

LEONARDO CHACON PEREZ

**ENSAYO SOBRE LA ACCION
EN EL DERECHO PROCESAL PENAL**

TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

MEXICO 1969.



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.

FE DE ERRATAS MAS NOTABLES

Página

- 8 En la undécima línea de la página ocho, dice: Primarios Estructurales, debe decir: Primarios Estructurantes.
- 21 En la octava línea de la página veintiuno, dice: esté obligada a prestación, debe decir: esté obligada a la prestación.
- 25 En la última línea del segundo párrafo de la página veinticinco, dice: del Derecho petición, debe decir: del Derecho de Petición.
- 28 En la segunda línea del segundo párrafo de la página veintiocho, dice: desdoblándose en una serie, debe decir: desdóblanse en una serie.
- 30 En la segunda línea del segundo párrafo de la página treinta, dice: Por último el de la individualidad, debe decir: Por último el de la indivisibilidad.
- 42 En el segundo renglón del penúltimo párrafo de la página cuarenta y dos, dice: habla de acción penal, debe decir: habla de Acción Procesal Penal.
- 90 En el título del último párrafo de la página noventa, dice: Facultad de Perdonar al Ofendido, debe decir: Facultad de Perdonar del Ofendido.
- 93 En la cuarta línea del último párrafo de la página noventa y tres, dice: e impuesta la acción por sentencia, debe decir: e impuesta la sanción por sentencia.

INTRODUCCION

Toda ciencia tiende a generalizar sus conceptos para explicar en la forma más completa, precisa y concisa su objeto de estudio, habiéndose establecido en la casi totalidad de las ciencias una serie de conceptos que se han considerado fundamentales, a priori e inmutables. Pero, en esta era de transformación de las instituciones e ideas: Políticas, económicas, filosóficas, sociales en general, en la que todas las ciencias presentan un movimiento de revisión de sus conceptos fundamentales tradicionales, despertándose hoy en las distintas disciplinas tendencias a poner la investigación sobre nuevos fundamentos que se van estableciendo no ya en el sentido dogmático, sino por el contrario, con una autocrítica radical que reconoce, que el proceso de desenvolvimiento del conocimiento camina lentamente en el intrincado bosque de culturas rudimentarias, de conocimientos inciertos e inseguros, y que la inaplazable lucha ideológica de nuestros días, nos coloca en una situación muy comprometida, la ciencia del Derecho, no podía escapar a tal movimiento y transformación.¹

En el presente ensayo se ha intentado en relación con uno de los objetos considerados tradicionalmente como materia exclusiva del llamado proceso judicial, a saber la "acción", previa una exposición resumida de la evolución doctrinaria que la misma ha presentado en la materia civil y penal, por ser la primera en la que más se ha estudiado y la segunda por lo específico del rubro del presente, tanto en el ámbito de la doctrina extranjera como en la de los teóricos connacionales y abordando enseguida el estudio crítico de nuestra legislación en materia Penal limitándonos a la Común del Distrito y Territorios Federales y a la Federal, iniciando el mismo con una breve referencia a la legis-

¹ Serra Rojas A.: Teoría General del Estado. Edit. Porrúa, S. A. 1964. Prólogo a la misma, Pág. 9.

lación civil y al antecedente constitucional necesario, pasar a esbozar una filosofía jurídica distinta dentro de la cual se ubica a la acción dentro del plano de la teoría General del Derecho y de la filosofía jurídica, y para la conclusión del presente ensayo nos avocamos a delinear igualmente una teoría general del tema materia del mismo, tomando las ideas expuestas en capítulos anteriores y las exigencias de la vida práctica, que en ningún momento se desconocen, limitándonos dentro de la inmensa problemática que se muestra encerrada en la "acción" como integrante de uno de los Elementos Ontológicos Primarios Estructurales del Derecho, a la problemática tradicional de la acción en el Derecho Procesal Penal, destacando que al considerársele dentro de un orden jurídico Positivo determinado, se diversifica y relativiza en su reglamentación y realización, adquiriendo por ello calificativos accidentales derivados de las clasificaciones tradicionales y contingentes del Derecho Positivo y las doctrinas de contenido ideológico que sobre él se han elaborado para justificar, sustituir o simplemente derrivar el orden que impone. Resta decir que lo sustentado en el presente ensayo, como todo conocimiento, se pone en tela de juicio y en la mesa de la discusión, pero con la firme idea de pugnar con los medios que tenemos a nuestro alcance, por una ciencia del Derecho cada día superior.

C A P I T U L O P R I M E R O

TRAYECTORIA DOCTRINARIA DE LA ACCION

- A) Consideraciones Preliminares; Evolución Doctrinaria.
 - B) Referencia a la Doctrina Mexicana Civilista.
 - C) Doctrina Extranjera Sobre la Acción Penal.
 - D) Doctrina Mexicana Sobre la Acción Penal.
- Citas Bibliográficas del Capítulo.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La acción ha sido considerada como uno de los problemas más complejos del Derecho; primero del Derecho Substancial, posteriormente del Derecho Procesal y en la actualidad, del Derecho en General, porque se enraiza indudablemente en el más vasto terreno de la ciencia del Derecho y de la Filosofía Jurídica.¹

Diferentes significados y Sentidos de la "Acción"

Sentido Común y Literal.

Etimológicamente, Acción proviene del verbo latino *Ago-is-Agere-* obrar, hacer, tratar,² concepción íntimamente ligada a la gramatical, según la cual, acción significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin,³ la cual corresponde al sentido común de la misma, en el traduce o expresa la existencia de un estado dinámico o movimiento, un obrar físico.⁴ Por último el Diccionario de la lengua Española nos señala la acción como el ejercicio de una potencia; Batalla Militar; postura, ademán; efecto de hacer; Fam. Posibilidad de hacer y especialmente de acometer o de defenderse, etc., de donde se deriva la relatividad del concepto, acción en su sentido común no jurídico.⁵

Sentido Científico Jurídico y Diversas Acepciones Jurídicas

La acción tiene distintos y diferentes significados, no sólo en su sentido común o general, como ya se ha visto, sino también dentro del ámbito científico jurídico. Entre los profesionales del Derecho y en la práctica forense nos encontramos con la acción como el título representativo de una cuota o parte de

capital en algunas sociedades comerciales; la acción como la demanda misma; como el acto jurídico procesal que incoa el proceso; acción como la existencia de un Derecho Subjetivo privado hecho valer en la demanda,⁶ etc., acepciones estas últimas que aquí estudiaremos, al exponer las diversas teorías que sobre ella se han elaborado, pues precisamente es la acción considerada en el campo procesal del Derecho, en su acepción técnica jurídica, el tema del presente estudio y a la evolución de la cual pasamos a ocuparnos, para exponer cómo se ha ido determinando su naturaleza y establecido su concepto en las diversas etapas de evolución de la Doctrina Jurídica.

La acepción procesal de la acción en el orden Jurídico

La formulación del concepto jurídico de acción lleva ya ínsita, la idea de un ordenamiento normativo preexistente. Lato sensu, denota un obrar material, un estado de movimiento que, en su origen, ha sido considerado como el único medio idóneo de realización del Derecho, (aprehender, tomar una cosa, agredir a repeler una agresión)⁷ etapa histórica llamada, por la generalidad de los autores, de la Justicia privada o régimen de auto defensa, en el cual el agraviado conviértese en Juez y parte y la solución de los conflictos se reduce a una cuestión de fuerza, encontrándose el Derecho al servicio de aquella. Por esta razón, el poder público empezó a intervenir en las contiendas, a fin de limitar la venganza privada y buscar soluciones objetivas, apareciendo entonces la llamada Ley del Talión, como forma moderada de la venganza. El poder público procuró después desempeñar el papel de árbitro o conciliador y, por último, fue reservando para sí la solución directa del conflicto.⁸

Hablando concretamente de la acción Penal, se ha considerado que en su desarrollo histórico ha pasado por tres períodos: El primero que corresponde a la acusación privada por parte del particular afectado por el delito, (Grecia y Roma) por lo que se dice tenía un carácter esencialmente privado. El segundo que es el de la acusación popular, tiene su origen en Roma en el período de las delaciones. En el feudalismo, los señores fueron los únicos capacitados para ejercitarla y más tarde perteneció

al monarca quien la ejercía por derecho divino. El período de acusación estatal es integrante del Estado Moderno, presentando un carácter esencialmente público.⁹

Resumiendo, la mayoría de los autores parten, para emitir sus consideraciones sobre la "acción", del momento supuesto en que el Estado prohíbe a los particulares el hacerse justicia por mano propia, y asumir él la tutela de sus derechos, arrogándose la jurisdicción y reconociendo en aquellos, consecuentemente, la facultad de requerir su intervención en los casos en que sus derechos sean lesionados, lo cual constituye la "acción",¹⁰ y partiendo más o menos de este mismo supuesto, con ligeras variaciones y admitiéndolo tácita o expresamente, asumen la ardua y previa tarea de examinar las teorías existentes y la problemática labor de construir la suya para resolver el magno pero fecundo problema jurídico contenido en la palabra "acción".

Consideraciones sobre el punto de partida común expuesto

Desde luego que el poder público, en la concepción actual que tenemos de él, no podemos decir que existiera en los tiempos a que se ha hecho referencia. Además, el concepto u opinión general que podría constituir el poder público, estaba de acuerdo y admitía el tipo de justicia por la fuerza física y la auto defensa; prueba de ello es que aún en las organizaciones ya evolucionadas, no sólo se admitía sino que se imponían como prueba de los hechos alegados, los llamados juicios de Dios, a través de las ordalías y el duelo en general, en los que se decía que los dioses ayudarían al que tuviera razón. Y, por ello, el vencedor era el que tenía razón, recibiendo la aprobación general popular, pues los dioses lo habían ayudado a vencer, por lo que resultaba que esas eran conductas legítimas a la luz del orden jurídico de esos tiempos y lugares.¹¹ Continuando la evolución que nos presentan los autores, sostenemos que no es real, sino simplemente supuesta, ya que es sabido que dentro de las organizaciones primitivas, la horda, el clan, la tribu, etc., se rigen por sujetos que hacían las veces de Jefes y Sacerdotes, quienes concentraban en sí todo tipo de facultades disponiendo de los bienes e incluso de las personas que se encontraban sujetas a

ellos; que al organizarse ya en pueblos y ciudades, los antiguos jefes deseando estar unidos, no quieren por ello perder su autoridad y así se crea la organización política al servicio de los ciudadanos que la integran, los que no delegan más derechos que los indispensables.¹² Prueba de lo anterior la encontramos en la formación de Roma en cuyo campo religioso se conservan dos cultos: el de la ciudad y el de cada familia, y el paterfamilias que es a la vez el sumo sacerdote del credo familiar y la suprema autoridad en ella, dispone de los miembros de la familia, los que se encontraban sujetos a él.¹³ Consideramos que estos puntos de partida en análisis no constituyen ni pertenecen a un método lógico jurídico, sino a un método histórico fáctico y por lo mismo al estimársele jurídicamente nos lleva de la mano a la errónea consideración del problema a estudio "de la acción", como algo que nace de la violación de un derecho o incumplimiento de una obligación. En general, como nacida de un acto lesivo, y en consecuencia por más esfuerzos que se hagan no se llegará a establecer su entidad autónoma y mucho menos su esencia jurídica, la que se debe buscar dentro del orden jurídico y no dentro del orden de los hechos o de la mezcla de ambos como hasta ahora se ha hecho. Esperamos determinar con pulcritud el objeto de nuestro estudio y limitarnos al análisis exclusivo de él, independientemente de otros fenómenos, en lo más que sea posible, para evitar confusiones, como son la de confundir el desarrollo mismo del objeto a estudio con los cambios que ha presentado en la persona de su titular.¹⁴

EVOLUCION DOCTRINARIA

Breve Exposición y Análisis de las Teorías sobre la Acción

Ante la imposibilidad práctica de poder consultar a todos los autores incluso a la simple mayoría de los que han escrito sobre la materia, y en general, la de acudir a todas las fuentes doctrinarias de que ella abreva o que de la misma emanan, es por lo que nos dejaremos guiar, en la fase expositiva, por algunos autores de los más renombrados y eminentes en la materia. Hecha esta aclaración pasemos a la exposición y análisis del tema anunciado, lo que nos mostrará la evolución doctrinaria que ha sufrido la acción hasta nuestros tiempos. Siguiendo la

tradición, empezaremos por la Acción en el Derecho Romano, lo que pondrá en evidencia la relatividad del concepto y la función original del mismo, sobre la que se han basado la casi totalidad de las teorías subsecuentes.

