdad es un conjunto de pensamientos concebidos, integrados, conforme a las leyes lógicas (identidad, no contradicción, tercero excluido, razón suficiente), ésto es, la verdad es la legalidad lógica, o bien, todo pensamiento con razón suficiente.

Según el pragmatismo (James, Dewey...) el criterio de verdad se cifra en todo aquello que fomente la vida, ésto es, verdaderos son aquellos pensamientos o acciones que por su utilidad práctica e inmediata contribuyan a incrementar la cultura humana y a ser útiles. (1)

Para el marxismo-leninismo, la verdad es un reflejo de la materia en el pensamiento. O como dice M.M. Rosental: "La generalización de la historia del pensamiento, del lenguaje, de las ciencias particulares permite afirmar que, en virtud de la unidad entre lo histórico y lo lógico, el camino de la cognición de la verdad objetiva es el del movimiento que va de la contemplación sensorial de las cosas a la formación de abstracciones sobre la base del hacer práctico, de la actividad práctica de las personas, y que sólo este modo de concebir el proceso cognoscitivo corresponde a las leyes realmente objetivas del pensar". (2)

La fenomenología, en punto a la verdad, sostiene un intuicionismo teorético, que a través del método fenomenológico

-
- (1). F. Larroyo. Sistema e Historia del Pensamiento Filosófico, colaboración de Edmundo Escobar, Porrúa, 1968.
 - (2). M. M. Rosental: Principios de lógica dialéctica, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1965. Pág. 221.

gico llega a la reflexión fenomenológica o intuición de las esencias de los fenómenos.

El empirismo lógico, en voz de Tarski, declara que -- "una frase es verdadera si es satisfecha por todos los objetos (objetos constituidos por el conocimiento), y falsa en el caso contrario". (3)

De las doctrinas contemporáneas de la verdad, los penalistas no deben estar separados. Considerar los problemas todos del procedimiento penal, por ejemplo, o considerar y reconsiderar los fundamentos a la luz de los criterios vigentes en la lógica de la ciencia. De no ser así, las ciencias penales y en particular el Derecho de procedimientos, acabarán por ser obsoletos y anquilosados.

NUEVAS RUTAS PARA EL ESTUDIO DE LA VERDAD HISTORICA-- EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.

De todo lo dicho se desprende la necesidad de abordar aquí, el problema de las nuevas rutas para estudiar la verdad histórica en el Derecho y en el Derecho Procesal Penal. Desde luego, la fuente primordial será la filosofía, quien establece las pautas de la legalidad de todo el pensamiento. En segundo término habrá de abordarse el estudio de los supuestos y fundamentos actuales de la Historia, por ser la -

(3). Tarski, La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica científica. 1944.

ciencia de la que se pueden tomar las más valiosas enseñanzas de su evolución y proyecciones. En tercer lugar, el penalista no debe cerrarse ante las nuevas rutas de la investigación como son la cibernética y la informática.

a) Las investigaciones filosóficas.

Dentro de las investigaciones filosóficas, las nuevas aportaciones de la lógica son las que más importan al Derecho. La lógica, en su condición de ciencia auxiliar -especialmente de las ciencias deductivas-, deberá considerarse como un sistema de reglas de inferencia, y no como un montón de recetas. En la lógica actual y futura "es posible manejar cualquier cálculo como una especie de juego combinatorio, o sea, con la mera intención de ver qué sale, y haciéndolo así se puede aprender mucho acerca de las conexiones entre los =teoremas= del cálculo. Pero, en general, todo el mundo se interesará por cálculos cuyos teoremas y reglas básicos puedan reconocerse o admitirse de algún modo. Lo cual puede significar lo siguiente: cualquiera que sea la significación posible de los signos o las expresiones, no consideramos más interpretaciones que aquéllas con las cuales -- los teoremas básicos y las reglas básicas tengan validez. -- Una vez aceptados esos elementos, hay que admitir también -- todos los teoremas o proposiciones demostrables, porque la-

aplicación concreta de las reglas es siempre controlable. - Esta es la forma más común de presentar teorías en las cuales aparezcan modalidades (como necesario, posible) en forma de conceptos definibles básicos." (4) Los lógicos que -- hay que estudiar hoy día son Boole, Schröder, Peirce, Frege, Peano, Whitehead, Russell, Waismann, Quine, Popper, Pap, y otros.

b) Las investigaciones históricas.