La Acción en el Derecho Romano

El concepto de la acción varió en los tres períodos de la evolución histórica del Derecho Romano: En el primero, denominado “De legis Actiones” las llamadas acciones de la ley eran la denominación genérica del conjunto de formalidades que las partes debían cumplir estrictamente y de manera ritual ante el Magistrado, por lo que eran independientes del derecho que se reclamaba, teniendo un sentido político religioso.¹⁵ Aquí vemos cómo la palabra acción respondía realmente al concepto de procedimiento. En el segundo período, llamado de “Procedimiento Formulario”, encontramos la acción como la fórmula que el magistrado acordaba y que investía al Juez de la facultad de condenar o de absolver. Basado en esa consideración y reglamentación de la acción, el Jurisconsulto Celso la definió como el “Jus persequendi in iudicio quod sibi debeat”,¹⁶ es decir como el Derecho de reclamar en justicia —ante él Iudex— lo que nos es debido, pues era el derecho concedido por el magistrado para acudir ante el Juez haciendo valer la fórmula.¹⁷ Lo anterior equivaldría al procedimiento de ejecución de sentencia al que se ocurre una vez que se ha obtenido la resolución judicial sobre el Derecho Alegado, por lo que no responde a la noción actual desde ningún momento ni punto de vista, ya que la acción sería, en las concepciones modernas, el Derecho de acudir al magistrado para obtener la fórmula (los términos de la sentencia). Se ha considerado que en la concepción de la acción en esta etapa también era un Derecho autónomo y distinto del alegado, y que tenía su origen en la fórmula. El tercer período llamado “Extraordinario”, al desaparecer la división de la instancia entre el juez y el magistrado con el procedimiento extraordinario que suprimió la fórmula, y en el que el mismo magistrado a la vez que instruía el proceso dictaba sentencia, la acción pasó a ser elemento del Derecho reclamado y no era ya necesario que el

magistrado la acordara, por lo que dejó de ser un derecho autónomo para confundirse con el Derecho mismo pretendido. Por la razón anterior ya no se preguntaba en dicho período si se tenía derecho a algo sino si se tenía acción para reclamarlo, creándose por ello en el Derecho Romano tres capítulos fundamentales: Los de, las Personas, Cosas y Acciones, existiendo una acción para cada Derecho. La acción quedó definida entonces, en las institutas de Justiniano como “El derecho de perseguir en Juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece” pero con el significado apuntado, abarcando así tanto los derechos personales como los reales.¹⁸

La Acción como Elemento del Derecho.

Los intérpretes Romanistas criticaron la definición de las Institutas y sostuvieron que la acción no era precisamente un derecho, sino el medio por el que se logra obtener lo que se nos debe; así, la acción fue definida como el “medio legítimo para reclamar en juicio los derechos que nos competen”. Posteriormente se discutió no si era un derecho o un medio, sino si debía ser identificada con el derecho material, o si debía considerarse como un derecho autónomo. Los Civilistas sostuvieron que la acción es el mismo Derecho Subjetivo, en su momento dinámico, y los Procesalistas sostenían que era un Derecho Autónomo e Independiente.¹⁹

La Escuela Clásica, basada en el tercer período del Derecho Romano (El Extraordinario), construyó una doctrina civilista expuesta principalmente por Savigny quien estableció que primero era el Derecho, luego la acción, atribuyéndole a ésta una función de garantía. En consecuencia, la acción fue el Derecho que se pone en movimiento, como consecuencia de su violación, es el Derecho en Ejercicio.²⁰ Con fundamento en esta teoría se señalaron los siguientes elementos de la Acción:

1. Un derecho, que la funda y a cuya protección se dirige.
2. Un interés, pues el Derecho es un interés protegido por la ley y si el interés falta la protección desaparece.

3. La calidad, que consiste en que sea el titular del Derecho o su representante quien la ejerce.
4. La capacidad, que es la aptitud para actuar personalmente en juicio.

Se establece con lo anterior una interdependencia entre acción y derecho en virtud de la cual no hay Derecho sin Acción ni Acción sin Derecho y la acción participa por tanto de la naturaleza del Derecho.²¹

A esta postura se le hicieron las siguientes críticas: Que no resolvía todos los problemas que se dan normalmente en el proceso, como son: Los casos de sentencia desestimatoria y las obligaciones naturales y que los llamados elementos de la acción, en ella, no son condiciones para el ejercicio de la misma, sino para obtener una sentencia favorable, con excepción de la capacidad, pues aún sin ellos puede iniciarse el proceso en el cual se determinará si estuvo o no fundada, si hubo o no interés legítimo, etc., con lo que se demostró que la acción procesal funciona independientemente del derecho substancial.²² Por nuestra parte consideramos que respecto del primer elemento, es cierto que es un fundamento jurídico real, pero que la acción al ser esencialmente de validez formal, no lo requiere. En cuanto al segundo, se confunde al Derecho con el Interés en el mismo, y éste por otro lado es ajeno al orden jurídico, pues los derechos y obligaciones son imputables y reconocidos se tenga o no interés en ellos. El tercer elemento tampoco es procedente puesto que es una de las cuestiones a dilucidar en el Proceso. Y, por último, el cuarto es un presupuesto para todo caso, e incluso por ficción legal se supone que el que actúa es el Titular del Derecho y que es capaz, salvo prueba en contrario; por otro lado y éste es fundamental, que uno es el ejercicio de la Acción y otra cosa es la Acción misma.

COVIELLO consideró la acción bajo un doble aspecto: Como un Derecho Material, era la facultad de exigir la intervención del Estado para la defensa de un Derecho, o sea, no era más que el propio Derecho Subjetivo en actividad; y, como derecho formal o procesal la confunde con la simple petición a la

autoridad o con el proceso, y como no es propiamente un elemento del derecho, ni un derecho en sí mismo, sino un mero hecho, la acción procesal podría ejercerla quien no tenga el derecho que pretenda hacer valer. Esto equivale a decir que puede haber acción de facto sin que exista el Derecho de Accionar lo que es absurdo y no requiere mayor comentario.²³

La Acción como Derecho Autónomo

Esta posición es sostenida por Windscheid, Muther, Wach, Degenkolb. La acción, dicen, no es el mismo Derecho Subjetivo, ni un simple medio para obtener su realización, puesto que existen casos en que a pesar de que existe un Derecho Subjetivo, falta la acción y también hay casos en que la acción existe y falta el derecho subjetivo.²⁴ Así sostienen que lo que nace de la violación de un derecho, no es un Derecho de Accionar como afirmaba Savigny, sino una pretensión contra el autor de la violación que se transforma en acción cuando se hace valer en juicio, y a esa dirección o tendencia a someter la voluntad de otro la designa Windscheid con la palabra "Anspruch" que ha sido traducida como "Pretensión Jurídica". La acción así, sería "La pretensión Jurídica deducida en juicio". Como en esa época existía en Alemania una doble terminología, a saber: La Actio Romana que no era sino el Derecho mismo contra el Adversario, y la Klage que constituía un Derecho contra el Estado, tendiente a provocar la actividad del poder público y era una invocación al Juez,²⁵ de esa situación surgió la **Polémica Alemana entre Windscheid y Muther**. Windscheid descartó la Actio en su concepto Romano y la revistió con la figura de la Klage dirigida al adversario, con lo que se conservó dentro de la concepción privatista de la acción. Muther en cambio, concibió la acción como "Un Derecho Público Subjetivo mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha". Así quedó la acción condicionada a la existencia de un Derecho Privado y su violación, pero sostuvo que era un derecho subjetivo independiente, de regulación pública,²⁶ por lo que siguen sin resolverse

los mismos problemas planteados a la teoría de Savigny.

WACH, siguiendo parcialmente la orientación de Muther, concibe la acción como "Derecho Autónomo contra el Estado y frente al demandado", de ahí que la misma sea pública por la tutela del Estado y concreta por su eficacia limitada al adversario y que corresponde por ello a quien tiene derecho a una sentencia favorable.²⁷ Esta concepción dió nacimiento a la separación radical de los conceptos de Acción y de pretensión, siendo este último de naturaleza privada.²⁸

Teoría del Derecho Concreto a la Tutela Jurídica

Esta teoría ha sido combatida por Kohler, Chiovenda y Alfredo y Hugo Rocco. Concibe la acción como un derecho subjetivo público, que compete al titular de un derecho Material y que tiene por contenido la obligación, por parte del Estado, de la tutela jurídica mediante una sentencia favorable.²⁹

ENNECCERUS expone que la Acción "Es el Derecho que se dirige contra el Estado para que se dicte una sentencia favorable al que solicita la protección jurídica". Es un Derecho a la protección judicial, de naturaleza pública, dirigiéndose contra el Estado y no contra la adversaria en el juicio. Presupone generalmente una pretensión de Derecho Privado y no surge sino cuando se está en presencia de una protección jurídica.³⁰ La Acción en esta teoría sólo puede pertenecer a quien tiene una facultad de índole material.³¹

Adolfo Maldonado la crítica diciendo que peca porque cada parte pretende frente al Estado lo mismo que no logró extrajudicialmente, y la decisión de éste, sólo ocasionalmente coincidirá con las voluntades de las partes y generalmente discrepará por lo menos de una, si no es que de ambas.³² El mérito de esta teoría está en tomar en cuenta al Estado, y sacar la acción del Derecho privado, quitándole el concepto del interés, pero por lo demás siuen los mismos problemas sin resolverse.

DEGENKOLB, con su teoría de la Acción Abstracta, sostiene que la acción pertenece a cualquiera que se dirija al Juez en

demanda de una decisión sobre una pretensión, aún cuando el que la ejerza no tenga razón, configurándola como “El Derecho abstracto de obrar desvinculado de todo fundamento positivo que legitime la pretensión de quien la ejercite, resultando no ya un derecho, sino una simple facultad”.³³

Teoría de la Acción como Derecho Abstracto

Sostenida por Alfredo y Hugo Rocco, caracteriza la acción como un Derecho Subjetivo Público contra el Estado, que tiene por objeto la prestación de la actividad de los órganos jurisdiccionales para eliminar los obstáculos que, por la inobservancia o la incertidumbre de la norma jurídica, impiden la espontánea actualización de los valores protegidos por el Derecho objetivo.³⁴ Hugo Rocco expresa que “El Derecho de Acción es un Derecho Público Subjetivo, que pertenece a la categoría de los Derechos Cívicos, éste es, el Derecho a una prestación positiva por parte de aquellos órganos especiales del Estado encargados de la administración de justicia”. Como tal, el Derecho de Acción es un Derecho que pertenece a la categoría de los Derechos Públicos de obligación del Estado hacia el Ciudadano, es decir, pertenece a las relaciones obligatorias de Derecho Público.³⁵ El Maestro Adolfo Maldonado Expone que tal definición como las demás que se han dado, resiente la anarquía que daña la terminología jurídica, pues es calificado el Derecho de Acción como Subjetivo y Público, y que al respecto se sustentan variadas teorías, por lo que no se sabe qué se quiere significar con los giros Subjetivo y Público.³⁶ Alfredo Rocco, quita la limitación de su titularidad, definiéndola como: “Un Derecho Subjetivo que corresponde a cada ciudadano como tal, o sea a todo el que en el Estado es reconocido como titular de Derechos Subjetivos o Persona”.³⁷ Se les ha objetado que consideran como derecho autónomo lo que no es sino una de tantas manifestaciones del Derecho de Libertad.³⁸

Teoría de la Acción como Derecho Potestativo

El fundador de la moderna escuela italiana, trató de ubi-

car la acción en la teoría General de los Derechos, junto con Weisman.³⁹ Sostuvo que la acción no es Derecho subjetivo, porque no supone un sujeto pasivo que deba cumplir una obligación,⁴⁰ por lo que al lado de los derechos reales y personales a los que corresponden determinadas obligaciones jurídicas, existen algunos que consisten en la mera facultad o poder de producir determinado efecto jurídico, siempre que la persona que ha de sufrir ese efecto esté obligada a prestación de un servicio y este derecho es llamado Potestativo, consistiendo en que el titular del Derecho Potestativo goza de la facultad de provocar por un simple acto de voluntad cierto efecto jurídico sin que puedan hacer nada para evitarlo las personas contra las cuales tal efecto ha de producirse, perteneciendo la acción a estos derechos.⁴¹ Chiovenda la definió como “El Poder Jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional”.⁴² La acción es condición para la actuación de la ley, porque Los Tribunales no actúan de oficio; para aplicar la ley al caso concreto requieren la iniciativa del particular y niega que por ella se tutelen derechos subjetivos, pues ello significa un verdadero pleonasma jurídico porque todo derecho subjetivo ya está protegido por la norma que lo establece.⁴³ Al nacer el Derecho de acción, generalmente del hecho del incumplimiento de la obligación, es distinta de ésta, la cual es más extensa que ella. La acción aspira a obtener en el proceso el bien garantizado por la ley, para lo cual la obligación resulta insuficiente. La acción y la obligación son, pues, dos derechos subjetivos distintos que unidos llenan absolutamente la voluntad concreta de la Ley, lo que llamamos Derecho Objetivo.⁴⁴ Una cosa es el derecho a la prestación y otra el poder de provocar la coacción del Estado, siendo diferentes las normas que las regulan. La acción puede tener naturaleza pública o privada, según los intereses a los cuales se dirija, pero siempre con miras al proceso, será regulada por la ley procesal.⁴⁵