Croce, Collingwood, Toynbee, Gardiner... son los teóricos de la ciencia histórica que pueden inspirar los estudios de la verdad histórica del Derecho. Para estos autores, "Al igual que el ingeniero y el arquitecto, el historiador se ocupa de reconstruir situaciones particulares en el pasado". Y este trabajo de reconstrucción del pasado, como ya - hemos dicho anteriormente, es también labor del juez, la de fensa y el proceso, en Derecho.

El proceso, como la Historia, tiene que ver primor--- dialmente con seres humanos y con lo que estos han hecho. - El futuro es viable en el proceso penal, para llegar a una cabal verdad histórica, combinar los dos métodos que usan - los historiadores: el de "causa y efecto" y el de "intencio nes y planes", es decir, el causal y el teleológico.

En resumen: No debemos pensar que "el historiador tra

(4). G. Hasenjaeger. Conceptos y problemas de la lógica moderna. B. U. L., 1968.

ta con entidades raras, regadas por el mundo o extraídas de las intrincadas selvas del pasado. El mundo es uno, y diversas las formas que usamos para hablar de él. Y el hecho de que en algunos casos decidamos describirlo en una forma y no en otra es contingente según nuestros propósitos". (5)

c) La cibernética y la informática.

La ciencia de la conducción se llama actualmente a la cibernética. En ella la ciencia actual cifra sus metas tecnológicas, su seguridad y precisión para el futuro. Para el proceso penal la cibernética prestará superlativos servicios en cuanto se la considere y use como "la teoría de las posibilidades de función de sistemas informacionales haciendo abstracción de sus peculiaridades físicas, fisiológicas o psicológicas; además, (como) concretización de esta teoría abstracta en unos sistemas dados, que pueden designarse como físicos, fisiológicos o psicológicos; y finalmente, la realización planificada de tales sistemas para el cumplimiento de determinados objetivos." (6)

Sistema informacional se llama en cibernética, el sistema que recoge noticias, las elabora o las trasmite, ya en el tiempo, ya en el espacio. La informática "desde el punto de vista físico, recurre a la utilización de ciertos instrumentos que aseguran el tratamiento de numerosas informacio-

-
- (5). Patrick Gardiner. La naturaleza de la explicación histórica. UNAM, 1961.
(6). H. Franck. Cibernética, un puente entre las ciencias, Zeus, Barcelona, 1966.

nes, para devolver, a partir de éstas -y de las que existen memorizadas-, informaciones elaboradas, tal como se transforman materias primas en productos elaborados.

"El conjunto físico de los instrumentos necesarios para efectuar un tratamiento dado, constituye lo que se denomina un sistema informático.

"El caso sencillo que permite aislar el sistema informático es aquél en el cual las informaciones de entrada se transmiten directamente a partir de un teclado, y las informaciones elaboradas de salida se devuelven en forma impresa. El sistema informático comprende, en este caso el conjunto de instrumentos utilizados para obtener este resultado: teclado de registro, ordenador electrónico, cintas magnéticas o cilindros, programas de instrucciones, impresores"

(7)

Estos sistemas, sin duda, pueden auxiliar a las instituciones judiciales y jurisprudenciales. Los archivos de nuestros tribunales serán vaciados a memorias de computadoras, y, programaciones y sistemas de decisiones, ayudarán a los jueces de concebir y realizar la justicia. Los sistemas cibernéticos e informáticos en especial, serán los mejores instrumentos técnicos auxiliares de las Instituciones de Derecho.

(7). Pierre Lhermitte. La Informática, Oikos-Tau, Barcelona 1968. Pág. 19 y sig.

CONCLUSIONES: -

P R I M E R A: Siendo, fundamentalmente, el Derecho -
Procesal Penal de carácter instrumental, su esencia se local
liza en los postulados del Derecho Penal, al que tiene por-
objeto dinamizar.

Más sin embargo, dado el contenido técnico de ésta --
disciplina, acertadamente se le ha ubicado como rama inde--
pendiente dentro de las Ciencias Penales.

La armoniosidad del Derecho en general, provoca la ín
tima congruencia entre éstas dos ramas del Derecho Público-
interno (Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo); pero para --
efectos de análisis teórico, sus objetos generantes los dis
tinguen entre sí.

El Derecho Penal tiene como principal objeto, salvaguardar el orden social mediante la catalogación de las conductas (tipos) que en un momento dado pueden hacerlo peligrar. El Derecho Procesal Penal por su parte, tiene como objeto, reglamentar en forma justa y humana, a todas aquellas actividades de carácter legal, encaminadas a buscar la verdad histórica de un hecho que se presume delictuoso y que se encuadra en las citadas catalogaciones de orden jurídico.