Notas de distinción entre la acción procesal y el derecho que se hace valer en juicio: I.—La acción tiende a que el órgano jurisdiccional actualice la voluntad de la ley; el Derecho Subjetivo persigue del deudor determinada prestación; II.—Por la acción se puede obtener mucho más que con el Derecho Sub-

jetivo, por los medios de que disponen los Tribunales para hacer valer sus determinaciones; III.—En algunos casos, sólo el Tribunal está facultado para hacer efectiva la voluntad de la ley. Y, aunque la acción se ejercite ante los Tribunales constituye un Derecho frente al demandado porque a él va a afectar la sentencia y su ejecución.⁴⁶ Pero hay un estrechísimo lazo entre ambos pues se dirigen a la misma voluntad de la Ley y a la consecución del mismo bien tutelado: La obligación por medio del deudor; la acción por el organo jurisdiccional.⁴⁷ Resulta la acción autónoma con relación al Derecho Sustancial; un derecho contra el adversario frente al Estado y pertenece al derecho privado, porque una cosa es la naturaleza pública del órgano y otra la del Derecho de Acción. Es un derecho a obtener una sentencia favorable y si el actor no prueba su acción y el demandado sí su excepción, la acción debe ser rechazada en la sentencia.⁴⁸

CRITICAS:

A. Maldonado opina que la teoría de Chiovenda desconoce el postulado esencial a todo derecho, conforme al cual, a todo derecho subjetivo debe corresponder una obligación correlativa (*just et obligatio sunt correlata*).⁴⁹ Carnelutti dice que La acción según la expone Chiovenda, es un derecho al medio y no al fin, pues tiende a producir un efecto jurídico que deriva de la providencia del juez y por ello se dirige al juez que es quien puede darla, y en consecuencia, la sujeción a la que cae el demandado no es a la de la Ley, sino a la de la jurisdicción.⁵⁰ H. Alsina junto con Liebman considera que es una teoría con vista únicamente al actor que tiene razón. El proceso no es instrumento que el actor maneje a voluntad y lo único seguro es que el juez proveerá y éste es el objeto de la acción.⁵¹ Rocco le objeta a su vez la contradicción entre el sostener: 1) La autonomía de la acción y, 2) Haerla depender de la violación de un derecho, lo que significa un retroceso, pues al no dirigirse contra el Estado, se mantiene en la sombra del Derecho Privado.⁵²

La Acción como Derecho Público Subjetivo

Goldschmidt concibe la Acción como un Derecho Público Subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica mediante una sentencia favorable: "Es contra el Estado pero su carga cae sobre el demandado y la acción o derecho de obrar resulta ser un Derecho justiciario material". Señala como presupuestos de la acción: a) Un estado de hecho; b) Que sea susceptible de protección jurídica; y c) Que haya interés o necesidad en la protección judicial.⁵³

La Acción como función Procesal

Carnelutti considera la litis formada por las partes, el objeto y la pretensión que se resuelve en el proceso, y la acción viene a ser la actividad que las partes despliegan durante el proceso desde la demanda.⁵⁴ Es autónoma del Derecho Material, su objeto es provocar la actividad jurisdiccional, siendo un derecho a obtener sentencia sobre la pretensión aunque ésta sea infundada; Su contenido es la prevalencia del interés a la composición de la litis y su sujeto pasivo es el Juez, pues no es contra el Estado, quien no puede tener un interés opuesto a la composición de la litis, sino contra el Juez, por lo que la acción debe entenderse como el ejercicio privado de una función pública, obteniéndose por ella, la satisfacción del interés particular y la reintegración del orden jurídico.⁵⁵ La Acción Procesal así, es un derecho subjetivo público, de carácter cívico; El Interés protegido es el de la composición de la litis mediante sentencia; Los sujetos pasivos son los órganos jurisdiccionales, los particulares que la ejercitan llevan a cabo una función pública y el contenido de la acción consiste en la obligación a cargo de los funcionarios judiciales de proveer a las peticiones de las partes, perteneciendo al actor y al demandado; no es derecho a sentencia favorable ni justa. "Por lo tanto la acción no es el Derecho a la tutela jurídica, sino el derecho al cumplimiento de los actos en que se resuelve la tutela".⁵⁶

La Acción como Simple Posibilidad

Niceto Alcalá Zamora considera: La acción es tan sólo la posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo, y, en su caso, la ejecución respecto de una pretensión litigiosa.⁵⁷

La Acción como manifestación del Derecho General de la Personalidad o de la Libertad

Kohler: Expone Hugo Rocco, citado por Pallares: Que no existe la acción como Derecho autónomo, y afirma que la acción es sólo la facultad perteneciente a cualquiera, comprendida en el Derecho a la integridad de la propia personalidad, de dar vida a la demanda judicial, verdadero negocio jurídico, por efecto del cual el adversario se coloca en una situación jurídica, aún contra su voluntad. Pallares la crítica porque niega toda relación entre las partes y el Estado, al sostener que las relaciones procesales intervienen sólo entre aquellas.⁵⁸

La Acción como mera Declaración de Voluntad

GUASP concluye que el concepto de acción debe ser elaborado fuera del ámbito del Derecho Procesal; su lugar ha de ocuparlo el concepto de pretensión, la que es una declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional, frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración, con la que se quiere obtener la práctica de un determinado acto por el órgano de la jurisdicción, siendo un acto que puede configurarse como el ejercicio de un derecho (El derecho de Acción) que se encuentra fuera del proceso y le es indiferente. Distingue los siguientes elementos: a) El sujeto activo o declarante; b) Sujeto Pasivo, contra quien se dirige la pretensión; c) El destinatario de la pretensión o juez; y d) Los fundamentos legales que pueden cambiar sin que éste cambie.⁵⁹ HANS KELSEN, Jefe de la Escuela Vienesa estima que el Derecho Subjetivo no puede concebirse independientemente de

la facultad de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación del acto coactivo, en aquellos casos en que el obligado ha faltado al cumplimiento de su deber. Si la ley no hace depender de la declaración de voluntad de un particular la imposición de las sanciones que la misma señala, no hay, estrictamente hablando, Derecho Subjetivo.⁶⁰

La Acción como Derecho Cívico

Para COUTURE la Acción es el poder Jurídico que tiene todo sujeto de Derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto de intereses que existe con o sin Derecho Material y se tiene aún antes de que nazca la pretensión concreta. Es independiente de su ejercicio; puede ejercerse aun sin razón y la pretensión es un mero hecho, un querer del individuo y por ello la acción es una de las formas del Derecho petición que consagra la Constitución.⁶¹

La Acción como Elemento del Derecho.

LAZCANO considera que la Acción es un elemento de la estructura jurídica que persuade al sujeto de la inutilidad de cualquier resistencia. El particular, en caso de conflicto de intereses, debe ejercitar la acción, la cual, más que un Derecho, es un Deber jurídicamente necesario para el sujeto que se pretenda titular de un crédito no derivando de ningún Derecho ni constituyendo por sí mismo un Derecho.⁶²

La Acción como Derecho a Sentencia Justa

HUGO ALSINA nos dice: El problema de la Acción es correlativo al del proceso, a como se consideren las relaciones entre individuos y Estado, entre autoridad y libertad. La acción es el Derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica, siendo correspondientes Acción y Jurisdicción. La pretensión podrá o no satisfacerse según esté o no fundamentada por una norma substancial, pero la acción

en todo caso se ha ejercitado.⁶³ La acción nace del conflicto sobre la Existencia, inexistencia o interpretación de un Derecho, por lo que tiende a una sentencia favorable y le agrega al Derecho su efectividad,⁶⁴ guardando, no obstante su autonomía un vínculo de complementación con el Derecho. La acción, expone, está instituida con miras a la protección del Derecho y puede éste faltar y ejercitarse la acción. Un Derecho sin Protección no es Derecho y una Acción sin Derecho que amparar, carece de significado jurídico, volviendo a darle validez al aforismo de “No hay Derecho sin Acción ni Acción sin Derecho”, correspondiendo su ejercicio a cualquiera que pretenda la protección jurisdiccional, y es un Derecho contra el Estado quien tiene la obligación procesal de amparar en la sentencia a quien lo merezca (actor o demandado).⁶⁵ El Estado crea la norma y la tutela; la acción tiende a lograr esa tutela, teniendo una doble pretensión: La Procesal; en la que los sujetos activos son Actor y Demandado y el Juez es el sujeto pasivo, y la otra, que va dirigida contra el demandado para que cumpla con su obligación y en general para que el Estado obre coactivamente para la actuación del Derecho. Considera que tal acepción es aplicable igualmente a la Acción Penal.⁶⁶ PIERO CALAMANDREI, considera la acción como un poder Jurídico dirigido a obtener la actuación de la Ley, que se ejercita contra el Estado y no respecto del adversario, dándole una orientación publicista.⁶⁷

La Acción como mera Facultad inicial y como Elemento del Derecho

PODETTI nos dice: “La acción es el elemento activo del Derecho Material y, en consecuencia, corresponde al titular del Derecho para defenderlo o esclarecerlo. Sus efectos inciden en forma directa o indirecta sobre otros sujetos de derecho, pero su ejercicio corresponde al Estado. El Titular del Derecho sólo tiene la facultad de poner en movimiento el poder jurisdiccional que implica el deber de someterse a él como sujeto del proceso”. El particular sólo tiene la facultad de poner en movimiento la acción, que se dirige contra el Estado y luego

se continúa en su ejercicio por éste.⁶⁸

REFERENCIA A LA DOCTRINA MEXICANA CIVILISTA

ADOLFO MALDONADO habla de Acción en General y Acción Extrajudicial;⁶⁹ respecto de la Acción Judicial piensa que la Acción independientemente de los valores, del tipo de relación y de los sujetos relacionados no cambia de naturaleza es siempre esencialmente la misma y consiste cualquiera que el caso sea, en el Derecho Autónomo de Defensa de que gozan las partes procesales, puesto en ejercicio de manera concreta y determinada, ante los órganos jurisdiccionales, a virtud de su interés en que se actualice y tenga realidad en la vida la protección establecida de cierta manera por el Derecho Material, la cual no se ha actualizado a causa de una inconciliabilidad de voluntades o por la imposibilidad legal de alcanzar la finalidad buscada, sin la necesaria intervención del órgano jurisdiccional".⁷⁰ Cita la división de las acciones según la naturaleza de la relación jurídica sustancial siguiendo la tradición que considera la Acción como el mismo Derecho subjetivo o como el medio de hacerlo valer en juicio. Y la califica de insuficiente e inútil.⁷¹ Considera que la división de derecho público y privado está en pleno campo de la Polémica y la inclusión de la acción en alguno de ellos, sólo ocasiona controversias y dudas sobre su esencia,⁷² dado que la naturaleza pública o privada del derecho no es un problema originalmente jurídico. Al acudir al órgano jurisdiccional cada una de las partes va a pretender, de su contraria, exactamente lo mismo que no pudo obtener extrajudicialmente.⁷³ Señala como caracteres de la Acción: La autonomía porque no entraña necesidad alguna de que el interés exista o que esté protegido en el sentido afirmado por quien lo defiende. Es concreto y determinado porque la voluntad de defensa no es carente de contenido, sino que siempre quiere algo; el acto dinámico de su realización es concreto por requerir la elección de un camino entre los diversos posibles; y es concreto y determinado el ejercicio de la defensa porque igual debe ser su objeto.⁷⁴

Rafael de Pina nos dice que la acción constituye un límite

opuesto al ejercicio de la jurisdicción y es inadmisibile hablar de acción privada puesto que la acción al ser procesal es siempre pública por su finalidad. Y nos define la Acción Procesal como la facultad de los particulares y poder del Ministerio Público de promover la actividad de un órgano jurisdiccional y mantenerla en juicio hasta lograr que éste cumpla su función característica en relación con el caso concreto que se le haya planteado, traduciéndose en la posibilidad legal de realizar actos procesales, conferida a los particulares, en interés propio, y en la obligación de realizarlos impuesta al Ministerio Público en los casos expresamente señalados por el Legislador.⁷⁵

García Maynez E. considera que el Derecho de Acción o el Derecho a sentencia, desdoblándose en una serie de facultades o de poderes con sus correlativas obligaciones; que el actor ejerce varios poderes contenidos en el Derecho de Acción. “Desde la petición inicial a las alegaciones finales” y provoca la práctica de los correspondientes actos por los órganos judiciales, y que lo mismo puede decirse del reo. Continúa manifestando que la acción es “La facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales del Estado la aplicación del Derecho objetivo a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de que se declare la existencia de una determinada obligación y, en caso necesario, se haga efectiva, aún en contra de la voluntad del obligado”.⁷⁶

Castillo Larrañaga J. y Rafael de Pina consideran que la Acción es un derecho público subjetivo, derivado de los preceptos constitucionales que prohíben la vindicta privada y que, haciéndola innecesaria, crean los órganos específicos encargados de ejercer la función jurisdiccional y trazan los lineamientos generales del proceso. Entraña una doble facultad: La inicial de provocar la actividad jurisdiccional, dando vida al proceso, y la derivada de la constitución de éste, que permite a su titular la realización de los actos procesales inherentes a su posición en el mismo. Su justificación está en la creencia de quien pretenda ejercerla, de que efectivamente existe. La Acción ejercitada por el Ministerio Público, en los casos que la ley la impone, es “Una función pública, atribuida a los miembros de esta institución”.