En tal razón, y, desde nuestro particular punto de vista, el Derecho Procesal Penal es la rama del Derecho Público interno, relativa a las normas que permiten la aplicación del Derecho Penal Sustantivo, haciéndolo actual, útil y dinámico.

S E G U N D A: El respeto a la dignidad humana y al interés colectivo, son los ejes principales sobre los que gira la institución fundamental de ésta disciplina, o sea, el Derecho del Procedimiento Penal. Institución creada con base en principios de orden técnico, mismos que devienen de la evolución lógica de las necesidades humanas.

Para el procesalista mexicano, gran orgullo es constatar en la historia jurídica de nuestro país, la marcada preocupación del legislador por mantener en alto, el respeto a los valores humanos en todos sus órdenes.

Nuestros actuales ordenamientos procesales de la materia, son fiel reflejo de nuestras más ancestrales instituciones legales, modificadas y ampliadas conforme al desarrollo nacional, aún cuando son ya un material de urgente y necesaria modificación, por no estar acordes a la situación de hecho que actualmente prevalece.

Desde una posición puramente formal, consideramos que la historia legislativa de esta materia, en nuestro país, se inicia con la promulgación del Código de Procedimientos Penales de 1880, continuándose con el de 1894, el de 1908, el efímero de 1929, y, los vigentes de 1931 (del Fuero Común) y 1934 (en lo Federal); en los que se aprecia claramente el desvelo legislativo por lograr la eficaz aplicación de las normas penales sustantivas y, el más absoluto respeto a la integridad, tanto física como moral, del procesado; sin descuidar desde luego, la congruencia, aplicabilidad e integridad de las actividades legales encaminadas a buscar la verdad histórica en todo proceso penal.

T E R C E R A: No teniendo en mente más que la sola idea de la Justicia, consideramos pertinente esbozar aquí, algunas de las múltiples inquietudes que la vida académica y profesional ha sembrado en nosotros:

El Derecho del Procedimiento Penal tiene como función

fundamental dinamizar el contenido del Derecho Penal Sustantivo, mediante la aplicación de sus preceptos; pero esto, a nivel de hecho, es defectuoso, y no puede lograrse plenamente la finalidad perseguida.

Una imagen: El Procedimiento Penal, son los pies con que habrá de caminar el Derecho Punitivo material; sucediendo consecuentemente, que no habrá ningún movimiento cuando éstas extremidades se encuentran reumáticas, enfermas, cansadas.

La sanidad de estos analógicos miembros motores, significa en consecuencia el movimiento perfecto deseado, y esto será la observancia de los principios rectores del Proceso Penal (Legalidad).

C U A R T A: Ahora bien, para que el sistema procedimental pueda cumplir con su finalidad dinamizadora, indispensable es determinar la clase de acción legal que le compete. La acción penal propiamente dicha, es la actividad -- que nace con el delito, y que adquiere carácter procedimental, cuando la misma es ejercitada por el Representante Social.

En consecuencia, y aún cuando ésta figure jurídica -- aparentemente es una sola, creemos que en realidad se trate de dos, técnicamente distintas: la acción penal y la acción

procesal penal. La primera constituye el derecho que la Sociedad en general tiene, como resultante de la perpetración de un ilícito penal, en contra del sujeto activo del mismo. La acción procesal penal constituye la manifestación fáctica de ese derecho ante la autoridad competente, pudiendo de finirla, en consecuencia, como el conjunto de actividades - realizadas por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar que el hecho que se le plantea, es o no delictuoso y si hay o no un sujeto responsable.

La caracterización técnica indispensable a esta figura procedimental, se localiza en el conjunto de los siguientes principios: publicidad, indivisibilidad, irrevocabilidad, oficiosidad y verdad real o histórica.

Q U I N T A: Determinada la actividad generadora del proceso penal, corresponde hacer el análisis del mismo, de acuerdo a los principios técnico-legales que lo rigen.

En primer término debemos referirnos al denominado -- principio de legalidad, que es sobre el que verdaderamente descansa toda la estructura de la institución de referencia; y que consiste en la exacta aplicación de la norma al caso concreto.

A nuestro modo de ver, la legalidad tiene dos aspec--

tos fundamentales: el primero, la creación de normas justas y adecuadas a las necesidades del conglomerado social, y el segundo, la correcta aplicación de las mismas a los casos concretos.