Nos señalan como elementos de la acción: Los sujetos activo y pasivo; La causa eficiente que es el interés constituido por un Derecho y un estado de hecho contrario a él; el objeto a lo que se tiende, o lo que se pide. Y pasan a hacer una múltiple clasificación de la acción.⁷⁷

Eduardo Pallares distingue entre: “Derecho Constitucional de Acción” otorgado en los artículos 8 y 17 de la Carta Magna, y la acción reglamentada en el Código de Procedimientos Civiles o sea, la manera como debe ejercitarse el Derecho Constitucional de Acción. Este es Derecho General y Abstracto consistente en obtener del órgano jurisdiccional que dé entrada a la demanda, tramite el juicio, pronuncie las resoluciones que correspondan y ejecute sus resoluciones. Hace ecuación con la potestad jurisdiccional. La acción procesal propiamente dicha, es el conjunto de medios legales, fórmulas y procedimientos por los que se ejercita el Derecho Constitucional de Acción. En este sentido se clasifican las acciones lo que no puede hacerse con el Derecho Constitucional de Acción.⁷⁸

REFERENCIA ESPECIAL A LA DOCTRINA EXTRANJERA SOBRE LA ACCION EN MATERIA PENAL

Consideraciones Preliminares

Como punto de partida los Doctrinarios de la acción en Materia Penal, también parten admitiendo expresa o tácitamente la hipótesis de que por lo menos virtualmente, todo delito da siempre lugar a la pretensión punitiva y que ésta se hace valer con la acción penal.⁷⁹ siendo el delito al proceso penal como la Litis al proceso civil.⁸⁰

Problemática Doctrinaria de la Acción Penal

Se ha tratado de superar la situación de que la acción, como medio para la actuación de la pretensión punitiva y que da vida a los actos que componen el proceso penal, no logra dejar de ser una manifestación de voluntad dirigida al juez y que lo obliga, quedando en el campo del Derecho Subjetivo, o

bien, se dirige a la otra parte y ésta queda sujeta, hallándonos en el campo del derecho potestativo, y, puesto que el Estado transfiere el ejercicio de la potestad jurisdiccional a sus órganos y que una vez ejercitada dicha potestad se actúa automáticamente la concreta tutela jurídica, el Estado confiere al titular del interés protegido el poder de provocar directamente la función jurisdiccional. Leone considera que si se rehusa a definir la acción como derecho subjetivo, no puede ser contemplada más que como derecho potestativo.⁸¹

Principios y Características de la Acción Penal

Hablan, basados en su regulación positiva, de Acción Pública, porque debe ejercerse de oficio por el órgano del Estado, con o sin la cooperación o consentimiento del ofendido y particulares en general, atribuyéndole por lo mismo, los principios de la obligatoriedad y oficialidad, salvo excepción expresa. También la rigen por el principio de la legalidad o no discrecionalidad, en oposición al de la oportunidad, pues debe ejercerse siempre que se encuentren satisfechos los requisitos esenciales para su prosecución. Por último el de la individualidad, porque abarca a todos aquellos que participaron en un delito en cualquier forma sin poderse ejercitar contra unos y no contra otros.⁸² Y, la Acción Privada es considerada en el campo penal, como aquella en que el interés protegido tiene un carácter particularísimo, de tal manera que si su titular no se muestra agraviado, no hay lesión. Y distinta de la acción dependiente de instancia privada, en la cual una vez que el sujeto ofendido ha realizado la instancia legal exigida, la acción se vuelve pública.⁸³

Principales direcciones y posición de algunos autores frente al problema de la Acción Penal

Las directrices que encontramos en la doctrina de la Acción Penal nos la presentan como: a) Un Derecho Subjetivo frente al juez, Derecho a la prestación jurisdiccional, o a la decisión; b) Como un derecho potestativo aplicado al Proceso Penal y c) Como la manifestación de voluntad a la que está condicionado

el ejercicio de la jurisdicción penal.⁸⁴

**Posición de algunos autores,
frente a los problemas planteados**

De Marisco expone que la Acción Penal es: “El Derecho Subjetivo de pedir al Juez la aplicación de la Ley Penal para la actuación de su poder-deber de castigar”. A la teoría de Chiovenda de los Derechos Potestativos, se le adhirieron muchos juristas; en el campo del Proceso Penal tenemos: Lanza quien la definió como “El Poder de hacer incondicionada la actuación del Derecho Penal objetivo” y Massari dijo: La Acción Penal es. “El Derecho Potestativo Público de Activar el Proceso Penal para la actuación de la Ley”;⁸⁵ para Alcalá-Zamora y Castillo es: el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el Juzgador se pronuncie acerca de la punibilidad de los hechos que el titular de la acción reputa constitutivos de Delitos;⁸⁶ Guillermo Sabatini nos define la acción penal como: “El poder jurídico de provocar la intervención y la decisión del juez acerca de una imputación de delito y de todas las demás situaciones que se determinan en el proceso”;⁸⁷ Ranieri expone que: Es la manifestación de voluntad y no tiene otro contenido, que el de hacer actuable la pretensión punitiva del Estado, como el medio para ella. Es “El acto puramente inicial del procedimiento y que se agota en el acto mismo”. Leone equipara esta teoría a la de Lanza y manifiesta que es lo mismo decir: La Acción Penal hace actuable la pretensión punitiva a que es la manifestación de voluntad que hace incondicionada la voluntad de la Ley Penal. Para Stoppato es “El acto mediante el cual se demanda la punición del culpable” viniendo a ser “Expresión y fuerza propia y específica del poder soberano del Estado de protección y reconocimiento del Derecho al objeto de provocar la función jurisdiccional contra las agresiones al Derecho”; Manzini, citado por Leone considera: “La Acción Penal es la actividad procesal del Ministerio Público dirigida a obtener del Juez una decisión en mérito de la pretensión punitiva del Estado, proveniente de un delito”. D. Nataristefani La define como: “Una coacción a la controversia judicial en realidad dirigida a pro-

vocar la actividad jurisdiccional contra el adversario". Guarneri tratando de seguir la teoría de la situación Jurídica de Goldschmith, dice: El Ministerio Público, como órgano de la acción penal "Es el sujeto que con sus iniciativas, deducciones y requisitorias, lleva adelante el proceso hasta su natural conclusión y luego pone las condiciones sin las cuales la actividad jurisdiccional no podrá desplegarse". Lucchini dice "La Acción es un Derecho: El Derecho de Proceder judicialmente".⁸⁸

TESIS PARTICULARES DE ALGUNOS AUTORES

D. Máximo Castro nos habla de Acciones y dice: Las acciones son, pues, los medios de hacer valer en justicia los derechos, cuando han sido desconocidos o han encontrado un obstáculo en su ejercicio, resultando como requisitos de existencia: El Derecho que le sive de base y el obstáculo opuesto a su ejercicio. Se ubica, por sus ideas expuestas, dentro de la corriente Romanista sin dejarse influir por la Tesis de Chiovenda, la que conocía perfectamente bien, pues, más adelante nos dice, hablando del objeto de la acción, que en Roma era obtener lo que nos era debido; para la escuela Clásica, la defensa de los derechos; y, según Chiovenda, la activación de la ley objetiva.⁸⁹

Vicenzo Manzini nos expone: La acción penal se puede considerar bajo dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. Subjetivamente, es el poder-deber jurídico, que compete al Ministerio Público (o al pretor respecto de los delitos de su competencia) de actuar las condiciones para obtener del Juez la decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado, derivada de un hecho que la ley prevé como delito. Objetivamente, la acción penal es el medio con que el órgano ejecutivo, constreñido a abstenerse de la coerción directa en las relaciones penales, determina la intervención de la garantía jurisdiccional en orden a su pretensión punitiva. Señala como objeto de la acción penal, una pretensión punitiva derivada de un delito, concreta e hipotéticamente realizable. La Acción Penal no es una actividad cualquiera dirigida al fin represivo, sino sólo la actividad que se despliega ante el órgano jurisdiccional.⁹⁰ En esta tesis encontramos: La persona del titular de la acción no incumbe a la natu-

raleza de ésta, pues puede variar en un mismo tiempo y lugar. En su consideración subjetiva, se adhiere a la teoría de Chiovenda con ligeras modificaciones por la materia; en la objetiva vuelve a la concepción romanista de la acción como medio.

Carnelutti hablando de la naturaleza de la acción nos dice: La acción no es un Derecho al Juicio favorable, sino un derecho al juicio simplemente o mejor todavía, al cumplimiento de los actos del Proceso. Explica la acción como el derecho al derecho, siendo el derecho al cumplimiento de los actos necesarios (acción) para el reconocimiento del Derecho (Subjetivo) alegado y material. La Acción como Categoría del Derecho: Manifiesta Carnelutti que ha tratado de demostrar que la acción no puede ser un derecho contra el Estado y que no se puede descubrir más que en el juez la obligación frente a la parte, siendo la Acción un Derecho no solo frente al Juez, sino frente a todos aquellos cuya actividad es necesaria para el Proceso, por lo que resulta una categoría de Derechos Subjetivos. Consideramos pertinente apuntar desde ahora la siguiente contradicción: Si la acción no es un Derecho frente al Estado sino frente al Juez y los demás, el juez entonces no representa al Estado, y es una simple persona sin autoridad ni imperio, o, si lo representa y tiene autoridad e imperium, entonces ¿cómo es que no es contra el Estado?. Continúa exponiéndonos Carnelutti que la Acción como Derecho pertenece a quien quiera, y es independiente del Derecho Material, por lo que dice que es el Derecho del ciudadano, o mejor todavía, del hombre. Por ello es pública y Procesal; en consecuencia pertenece al Derecho Procesal objetivo como rama del Derecho Público, deviniendo en una función del Estado concedida en ejercicio privado. Sostiene que basta afirmar un derecho sin tenerlo, para tener derecho al Derecho, y aún cuando la decisión sea justa, el proceso es una injusticia para aquel que tiene razón.⁹¹ El Proceso Penal que se resuelve en una sentencia de absolución es un Proceso que no debiera haberse hecho.⁹² Concluye en que de tal manera, la acción se transforma de categoría de derecho o derecho singular, en un sistema centro de derechos y deberes. La parte en el proceso, no es el sujeto del Derecho sobre el cual se tiene que juzgar, sino del derecho a hacer que se juzgue. Le

es otorgado más en interés social, que de él, en particular.⁹³

Geovanni Leone nos define la Acción Penal como: “El requerimiento por parte del Ministerio Público de una decisión del Juez sobre una notitia criminis que tiene como contenido un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal”. En cuanto a su naturaleza jurídica expone: Es obligatoria porque el Ministerio Público debe ejercerla y el juez se ve obligado a emitir la decisión requerida, y no determina obligación alguna frente al imputado, sino una simple situación de sujeción a ella y sus consecuencias, por lo que su naturaleza jurídica es el ser un derecho subjetivo (Público) frente al órgano jurisdiccional, y un derecho potestativo en relación al imputado. Dos poderes distintos y concurrentes. La obligatoriedad y el derecho subjetivo que representa se resuelven en los dos momentos siguientes: 1) Deber para con el Estado. Administración Pública de promover la acción penal; 2) Derecho frente al Estado —jurisdiccional— de pedir una decisión. Caracteres de la Acción Penal. Dice: Es lo mismo que determinar los caracteres del proceso penal: Publicidad, por estar dirigida a la satisfacción de un interés colectivo y por ser su titular el Ministerio Público. Oficialidad, pues, salvo la excepción de requerir instancia de particular o autoridad, se inicia y debe ejercerse oficiosamente; Las excepciones son los requisitos de procedibilidad. Obligatorio, en oposición a la discrecionalidad y consiste en que, una vez colmados los requisitos para su ejercicio, el Ministerio Público debe promoverla, y no dejar de realizar todos los actos necesarios para su prosecución, de donde surge el de irrevocabilidad consistente en que, en defecto de derogación expresa, el Ministerio Público no puede suspender, interrumpir o hacer cesar el ejercicio de la acción penal.⁹⁴

Concepto de la Acción Penal: Nos da dos conceptos de Acción Penal. 1) El derecho a provocar una decisión jurídica acerca de una determinada notitia criminis; 2) el acto o conjunto de actos a través de los cuales se hace valer tal derecho. Más adelante nos habla de Acciones Penales complementarias y dice: Se trata de Procedimientos autónomos y no de procedimientos penales incidentales. Y es en este sentido en el que

entiende la pluralidad de la acción penal. Así como en el de las clasificaciones de acciones de condena, de declaración de certeza o constitutivas. Definición unitaria de la Acción Penal, según él, en sentido amplio es: el poder (Del Ministerio Público o de sujetos privados) de pedir al juez penal la decisión acerca de una notitia criminis, o bien acerca de la existencia de las condiciones requeridas para algunas delimitadas providencias dirigidas a la represión de un delito o a la modificación de relaciones jurídicas penales preexistentes. Leone habla también de Acción de prevención criminal, que es aquella actividad del Ministerio Público orientada a la declaración de certeza de la peligrosidad y a la aplicación de las medidas de seguridad.⁹⁵ Queda evidenciado con lo anterior que Giovanni Leone continúa en gran parte considerando la existencia de una acción para cada derecho material, con lo que no se desliga de la concepción romanista de la acción.

Eugenio Florian: Considera que del delito surgen dos acciones, la penal y la civil, correspondiendo cada una a los aspectos que el delito presenta: Como un mal público y como un mal privado, el que es accesorio y contingente. La Acción Penal se puede considerar como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho Penal. Paralelamente, la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal domina y da carácter a todo el proceso: Lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta (La Sentencia). Es la energía que anima todo el proceso, el que sin el ejercicio legítimo de ella, no puede surgir ni continuar. Contenido de la Acción Penal: El fin de la Acción Penal es hacer que se determine la verdad a propósito de un delito que se dice cometido y que se inculpa a una determinada persona, determinación que no es raro que lleve a la conclusión de que el hecho no ha existido, o que no se trata de delito, o que el acusado no lo ha cometido o no ha tomado parte en él. Expone Primero que: La Acción Penal tiene su base y origen en el Delito, y posteriormente que aunque tiene como presupuesto el Delito o el hecho previsto como tal, ambos están separados ya que el ejercicio incorrecto de una acción no prejuzga sobre la existencia del Delito, y que La Acción Penal es el medio

de hacer valer la pretensión punitiva o derecho de castigar. Naturaleza Jurídica de la Acción, dice: Es un Derecho Autónomo, o por lo menos distinto del Derecho Subjetivo de castigar del Estado, el cual lo hace valer por medio de la Acción, cuando existen los presupuestos para ello, su ejercicio no puede delegarse en órganos que no sean Estatales y la improcedencia de la Acción no prejuzga sobre la existencia de aquel Derecho. El fin de la Acción Penal y su estructura son los mismos siempre y no varían con la diversificación del Delito por lo que ésta es única. La Acción Penal es indivisible por alcanzar a todos los que han intervenido en la Comisión del Delito, no debiendo confundirse con la unicidad del proceso. La Acción Penal es irrevocable ya que una vez iniciado su ejercicio por el órgano actor, éste no tiene facultad para desistir y la acción no tiene más que un fin que es la Sentencia. Y por último, se rige generalmente por los principios de la oficiocidad frente al dispositivo y por el de legalidad en oposición al de oportunidad. La Acción Penal es Pública, por dirigirse a hacer valer un Derecho Público del Estado, y no se opone a ello la necesidad de la querrela en su caso. La Acción Penal, nos expone por último, corresponde al Estado, quien la ejercita por medio de los órganos especiales. Y nos dice: que no es un acto jurisdiccional porque el fin de éste es la actuación del Derecho Penal en el caso concreto mediante un juicio. Y, la Acción Penal aunque se dirija a ello no se manifiesta en Juicios obligatorios; Los juicios y decisiones en general del Ministerio Público no resuelven nada y tienen, por así decir, carácter administrativo. La Acción, entonces, dentro de las funciones del Estado, es una función de carácter administrativo. Manifiesta que lo anterior es válido siempre que rija el sistema acusatorio.⁹⁶

RESUMEN DE LA TRAYECTORIA DE LA ACCION

Los problemas considerados fundamentales son:

1. Si la acción no es más que el mismo Derecho que se pretende en su fase activa;
2. Si es independiente del Derecho Subjetivo, y en éste caso, qué relación guarda con el Derecho Substantial;

3. Si pertenece al Derecho Público o al Privado;
4. Quién es el sujeto pasivo: El Demandado, el Juez, o el Estado.⁹⁷

Tomando en consideración que la acción civil y la acción penal en principio fueron reguladas y estudiadas juntas, la dirección que muestran en la doctrina del proceso, en su evolución, es haciendo mención sólo a las teorías más relevantes, la siguiente: La teoría de la Acción como elemento del Derecho Subjetivo, en la concepción romanista, y clásica, se empezó a superar con la construcción del concepto autónomo de la acción, y en éste, se le configuró como un medio de tutela jurídica. Surgió entonces la polémica Alemana en cuanto a la dirección de la Acción: Unos la dirigen contra el adversario y la conservan dentro de la teoría privatista, como un derecho de carácter concreto, Windscheid; y otros la enderezan contra el Estado dándole un matiz publicista, Wach, por la intervención del Estado y el interés de éste, de dar la razón a quien la tenga. Surgió la Escuela Italiana con la teoría del tercer género de Derechos Subjetivos, los llamados potestativos incluyendo a la acción dentro de este tercer género, o sea, como un derecho subjetivo potestativo, manteniéndola también en el campo privado al considerarla un poder frente al adversario, Chiovenda.⁹⁸ Nacen las concepciones: privatista de la acción que surge al analizarse el problema desde el punto de vista de las partes y el juez resulta un mero espectador y decisor sobre las cuestiones que las parten le plantean; y la publicista que concibe la acción desde el punto de vista de la jurisdicción, en la que el juez es un dictador y las partes meros auxiliares. De aquí surgió la teoría Relativista de la acción con Calamandrei, en la que se sostiene que el proceso es un servicio que el Estado presta al individuo, proporcionándole el medio para actuar su Derecho Subjetivo, o bien, es un servicio que el ciudadano presta al Estado proporcionándole la oportunidad de actuar el Derecho Objetivo.⁹⁹ Apareció también la acción, en la teoría de la acción en sentido concreto, como un Derecho que competía a quien tenía razón contra quien no la tiene; se ubican en ella Chiovenda, Calamandrei y Sabatini quien empieza a lograr una superación al considerarla como perteneciente a todo aquel que tenga interés

en la eficiencia del mandato jurídico. Nace también a la vida doctrinaria la teoría de la acción como derecho abstracto, desvinculado plenamente del Derecho Material siendo un mero derecho de obrar, Degenkolb;¹⁰⁰ como función procesal de carácter público dada en ejercicio privado, Carnelutti; como una expresión del Derecho Constitucional de peticionar, o Derecho Cívico, Couture;¹⁰¹ y la configuran generalizando como un Derecho que compete a cualquiera de dirigirse al Juez a fin de obtener una decisión acerca de su pretensión, independientemente del hecho de que quien la ejercita, tenga o no razón.¹⁰² Y, las teorías antipublicistas modernas que van desde la negación del carácter procesal de la acción con Guasp, hasta su identificación con el Derecho, con Redenti, y Sata.¹⁰³ En el ámbito penal además, encontramos que parten también de un presupuesto fáctico común: Que en el campo civil es llamado litis y aquí, de un hecho que constituye un delito y un sujeto que se supone responsable, lo que viene a ser equivalente al cordón umbilical, que los liga a las teorías Romana y Clásica, sin poderse por ello independizar del todo.¹⁰⁴

Por último, sin perjuicio de las posiciones anotadas, tenemos: La Acción Penal como derecho subjetivo frente al juez, un derecho a la decisión, De Marisco; la Acción Penal como Derecho Potestativo, Lanzay Massari; la Acción Penal como Manifestación de voluntad a la que está condicionada la jurisdicción penal, Redenti y la Acción Penal como poder-deber Eugenio Florian.¹⁰⁵

Dirección Actual de la Doctrina Extranjera sobre la Acción

Habiendo observado la evolución de la Acción en lo que podemos llamar Doctrina General de la Acción predominantemente Civilista, su repercusión y desarrollo particular en la materia penal, es necesario detenernos a reflexionar, respecto de la orientación que guardan los estudios que recientemente se han realizado sobre ella, en el extranjero, para lo cual nos limitaremos a algunos de los autores, cuyas ideas han tenido mayor trascendencia lo que nos proporcionará un índice de la situación actual de la doctrina extranjera sobre la acción en materia Penal.

Tendencia doctrinaria a una teoría general sobre la acción

Ante todo es de hacerse notar la inquietud de los Doctrinarios del Derecho, que se manifiesta en la tendencia, especialmente de los Procesalistas, a elaborar una teoría General del Proceso,¹⁰⁶ incluyendo en ella, por supuesto una teoría general de la acción en la que se unifiquen y quepan plenamente todas las acciones,¹⁰⁷ no refiriéndonos ya a aquellas previstas y reguladas por los textos positivos, en los que, como los nuestros, se señala una concepción Romana-privatista sobre la acción considerando la existencia de una acción para cada derecho subjetivo, o para cada imputación derivada de determinada rama del Derecho Material, tesis que es estimada en la doctrina actual, como plenamente obsoleta y superada, sino a aquella que pretende unificar doctrinariamente, la acción civil y la penal,¹⁰⁸ pero sin dejar por ello la puerta cerrada para abarcar en ella las acciones que se dan en materia Administrativa, Laboral, Agraria, etc. Resumiendo, se trata de la construcción de una verdadera doctrina general, sobre la "Acción".

Opinión Civilista al respecto de la Teoría General de la Acción

Hugo Alsina nos hace una enumeración de las diferencias tradicionales entre Acción Civil y Acción Penal, en la forma siguiente:

1. Por su objeto: De la Penal, es la represión del hecho delictuoso. De la Civil, es la indemnización del daño causado.
2. Por su Titular: La Penal solo puede ejercitarse por la víctima o el Ministerio Público. La Civil corresponde a todo perjudicado, aunque sea indirectamente.
3. Por el sujeto contra el que se ejerce: La Penal se limita al autor del hecho. La Civil, en cambio, procede solidariamente o subsidiariamente contra sus herederos.
4. Son independientes entre sí pues ninguna de las dos prejuzga sobre la otra y pueden existir separadas totalmente o incluso Simultánea o Subsidiariamente.¹⁰⁹ Tales diferen-

cias, como lo afirma el Mismo autor que las expone, no se refieren a la esencia, sino a la estructura del proceso y la materia distinta a resolver, por lo que puede crearse una teoría general.¹¹⁰

Carnelutti expone que la Acción es un instituto que ha sido sometido a notables trabajos de profundidad, pero por separado en lo civil y en lo penal, construyéndose dos teorías particulares, de la Acción Privada y de la Acción Pública, pero se espera una teoría general en la que puedan combinarse ambas. En una aportación del uno al otro en un plano verdaderamente superior. Si se llegara a esbozarla, sería una provechosa contribución a la teoría General del Proceso. Sostiene que la acción privada se separa del Derecho Subjetivo material y la acción pública de la jurisdicción, ya que representan un puente en el Derecho Subjetivo Material y la Potestad jurisdiccional, como el Ministerio Público y el defensor forman el puente entre el Juez y la Parte (En sentido material) la Acción privada va del Derecho Subjetivo a la Potestad Jurisdiccional y la Acción Pública, de la Potestad jurisdiccional hacia el Derecho Subjetivo.¹¹¹

Miguel Fenech considera al respecto que El Estado, al regular su propia potestad jurisdiccional, parte del supuesto de que, normalmente, se cumplen las leyes que ha establecido; por ello deja a la iniciativa del que se considera perjudicado por la inobservancia de una norma, el provocar el examen de la situación creada por parte del órgano jurisdiccional. A este derecho de iniciativa se le ha denominado "Acción". Y, en los casos de las Normas Jurídicas esenciales a la convivencia Social, Consustanciales a la conciencia humana, el titular del órgano jurisdiccional no ha de necesitar el estímulo que supone el ejercicio del Derecho de iniciativa que se concede al ofendido; la lesión, esta vez, la sufre el Estado como representante de la comunidad y por ello corresponde al propio órgano jurisdiccional tomar la iniciativa para garantizar la observancia de la Ley. Tal es el caso de los hechos que aparecen como delitos o son delitos. Así, según la variedad de normas jurídicas, cuya observancia ha de garantizarse, será la especialidad de los ti-

tulares, de los órganos y las formas o modos de llevar la actividad jurisdiccional.¹¹²

Consideramos Oportuno hacer notar la falacia en que generalmente caen los autores, sobre todo los positivistas, consistente en confundir el Estado con el Derecho al grado de darle superioridad al Estado sobre el Derecho, siendo que, realmente, quien crea y funda el Estado es el Derecho y no viceversa y aún más, el derecho puede subsistir y de hecho ha existido sin el Estado, el cual, sin aquel, simplemente no sería. Por otro lado las características que generalmente se atribuyen al Estado, no le pertenecen, sino que son propias y exclusivas del Derecho, de tal manera, que es el Derecho mismo quien se genera y autoregula, estableciendo las formas de crearse él mismo, con mayoría de razón, él establece las formas de realizarse, etc.