La legalidad en última instancia, viene a ser la Justicia, la equidad, por la que los hombres desde sus más remotos orígenes, han luchado por alcanzar para llegar a la convivencia perfecta.

Nuestro sistema legal, por ser estricto, descansa absolutamente en este principio: no hay delito ni pena, sin ley.

Este triunfo grandioso de nuestras instituciones, a nuestro modo de ver, no ha llegado todavía a su máxima expresión en lo que toca a su aplicación material, pues, aún cuando dentro del terreno normativo toda obra está indefectiblemente condenada a la imperfección por causa de la lógica evolución humana; sin embargo, creemos que la perfectibilidad puede lograrse si concretamos tan sólo el problema a nuestro momento actual, y para ello es indispensable la cooperación de todos los sujetos que conforman a nuestro grupo social.

Una opinión pública madura, consciente y bien informada; una prensa libre de presiones y prejuicios; una mayor -

integridad de las personas que ocupan puestos públicos; un mayor sentido general del deber y del derecho, es lo único que puede lograr que la legalidad en nuestro país deje de ser motivo de discusión y de duda. La legalidad es el único medio con que el hombre cuenta para librarse de la arbitrariedad y de la injusticia.

Legalidad no es un ideal inalcanzable, es una realidad cercana a nuestras menas; uniendo nuestro esfuerzo podremos encontrarle para el beneficio común.

S E X T A: El principio de defensa surge de la oposición ancestral del débil ante el fuerte. La defensa deviene de la justicia misma, es la equiparación de valores originalmente distintos, es, en síntesis, la protección material del desvalido frente al poderoso a fin de igualar las fuerzas, en la lucha por la razón.

En el Proceso Penal, del Estado Moderno, no podía faltar "el principio de defensa". Desafortunadamente no siempre se presenta tal cual su naturaleza exige, pues en el ámbito nacional, aún cuando la Constitución Política señala acertadamente a la defensa como un derecho ciudadano, en el procedimiento penal, específicamente en la fase de la averiguación previa, encontramos que dicho derecho se encuentra sumamente restringido. Para ser más exactos, no se res-

peta en lo más mínimo provando en consecuencia, la indefensión del ciudadano.

Hay quien pretende encontrar justificante a la mencionada situación; en nuestro concepto no existe ninguna. El ciudadano tiene absoluto derecho a ser asistido de los servicios de un especialista de la materia (abogado), desde el momento en que es privado de su libertad.

La comunicación, considerada en su sentido estricto, es y debe ser uno de los principales fundamentos del principio de defensa jurídica; comunicación del inculcado respecto a su abogado, familiares, amigos, etc., desde el momento en que se ve privado de su libertad. Comunicación del inculcado para su abogado en cualesquier fase del procedimiento.

El defensor, en consecuencia, debe tener facilidad absoluta de intervenir en las actuaciones en cumplimiento de su cargo, para dar seguridad a lo actuado por el propio órgano investigador y en su caso, del jurisdiccional.

S E P T I M A: Por lo que toca al órgano jurisdiccional, existe un principio importantísimo para el buen funcionamiento del mismo; que es el de independencia.

El principio de independencia, como su nombre indica, consiste en la no sujeción del Juez o del Magistrado a instituciones o elementos extraños a su cargo, es decir, la in

dependencia de estos funcionarios respecto a nexos de carácter político, religioso o de otra índole.

El mejor medio para lograr esta independencia del órgano jurisdiccional, a nuestro criterio, consiste en terminar con la ingerencia política o económica de determinados funcionarios sobre todo en el momento de los nombramientos.

Los cargos jurisdiccionales deben ser adquiridos por méritos propios, y mediante concursos. En el cuerpo del presente trabajo presentamos un proyecto relativo a esta idea.

O C T A V A: En el Proceso Penal, el Juez, es un historiador, pero de la pequeña historia de los hechos tristes del hombre que constituyen el delito; que precisamente por ser tristes y vergonzosos, el hombre trata de encubrirlos, ocultarlos o modificarlos. Precisamente el objeto del proceso penal es descubrir la verdad real o histórica de esos hechos. A efecto de que el juez pueda decir el derecho, se debe integrar en lo posible, esa franja de la historia al través del único vehículo que son los medios de prueba. La labor del juzgador es reconstruir con esos elementos, la historia, para poder decir la verdad real; por ello, el proceso debe estar inspirado fundamentalmente en un principio de certeza de verdad. Esa verdad a que nos referimos es dictada por el juzgador, en la sentencia.