DOCTRINA MEXICANA SOBRE LA ACCION EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

Para el desarrollo del tema anunciado, nos guiaremos por algunos de los autores mexicanos más destacados, que han escrito sobre la materia, con lo cual tendremos un panorama, conciso y general, de la trayectoria que ha seguido la acción Penal en su consideración Doctrinaria en nuestro País.

Genética de la Acción

Para Ricardo Rodríguez, la acción penal se genera, desde el momento mismo en que aparece la infracción.¹¹³ En opinión de Julio Acero la Acción Penal nace del delito.¹¹⁴ C. Franco Sodi, afirma que la acción penal es anterior al delito pero no nos determina su nacimiento.¹¹⁵ Para M. Rivera Silva, La Acción Penal surge al cometerse el hecho delictuoso¹¹⁶ y la Acción "Procesal" Penal, al ejercerse la que él llama acción penal.¹¹⁷ G. Colín Sánchez, Considera que la Acción Penal surge al nacer el Delito.¹¹⁸ Por último J. J. González Bustamante la considera, primero como permanente e inconsumible, más adelante nos dice que la acción origina su vida en el proceso y prescinde de la

violación de la Ley Penal.¹¹⁹ Y posteriormente expresa que tiene su origen en el Delito mismo.¹²⁰

Antecedentes de la Acción

Los autores citados al respecto coinciden, con ligeras variantes en considerar su evolución histórica, desde el punto de vista de su titular, señalándonos por tanto los siguientes períodos: El de la Vindicta Privada, en el que pertenecía al ofendido, quien la ejercía por sí o por el jefe de la tribu; Después, pasando al pueblo y los ciudadanos; luego al señor Feudal, y posteriormente al Rey, quien la ejercía por derecho divino; —Apareciendo el Ministerio Público en Francia en el Siglo XIV, según Ricardo Rodríguez—,¹²¹ hasta llegar a los tiempos modernos en que la acción pertenece al Estado y se ejerce generalmente por el Ministerio Público, reconociéndosele a la acción su carácter Público y de interés social.¹²²

Evolución Doctrinaria

A grandes rasgos, coinciden también en citar; La consideración Romana; La de la Escuela Clásica; La Polémica Alemana; y la Doctrina Italiana con Chiovenda, etc., hasta la definición de Florian, que es la más aceptada en nuestra Doctrina.¹²³

Denominación

Coinciden en llamarla acción Penal, salvo: Rivera Silva que además de aquella nos habla de Acción Penal;¹²⁴ De Pina, que da una definición unitaria de Acción Procesal, comprendiendo a la Civil y a la Penal¹²⁵ y; Julio Acero quien la llama Acción Punitiva.¹²⁶

Concepto de la Acción

Ricardo Rodríguez, la considera como un medio y la define como ‘La Necesidad Jurídica que incumbe al Estado de perseguir el delito por medio del procedimiento judicial para obtener

el castigo del culpable” y se adhiere a la de Haus, para quien “es el medio legal de perseguir en justicia la represión de los delitos”.¹²⁷

Julio Acero nos dice: La acción es la materia misma en actividad en el proceso; el conjunto de exigencias que en él y por él se discuten como derechos de ataque chocando con la consiguiente defensa.¹²⁸

Rivera Silva define la Acción Penal como el Derecho de Persecución de los delitos y agrega que por ello nace al cometerse éstos.¹²⁹ Y la Acción Procesal Penal, como el ejercicio de la Acción Penal y dice: Es “un conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante un órgano judicial, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar el Derecho en un acto que el propio Ministerio Público estima delictuoso”.¹³⁰

Rafael de Pina, Adopta la definición del maestro Florian sobre la acción Penal.¹³¹ Posteriormente nos da una definición unitaria de Acción Civil y Acción Penal, en la Acción Procesal, concepuada como La Facultad de los particulares y poder del Ministerio Público de promover la actividad de un órgano jurisdiccional y mantenerla en ejercicio hasta lograr que éste cumpla su función característica en relación con el caso concreto que se le haya planteado, traduciéndose para el Ministerio Público en la obligación de realizar los Actos Procesales necesarios, en los casos expresamente señalados por el legislador.¹³²

La consideran como un Poder Jurídico y acogen la definición de Eugenio Florian; **Carlos Franco Sodi**¹³³ y **Colín Sánchez** quien la interpreta como el poder Jurídico emanado de la ley, que se justifica cuando se ha violado una norma del Derecho Penal, y será en razón de la pretensión punitiva Estatal cuando, previa satisfacción de determinados requisitos, se provoque la jurisdicción cuyas consecuencias serán la declaración de culpabilidad o la absolución del sujeto de la relación jurídica procesal.¹³⁴

González Bustamante nos dice: La acción es el Derecho a obrar, constituido “Por el Acto o conjunto de Actos por los

cuales se recurre al poder jurídico para obtener que le preste fuerza y autoridad al Derecho".¹³⁵

Martínez Pineda A. La define como, "El Deber Jurídicamente Necesario del Estado que cumple el órgano de acusación con el fin de obtener la aplicación de la Ley Penal, de acuerdo con las formalidades de orden Procesal".¹³⁶

Breves Observaciones

Baste decir que: Ricardo Rodríguez sigue la concepción Romanista de la acción como medio de perseguir en juicio...; Julio Acero, nos habla de "materia en actividad", con lo que se mantiene en la concepción Romanista de la Acción Derecho en ejercicio o en su fase activa; Rivera Silva nos habla de dos acciones; la una, acción penal que corresponde a la pretensión punitiva, la otra acción procesal Penal como el ejercicio de aquella, corresponde a las teorías de que sólo es acción aquella pretensión nacida de la violación, que se ejerce ante los tribunales. Hasta aquí ninguna resuelve los problemas de la autonomía de la acción: de la acción temeraria o infundada; de la unidad de la acción; De pina nos da una definición bastante aceptable en la Doctrina Tradicional, general y unitaria de las acciones; Pero introduce como elemento esencial de ella, a su titular y la forma positiva de manifestarse. C. Franco Sodi se limita a adoptar la definición del Maestro Eugenio Florian. G. Colín Sánchez, en su interpretación a la definición que adopta, nos habla de "violación a una norma penal" pero no nos determina qué tipo de norma, ya que no sólo son normas penales las que establecen delitos, por lo que debió especificar; por otro lado la hace depender de la infracción, por lo que quedan en pie los problemas apuntados; además. tampoco la explica conforme al Derecho positivo mexicano puesto que éste reconoce su existencia y promoción, con la sola presunción de que los hechos en cuestión son delitos, no requiriendo que éste se encuentre plenamente demostrado. González Bustamante, aunque no la define realmente, nos da una idea clara de la misma a la luz de las concepciones predominantes siguiendo a Florian y Siracusa; A. Martínez Pineda nos da una definición, en la que no nos dice el contenido de

ese deber, pues sólo alude a la forma que reviste, a su titular y un fin que le atribuye al órgano de acusación, todo a la luz tradicional y del derecho positivo, con lo que se relativiza su concepto, dado lo contingente que es la reglamentación positiva.

Características de la Acción

1. Es intrascendente: Por limitarse a la persona del culpable, sin poder ejercitarse contra sus herederos, parientes o allegados (salvo los casos de reparación del daño y disolución de la empresa).
- 2.—Es Pública: Por ser su titular, un órgano del Estado; por su fin y objeto, que son el peseguir la aplicación de la ley penal y por servir a la realización de una función pública (la jurisdiccional).
- 3.—Es indivisible: Por perseguirse con ella a todos los que hayan participado en cualquier forma en la comisión del Delito, con fundamento en un principio de utilidad práctica.
- 4.—Es única: Por no haber una acción especial para cada delito, y abarcar a todos los delitos cometidos.
- 5.—Es irrevocable: Porque una vez que interviene la jurisdicción, el órgano que ejercita la acción no está facultado para desistir de ella; no se le puede poner fin, una vez ejercida, en forma arbitraria y sólo debe concluir con la sentencia.
- 6.—Es obligatoria: Porque siempre que estén reunidos los requisitos que condicionan su ejercicio, debe ejercerse por su titular, por lo que también se le denomina necesaria e inevitable.
- 7.—Es autónoma e independiente: Por no estar sujeta a la función jurisdiccional, en virtud de la autonomía de las funciones procesales.¹³⁷

Breves Observaciones a las características anteriores

Consideramos que la intrascendencia se refiere a sus afectos y no a ella misma. La publicidad en cuanto a su titular, no

es parte de su naturaleza, sino que puede cambiar en cualquier momento. En cuanto al objeto y el fin atribuidos, se ha visto que todo el orden jurídico en general y sus normas en particular, son públicas y todo acto en que aquel o éstas se cumplen o incumplen, en última instancia, es público. La indivisibilidad se funda cuando hay delito, pero no explica los casos en que no hay delito y se Promueve; por otro lado sólo viene a ser una ficción doctrinaria más. La unicidad es complementaria de la característica anterior y deriva del aspecto o plano desde el que se le observe, a saber: desde su abstracción, su concreción en un caso determinado, o en su reglamentación positiva etc., por lo que el plano de observación debe determinarse; La irrevocabilidad es derivación propia y natural de la integración dinámica y funcional del propio orden jurídico, porque éste actúa de manera autónoma en todo caso, a la voluntad concreta de los sujetos que lo realicen, los que no hacen sino actualizarlo en todo caso en cualquier forma; la obligatoriedad, se hace depender de su reglamentación positiva al igual que su autonomía e independencia y se refiere, además, no a la acción misma, sino a su ejercicio. Resumiendo, las características se le atribuyen considerándola en su estructuración positiva, la que es contingente y variable como lo ha demostrado la historia; otras en su consideración doctrinaria; otras no son de ella en sí sino por sus efectos, o su ejercicio, todo lo cual las relativiza y hace contingentes pero ninguna la estima en su consideración ontológica, por lo que caen en una desistematización por lo variable de los puntos de observación.

Elementos de la Acción

Al respecto, **Rivera Silva** cuando alude a la que llama acción Procesal Penal, nos señala los siguientes elementos:¹³⁸

- 1.—Un conjunto de actividades ante el órgano jurisdiccional realizados por el Ministerio Público con la finalidad de que se declare el Derecho en el caso concreto, y se extingue al cesar esas actividades.
- 2.—Finalidad que persigue: Señala varias encadenadas: Que el órgano jurisdiccional actúe, lo que a su vez persigue que el

Juzgador decida sobre determinada situación y por último hacer efectiva la relación entre un hecho y uno o más preceptos jurídicos. **Ricardo Rodríguez** considera al respecto que: la acción Penal persigue el castigo del culpable y librar de la persecución social a los declarados inocentes.¹³⁹ Y,

- 3.—El poder de que están investidas esas actividades, de obligar al órgano jurisdiccional a que decida sobre la situación concreta que se le plantea. **Ricardo Rodríguez** considera que la acción Penal para su plenitud requiere: 1) Un hecho castigado por la ley penal al cometerse; 2) El cuerpo del delito o sea el objeto de prueba del hecho incriminado; 3) Un individuo responsable, o aún excusable, que haya participado en él.¹⁴⁰

Breves Observaciones

- 1) El Ministerio Público puede dejar de actuar en el proceso y no por ello extinguirse la acción.
- 2) El fin de algo debe perseguirse por sí ya que de otra manera se convierte en medio.
- 3) No todas las actividades realizadas en el proceso están revestidas por ese poder de obligar al órgano jurisdiccional a que decida, pues muchas de ellas las realiza el ministerio público por orden del juez, además la obligación del juez deriva de la ley y no de las actuaciones de una de las partes.

Distinción de la Acción y Conceptos Afines

Rivera Silva, nos dice: Una cosa es el Derecho Abstracto del Estado, de castigar a los delincuentes; otra el derecho concreto que surge con la comisión del delito, que llama acción penal; y otra el que nace con la estimación del Ministerio Público de que un hecho es delictuoso, al que denomina acción procesal penal, pero agrega: Los Derechos pertenecen al mundo normativo, la acción procesal penal es fruto de la facticidad.¹⁴¹ Consideramos que no requiere crítica tal concepto.

Exigencia Punitiva — Pretensión Punitiva y Acción

González Bustamante expone que para distinguir el Derecho Subjetivo de castigar, que corresponde al Estado, de la Acción Penal, la Dogmática del Proceso ha elaborado una teoría afirmada por Carlos Binding y se refiere a la existencia de la "Exigencia Punitiva", la que es una relación de Derecho Penal, distinta de la relación jurídica del Derecho Procesal. Corresponde al Estado y debe hacerse valer ante las jurisdicciones sirviéndole de instrumento el proceso penal. Respecto de la pretensión punitiva: Pretensión del ofendido por el delito, que se confunde con la exigencia punitiva de la doctrina Alemana, en el procedimiento penal, es caduca, consumible, capaz de perecer por prescripción de la pena, etc. En cambio, la acción es un poder jurídico permanente e inconsumible que no se puede extinguir. La comisión de un delito da origen al nacimiento de la exigencia punitiva y de ésta surge la acción penal, la que es el deber del Estado de perseguir a los responsables. Dice, se afirma la existencia de una categoría intermedia que es el "anspruch" de los Alemanes, pero que ésta carece de significado práctico y lleva a confusiones.¹⁴²

Franco Sodi a su vez, sostiene que la pretensión punitiva es el Derecho del Estado a castigar al reo, y la acción penal es procesal e instaura el proceso, que la pretensión punitiva nace con el delito, es de Derecho Substantivo, puede y tiene vida extra-procesal y es susceptible de extinguirse; Y que La Acción Penal vive en el proceso, es anterior al delito y no se extingue.¹⁴³

Martínez Pineda expone: La Pretensión punitiva nace con el delito en el sentido de que tiene vida potencial y se actualiza cuando tiene existencia el delito. La Exigencia Punitiva es una relación de Derecho Penal que se supone existente y pertenece al Estado resolviéndose en el deber de castigar. La Acción Penal es el medio de hacer realizable la exigencia punitiva, siendo posterior al quebrantamiento de la norma penal.¹⁴⁴

Acción Penal y Acción Civil

Colín Sánchez, considera que según sea la norma violada es la acción que surge y se distingue porque la acción civil es privada, pertenece al particular, es susceptible de transacción o desistimiento, y su fin es simplemente restaurador; La Acción Penal, en cambio, es Pública, surge al nacer el delito, pertenece al Estado, no es susceptible de transacción y su fin es definir la pretensión punitiva.¹⁴⁵ ,

Titular de la Acción

Coinciden en que pertenece al Estado, quien la ejerce a través de uno de sus órganos, concretamente, el Ministerio Público y que por su reglamentación positiva, constituye un monopolio por parte de éste su ejercicio, siendo el único que puede ejercerla, el único titular.¹⁴⁶ Excepciones: **Colín Sánchez**, señala como caso de excepción, con referencia a nuestro sistema positivo, en los que no es el Ministerio Público su titular, sino la cámara de Diputados, tratándose de delitos Oficiales de altos funcionarios de la Federación Artículos 109-111 de la Constitución Federal.¹⁴⁷ **González Bustamante** hace referencia a los artículos 108 y 109 de la Carta Fundamental, en que es la Cámara de Diputados también, pero limitándose al Presidente de la República por delitos graves del orden común, la que acusa ante la Cámara de Senadores.¹⁴⁸

Clasificación de los Titulares de la Acción Penal o sistemas de su Ejercicio

González Bustamante señala cinco clases a saber:

- 1) Un funcionario del Estado con exclusividad.
- 2) Pluralidad de órganos estatales.
- 3) El ofendido directamente.

- 4) Los ciudadanos; y
- 5) Los Sindicatos.¹⁴⁹

C. Franco Sodi los llama sistemas de Ejercicio de la Acción Penal y señala como tales: El Monopolio por parte del Estado y el Monopolio por parte de los Ciudadanos, siendo ambos monopolios relativos, pues admiten recíprocamente excepciones.¹⁵⁰

Presupuestos y Principios que requiere y rigen el Ejercicio de la Acción

Según sus características, los autores admiten que el ejercicio de la acción penal es obligatoria y debe hacerse de oficio generalmente; partiendo de ésta base, exponen:

Franco Sodi: El ejercicio de la acción penal consiste en el conjunto de actos regulados legalmente y que debe ejecutar el órgano de la acción en uso del poder jurídico en que ésta estriba, con el propósito de obtener, en cada caso concreto, la aplicación de la ley penal.¹⁵¹

Condiciones Mínimas para que la Acción se Promueva

González Bustamante las llama: “Presupuestos legales para el Ejercicio de la Acción Penal”. Y cita a **Florian**, para quien son “Presupuestos Generales”;¹⁵² **Rivera Silva** los denomina “Motivos que engendran la acción procesal penal o Presupuestos Lógicos”,¹⁵³ y **Martínez Pineda A:** “Exigencias o formalidades previas”,¹⁵⁴ señalando como tales:

- 1) La existencia de un hecho u omisión que defina la ley como Delito.
- 2) Que se atribuya a una persona física.
- 3) Que llegue al conocimiento de la autoridad por medio de la querrela o de la denuncia.
- 4) Que merezca Sanción Corporal.

- 5) Que esté apoyado en declaración de persona digna de fe u otros elementos bastantes de prueba.

Rivera Silva los clasifica en: Mediatos el 1) el 2) y el 3); Y de inmediatos: a) La creencia del Ministerio Público de poseer el Derecho (acción penal) para exigir la aplicación de una Sanción, por estimar que existe un "Delito Real", y la responsabilidad de un sujeto o sujetos.¹⁵⁵ Los Autores omiten: los casos de **Flagrancia** y **Cuasiflagrancia** en los que, los señalados en los números 3 y 5 no son necesarios.

Principios que rigen el ejercicio de la Acción

Franco Sodi nos dice al respecto: El Ministerio Público no es el dueño de la acción, sino que lo es el Estado, por ello sólo él puede disponer de ella sea renunciándola, extinguiéndola, exigiendo su ejercicio, delegándolo, etc., y lo hace precisamente por medio de Leyes.¹⁵⁶ En tal virtud el Ministerio Público no puede celebrar convenios, ni transacciones, respecto de ella, ni desistire o renunciarla en cualquier forma. Así, surgen los siguientes principios que la rigen.

- 1.—El de Legalidad, porque el Ministerio Público tiene el deber de Ejercitarla y continuar su ejercicio, invariablemente, de acuerdo con la ley, en oposición al Principio de la Oportunidad en el cual, aquel está facultado para considerar en cada caso concreto, si su ejercicio es conveniente o no, en virtud del interés social para unos y para otros el interés del Estado. En México rige el de la Legalidad y el órgano que la ejerce se considera de buena fe.
- 2.—El Principio de Oficiosidad, dado que se ejercitará en todo caso sin necesidad de requerimiento de particulares, siempre que se reúnan los requisitos legales para ello, de la misma manera que si no están cumplidos, a pesar de haber denuncia, acusación, o querrela, el Ministerio Público no está obligado a ejercerla. Esto resulta del principio anterior, del carácter público de la acción y de ser el órgano que la ejerce un órgano de buena fe. En oposición a éste, tenemos el principio dispositivo cuando su ejercicio sólo se

pone en marcha a iniciativa o requerimiento de los particulares.¹⁵⁷

Control del Ejercicio de la Acción de su Promoción y Prosecución

Como generalmente rige el principio de la Monopolización del Ejercicio de la Acción Penal por el Estado y en México éste se ejerce en forma exclusiva a través del Ministerio Público, se ha planteado la cuestión de qué hacer cuando a pesar de estar colmados los requisitos legales para su ejercicio, éste no la ejerce, no la quiere ejercer, no la quiere proseguir o desiste de ella. En principio, se dirá que el poder jurídico que tiene es autónomo, mas no potestativo, etc., pero tales razones no lo convencerán si no quiere hacerlo. Así estaremos frente a un órgano despótico y árbitro del proceso y de la justicia penal.¹⁵⁸ Por ello se ha discutido si es conveniente que exista un sistema de garantía y control para que sea ejercitada y seguida de modo obligatorio si están satisfechos los requisitos legales.¹⁵⁹

Diversos sistemas de Control

1.—El Concurso Subsidiario del ofendido. Este sólo traería confusiones y, en última instancia, quien controlaría al particular?, que pasaría a ser realmente el titular.¹⁶⁰

2.—El concurso de órganos jurisdiccionales, consistente en la revisión de la resolución del Ministerio Público por parte del tribunal, quien, si la encuentra infundada, le ordena que la ejercite, o prosiga.¹⁶¹

En esta doctrina, se ha considerado que el tribunal competente sería el de Segunda Instancia, sistema adoptado por Francia, Alemania e Italia.¹⁶² En México, la función podría cumplirse con el juicio de amparo, si no fuera porque la Suprema Corte ha interpretado el Artículo 21 Constitucional, en el sentido de que "La resolución del Ministerio Público negándose a ejercitar la acción penal, no viola garantías individuales por

lo que no procede el amparo".¹⁶³ De tal manera que la abstención de su ejercicio al igual que el desistimiento de ella, no puede quedar sometido al control constitucional del juicio de amparo.¹⁶⁴ El problema en México pone al Ministerio Público como el Arbitro del Proceso Penal, rigiendo en la realidad el principio dispositivo en sus manos.¹⁶⁵

González Bustamante expone: La Suprema Corte, ha sostenido que los querellantes o acusadores tienen derecho para exigir se practiquen todas las diligencias necesarias, tendientes a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad que le atribuyen al acusado, y la resolución del Ministerio Público que declara que no hay delito que perseguir, no es obstáculo para que el tribunal de alzada mande practicar, a petición del querellante, las diligencias que éste juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos.¹⁶⁶

A. Martínez Pineda, en nuestro Derecho Positivo, considera respecto de la abstención del ejercicio de la Acción Penal cuando están reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional General de la República, que es incuestionable que tiene importancia el control constitucional, para averiguar o vigilar si el acto está contenido en los límites de la competencia atribuida al órgano de acusación, o lo está en los límites del Derecho, pues todos los actos del Estado están sometidos a una apreciación jurídica, por lo que la abstención del ejercicio de la acción penal, va en contra de la garantía de seguridad jurídica, que establece el artículo 21 Constitucional y que es el principio de la legalidad. En consecuencia el hombre tiene derecho a exigir la garantía de seguridad jurídica, la que es un derecho del hombre.¹⁶⁷

3.—El tercer sistema, es el de Control Interno, consistente en el Derecho del ofendido, cuando el Ministerio Público se niegue a proceder, de acudir al superior jerárquico —Procurador— de dicha institución, para que revise el acto de éste, es decir, un control realizado por el mismo órgano, del que es su titular.¹⁶⁸ Este es el sistema adoptado por México, en las Leyes Orgánicas del Ministerio Público, medio concedido al denunciante y al querellante para acudir dentro de los quince días

siguientes al que les hubiese sido notificada la resolución, ante el Procurador General de Justicia, quien oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, decidirá, bajo su más estricta responsabilidad, si se revoca, confirma o modifica la resolución recurrida. Sólo procede contra esa resolución el Juicio de Responsabilidad.¹⁶⁹