Debemos señalar que el órgano jurisdiccional debe observar el principio de obligatoriedad, que quiere decir, que no es a su capricho el declarar el derecho, sino que está obligado a declararlo.

N O V E N A: Otro de los principios que deben regir - la técnica del proceso penal, es el de Indisponibilidad, ésto es, que no se puede disponer del proceso a capricho de las partes, ni el órgano jurisdiccional puede renunciar al poder de procurar el castigo, ni resolver otra cosa que no esté establecida en autos, en nuestra legislación es una garantía para el imputado, el hecho de que el proceso se siga por el delito que se señale en el auto de formal prisión, - pues si éste se ha dictado por robo, no podría condenarse - por un delito diferente como el de rapto o violación, pues - si se admitiera, se dejaría en estado de indefensión al imputado.

D E C I M A: Principio también básico y rector del -- proceso penal, es el de la inmutabilidad del objeto del proceso, refiriéndose éste a que una vez incoado el proceso no puede tener solución distinta que la sentencia, pues las partes carecen de poder para desviar este objetivo; por ello, - resulta criticable que en nuestra legislación existan delitos privados que son aquellos que para su persecución es ne

cesario observar el requisito de procedibilidad de la quere
lla, y, por lo mismo se admite el perdón que extingue la --
acción penal; pues todo ilícito quebranta el orden social y
por lo tanto es de carácter público y no privado. Por otra-
parte, hemos señalado en este trabajo, que la acción penal-
es de carácter público, resultando también inadecuado, que-
en nuestra legislación se permita al Ministerio Público de-
sistirse de la acción penal en menoscabo del respeto que me
rece el órgano jurisdiccional, ya que ejercitada la acción-
penal, sólo a éste corresponde declarar el derecho.

DECIMA PRIMERA: Es importante señalar que en apoyo a-
la importancia que ha tenido, tiene y tendrá esta discipli-
na del Derecho Adjetivo, lo es la preocupación de los juris
tas de todo el orbe, ésto quedó de manifiesto al celebrarse
el Quinto Congreso de Derecho Procesal en la Ciudad de Méxi-
co, en el que se presentaron importantísimas ponencias so--
bre la garantía de los derechos humanos; concluyéndose en -
que el instrumento indispensable para la Justicia, es preci-
samente, el Derecho del Procedimiento. En el mismo evento,-
se dictaron una serie de conferencias sobre los principios-
de oralidad en el proceso, en las que se dijo que es inapla-
zable que el juzgador esté lo más cerca posible de las fuen
tes de conocimiento para formar su convicción, y que éste -

principio trae como consecuencia la observancia de otros -- más, como es, la concentración, contradicción e inmediatividad; cada uno de ellos fundamentales para alcanzar los objetivos del proceso penal.

DECIMA SEGUNDA: En lo teórico, el Derecho Penal y el Derecho de Procedimientos Penales, hoy día reclama estudios altamente calificados que lo adecuen a las nuevas doctrinas filosóficas y científicas que toman cada día carta de naturaleza en las universidades y centros de investigación, y que explican y fundamentan los nuevos hechos sociales, naturales e históricos, que vive la humanidad con el desarrollo de la propia ciencia, de la tecnología y los nuevos problemas demográficos y políticos.

DECIMA TERCERA: En lo práctico, así como la vestimenta de un niño no es útil ni adecuada al mismo cuando adulto, por más composturas que se le haga; así nuestra actual-codificación procesal de la materia, ha dejado de tener eficacia, lamentablemente, en muchos de sus postulados, por la lógica e inevitable evolución de las necesidades sociales y políticas de nuestro país.

Urge, en consecuencia, una nueva codificación procesal, que supla la vigente. Una codificación fundada en los progresos técnico-jurídicos existentes, en el respeto a los

preceptos constitucionales, y, en el respeto a la integri--
dad física, moral e intelectual de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Síntesis del Derecho Procesal. Impresiones de la UNAM.
- ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General. Unión Tipográfica. Editorial Hispano-Americana.-UTHA. Argentina, Buenos Aires.
- AZUELA, SALVADOR. Apuntes de Derecho Constitucional.
- BECCARIA, César. Tratado de los delitos y de las penas. --- (dei delitti e delle pena). Editorial José M. Cajica-Jr., S.A. México-Buenos Aires.
- BELING, Ernesto. Derecho Procesal Penal. Traducción de Miguel Fenech. Editorial Labor, S.A., 1943.
- BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Editorial-Temis, Bogotá, 1965.
- CARNELUTTI, Francesco. Como se hace un proceso. Ediciones - Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- CARNELUTTI, Francesco. Cuestiones sobre el Proceso Penal. - Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires

- CARNELUTTI, Francesco. Las Miserias del Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. -- México, 1971.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal, - T. I, Buenos Aires, Argentina, 1960.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A.-- México, 1970.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. T. I, Octava Edición.
- CHAVERO, Alfredo.
- DIAZ DE LEON SAGAON, Marco Antonio. Ensayo sobre la Acción Penal.
- FENECH, Miguel. El Proceso Penal. José Ma. Bosch. Editorial Barcelona.
- FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Traducción y Referencia al Derecho Español por L. Prieto Castro. Casa Editorial Urgel 51 Bis. Barcelona.
- FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1946.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Doctor en Derecho.
- GARDINER, Patrick. La naturaleza de la explicación histórica. UNAM, 1961.
- GILES, F. T. El Derecho Penal Inglés y su Procedimiento. Traducción de Enrique Jerdí. Editorial Bosch.
- GOLDSCHMIDT, James. Principios Generales del Proceso. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- GOMEZ ORBANEYRA, Comentarios. Vol. VI, citado por Jesús - Saez Jiménez
-

- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1967.
- H., Franck. Cibernética. Un puente entre las ciencias. Zeus Barcelona, 1966.
- HASENJAEGER G. Conceptos y problemas de la lógica moderna.- B.U.L. 1968.
- JIMENEZ DE ASENJO, ENRIQUE. Derecho Procesal Penal.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Editorial A. --- Beelo, Caracas.
- LARROYO, F. Sistema e Historia del Pensamiento Filosófico, - colaboración de Edmundo Escobar, Porrúa, 1968.
- LHERMITTE, Pierre. La Informática. Oikos-Tau, Barcelona, -- 1968.
- LENIN, Vladimir Ilich. Obras escogidas en tres tomos. Editorial Progreso. Moscú.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. T. I. Editorial Temis, - Bogotá, 1954.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. T. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1951
- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. T. I. 1946, 1955.
- MIMENZA, Ricardo. La Civilización Maya. Enciclopedia Gráfica. México, 1929.
- MORLEY, Sylvanus G. La Civilización Maya. Fondo de Cultura-Económica. México - Buenos Aires.
- PESSINA, Elementos de Derecho Penal. Madrid, 1892.
- PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa S.A. México, 1971.
-

PETIT, Eugene.

PIÑA Y PALACIOS, Javier. Derecho Procesal Penal. México, --
1948.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa, S.A. México, 1967.

ROCCO, Ugo. Derecho Procesal Civil. Traducción del Licenciado Felipe de J. Tena. Editorial Porrúa, S.A. México, --
1939.

ROSENTAL, M. M. Principios de lógica dialéctica, Ediciones-Pueblos Unidos, Montevideo, 1965.

RUZ LHUILHIER, Alberto. La Civilización de los antiguos Mayas. Instituto Nacional de Antropología e Historia. - México, 1963.

SAEZ JIMENEZ, Jesús y Epifanio López Fernández. Compendio - de Derecho Procesal Civil y Penal. Tomo IV. Volumen - I.

SEPULVEDA, Lic. César. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, S.A. México, 1964.

TARSKI, La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica científica. 1944.

TRANSCRITA por Ch. Seignobos y A. Metin en su obra Historia Universal. Editorial Nacional S. de R. L. México, D.-F. 1956. T. X

THOMPSON, J. Eric. La Civilización de los Mayas. Publicaciones del Departamento de Bibliotecas. Secretaría de -- Educación Pública. México, 1936.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1926. T. I.

MEXICO A TRAVES DE LOS SIGLOS. T. I. Vol. I. Historia Antigua y de la Conquista. Justo Sierra 7-201. México, D.F.

DERECHO PRECOLONIAL. Editorial Porrúa, S.A. México, 1937.

EL DERECHO DE LOS AZTECAS. Revista Jurídica de la Escuela - Libre de Derecho.

LA LEY PENAL EN MEXICO de 1810 a 1910. México, 1911.

DICCIONARIO PORRUA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. México, 1969.

LIBROS SAGRADOS DE ORIENTE. Editorial Nueva España, S. A. - México, D. F.

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Transcritos en - la obra del Maestro César Sepúlveda.

CODIGO PENAL TIPO. 1963. Memoria 1958-1964. Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales. México, 1964.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, 1931.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 1934.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. 1931

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 1917