Extinción de la Acción

González Bustamante sostiene que la acción penal no se puede extinguir.¹⁷⁰ **Ricardo Rodríguez** opina: La Acción Penal está pendiente mientras no exista una sentencia irrevocable de condena, por lo que el único medio de extinguirse es cuando consigue su fin; Sin embargo acepta que puede haber algún hecho que la extinga, pero la verdadera consumtio se halla en la sentencia de condena a todos los que cometieron o participaron en el delito. Tratándose del sujeto a proceso, la acción penal se completa no sólo con la condena irrevocable, sino también con la decisión que en su caso absuelva,¹⁷¹ por operar los principios “res judicata pro veritate habetur” y el “non bis in idem”.¹⁷² **Niceto Alcalá-Zamora** dice que el modo normal de extinguirse la acción penal, lo constituye la sentencia irrevocable o ejecutoria, pues supone la concecución de su finalidad procesal; y pasa a exponer las demás formas que señala el Código como modalidad de extinción de la acción penal.¹⁷³

Breve referencia a la Querella Necesaria

Es considerada por la casi totalidad de autores como un simple requisito de procedibilidad de la Acción Penal pero que no infuye para nada en la naturaleza de ésta.¹⁷⁴

Fases por las que pasa la Acción Penal

Estas las exponen con los períodos en que está dividido el Procedimiento Penal, o bien la dividen en tres: 1) Preparatoria, del conocimiento del Delito a su ejercicio; 2) Persecutoria, de su promoción al término de la instrucción y 3) Acusatoria, en las conclusiones que presentan las partes.¹⁷⁵

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO PRIMERO

- 1.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I Letra "A". Editorial Bibliográfica Argentina, S. de R. L. Buenos Aires, 1954. Director Bernardo Lerner. Pág. 206.
- 2.—Gramática Latina. Octava Edición 1960. Edit. Esfinge, S. A. México. Agustín Mateos M. Pág. 271.
- 3.—J. J. González Bustamante. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Cuarta Edición 1967. Edit. Porrúa, S. A. México. Pág. 36.
- 4.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Opus cit. Pág. 206.
- 5.—Diccionarios: Vastus Dic. Enciclop. Ilust. de la Leng. Cast. Buenos Aires. Edit. Sopena 1941, 12a. Edición. Pág. 25.
Pequeño Larousse Ilust., Miguel del Toro G. Pág. 11.
- 6.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Opus cit. Pág. 206.
- 7.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Loc. cit. Pág. 206-7.
- 8.—Eduardo García Máynez: Introducción al Estudio del Derecho. Undécima Edición revisada. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F. 1963. Pág. 227.
- 9.—González Bustamante. Opus Cit. Pág. 42.
- 10.—Hugo Alsina: Tratado teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Segunda Edición. Tomo I. Parte General. Buenos Aires, Arg. 1963. Pág. 34.
- 11.—González Bustamante. Opus cit. Págs. 53-54.
- 12.—Eugene Petit: Tratado Elemental de Derecho Romano. Trad. de la Novena Edición Francesa, aumentado con notas orig. muy ampliadas, por: D. José Fernández González. Editorial Nacional. Edinal, S. de R. L. México, D. F. 1963. Pág. 29.
Guillermo Colín Sánchez: Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Primera Edición 1964. Edit. Porrúa, S. A. México, Pág. 223.
- 13.—Eugene Petit. Opus cit. Pág. 31 y 81.
- 14.—González Bustamante. Opus cit. Págs. 42-43.
Guillermo Colín Sánchez. Opus Cit. Pág. 223.
- 15.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 307.
Eduardo Pallares: Derecho Procesal Civil. Segunda Edición 1965. Edit. Porrúa, S. A. México. Pág. 135.
D. Máximo Castro: Curso de Procedimientos Penales; dictado en la Fac. de Derecho de la U. N. de Buenos Aires. Compilado por: Pedro Frutos e Isauro P. Argüello. Tomo I. Tercera Edición 1937. Biblioteca Jurídica Buenos Aires. Págs. 116-117.
- 16.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 137.
- 17.—Adolfo Maldonado: Derecho Procesal Civil. Teoría y Legislación Federal del Distrito y Mercantil. Primera Edición. Antigua Librería Robredo, de José Porrúa e Hijos, México 1947. Pág. 55.
- 18.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 138.
- 19.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 55.
- 20.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 139.
- 21.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 307.

- 22.—Hugo Alsina. Opus cit. Págs. 307-308.
 23.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Págs. 55 y sigs.
 24.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Págs. 56 y sigs.
 25.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 311.
 26.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 311.
 27.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 312.
 28.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 147.
 29.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 56 y sigs.
 30.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 148.
 31.—García Máynez. Opus cit. Pág. 241.
 32.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 56 y sigs.
 33.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 314.
 34.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 38 y sigs.
 35.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 58 y sigs.
 36.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 58 y sigs.
 37.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Opus cit. Pág. 209.
 38.—Eduardo García Máynez. Opus cit. Pág. 239.
 39.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 316.
 40.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 143.
 41.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 57.
 Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 144.
 42.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 316.
 43.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 144.
 44.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 316.
 45.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 316.
 46.—Eduardo Pallares. Opus cit. Págs. 144-145.
 47.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 317.
 48.—Hugo Alsina. Opus cit. Págs. 318-9.
 49.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 57.
 50.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 319.
 51.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 319.
 52.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 319.
 53.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 320.
 54.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 320.
 55.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 320.
 56.—Eduardo Pallares. Opus cit. Págs. 145-6.
 57.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 146.
 58.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 147.
 59.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 149.
 60.—Eduardo García Máynez. Opus cit. Pág. 232.
 61.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 328.
 62.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 327.
 63.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 332.
 64.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 333.
 65.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 335.
 66.—Hugo Alsina. Opus cit. Pág. 335.
 67.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Opus cit. Pág. 210.
 68.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Opus cit. Pág. 210.
 69.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 45.
 70.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 48 y 81.
 71.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 83.
 72.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 79.
 73.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 49.
 74.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 48.
 75.—Rafael de Pina: Diccionario de Derecho. Primera Edición. Editorial Porrúa S. A. México 1965. Pág. 9.
 76.—E. García Máynez. Opus cit. Pág. 130.

- 77.—Castillo Larrañaga y Raafel de Pina: Derecho Procesal Civil. Sexta Edición, corregida y aumentada. 1963. Edit. Porrúa, S. A. México. Págs. 137 a 140 y sigs.
- 78.—Eduardo Pallares. Opus cit. Pág. 149.
- 79.—Manzini V. citado en Enciclopedia Jurídica Omeba. Loc. cit. Pág. 239.
- 80.—F. Carnelutti: Cómo se hace un proceso. Trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. E.J.E.A. Buenos Aires 1959. Pág. 39.
- 81.—Geovanni Leone: Tratado de Derecho Procesal Penal. I Doctrinas Generales. Traducción de Santiago Sentis Melendo. E.J.E.A. Buenos Aires, Arg. Agosto de 1963. Pág. 114.
- 82.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Loc. cit. Pág. 231.
- 83.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Loc. cit. Pág. 241.
- 84.—Geovanni Leone: Opus cit. Págs. 113 a 152.
- 85.—Geovanni Leone. Opus cit. Págs. 113 y sigs.
- 86.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Loc. cit. Pág. 237.
- 87.—Sabatini G. Citado por G. Leone. Op. cit. Págs. 113 y sigs.
- 88.—Citados por Geovanni Leone. Op. cit. Págs. 113 a 152.
- 89.—Máximo Castro. Opus cit. Págs. 117 y sigs.
- 90.—Vicenzo Manzini: Tratado de Derecho Procesal Penal. Trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin a la tercera Edición de la Obra Italiana "Trattato di Diritto Procesuale Penale Italiano". Tomo IV del Procedimiento Penal. Págs. 143 y sigs.
- 91.—Francesco Carnelutti: Cuestiones sobre el Proceso Penal. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Colección Ciencia del Proceso; E.J.E.A. Buenos Aires. 1961. Págs. 30 a 33 y sigs.
- 92.—F. Carnelutti. Cómo se hace un Proceso. Op. cit. Pág. 30.
- 93.—Francesco Carnelutti. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Op. cit. Págs. 33-34 y sigs.
- 94.—Leone Geovanni. Op. cit. Págs. 113 a 152.
- 95.—Leone Geovanni. Op. cit. Pág. 152.
- 96.—Eugenio Florian: Elementos de Derecho Procesal Penal. Trad. y referencias al Der. Esp. por: L. Prieto Castro. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1934. Págs. 172 a 178, 180, 185 y sigs.
- 97.—Hugo Alsina. Op. cit. Pág. 302.
- 98.—Leone Geovanni: Op. cit. Págs. 113 y sigs.
Hugo Alsina. Op. cit. Págs. 304.
Enciclopedia Jurídica Omeba. Loc. cit. Págs. 206 y sigs.
Eduardo Pallares. Op. cit. Págs. 144 y sigs.
- 99.—Hugo Alsina. Op. cit. Pág. 303.
- 100.—Leone Geovanni. Op. cit. Págs. 113 y sigs.
- 101.—Hugo Alsina. Op. cit. Pág. 305.
- 102.—Leone Geovanni. Op. cit. Pág. 113 y sigs.
- 103.—Hugo Alsina. Op. cit. Pág. 305.
- 104.—F. Carnelutti: Cómo se hace un Proceso. Op. cit. Pág. 39 y sigs.
- 105.—Florian Eugenio. Op. cit. Págs. 172 y sigs.
Leone Geovanni. Op. cit. Pág. 113 y sigs.
- 106.—Miguel Fenech: Derecho Procesal Penal. Vol. Primero. Editorial Labor, S. A. Tercera Edición Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo. Pág. 20.
- 107.—Carnelutti F. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Loc. cit. Pág. 27.
- 108.—Carnelutti F. Cómo se hace un Proceso. Loc. cit. Pág. 5.
- 109.—Hugo Alsina. Op. cit. Pág. 369.
- 110.—Hugo Alsina. Op. cit. Pág. 336.
- 111.—Francesco Carnelutti. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Loc. cit. Págs. 20, 27 y sigs.

- 112.—Miguel Fenech. Op. cit. Págs. 39-40.
- 113.—Ricardo Rodríguez: El Procedimiento Penal en México. Segunda Edición revisada, corregida y aumentada, 1900. México Oficina Tip. de la Sría. de Fomento. Pág. 261.
- 114.—Acero Julio: Procedimiento Penal, Quinta Edición 1961. Edit. Cajica Puebla, Pue. México. Pág. 59.
- 115.—Carlos Franco Sodi: El Procedimiento Penal Mexicano. Cuarta Edición 1957. Editorial Porrúa, S. A. México. Pág. 29.
- 116.—Manuel Rivera Silva: El Procedimiento Penal. Tercera Edición 1963. Edit. Porrúa, S. A. México. Págs. 54 y 60.
- 117.—Rivera Silva M. Op. cit. Pág. 61.
- 118.—Colín Sánchez G. Op. cit. Pág. 224.
- 119.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 37.
- 120.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 39.
- 121.—Ricardo Rodríguez. Op. cit. Págs. 257 a 260.
- 122.—Ricardo Rodríguez. Op. cit. Pág. 257 y sigs.
Colín Sánchez. Op. cit. Pág. 223.
González Bustamante. Op. cit. Pág. 43.
Angel Martínez Pineda: Estructura y Valoración de la Acción Penal. Primera Edición 1968. Edit. Azteca, S. A. México. Págs. 99 a 102.
- 123.—Ricardo Rodríguez. Op. cit. Págs. 257 y sigs.
González Bustamante. Op. cit. Pág. 37 y sigs.
Colín Sánchez. Op. cit. Pág. 222.
- 124.—Rivera Silva. Op. cit. Págs. 54 y 60.
- 125.—Rafael de Pina. Op. cit. Pág. 9.
- 126.—Acero Julio. Op. cit. Pág. 59.
- 127.—Ricardo Rodríguez. Op. cit. Pág. 262.
- 128.—Acero Julio. Op. cit. Pág. 57.
- 129.—Rivera Silva. Op. cit. Pág. 54.
- 130.—Rivera Silva. Op. cit. Págs. 55, 56 y 60.
- 131.—Rafael de Pina. Op. cit. Pág. 8.
- 132.—Rafael de Pina. Op. cit. Pág. 9.
- 133.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 28.
- 134.—Colín Sánchez. Op. cit. Pág. 223.
- 135.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 36.
- 136.—Angel Martínez Pineda. Op. cit. Pág. 37.
- 137.—Ricardo Rodríguez. Op. cit. Págs. 262, 263 y sigs.
Franco Sodi. Op. cit. Pág. 30.
Rivera Silva. Op. cit. Págs. 56-57.
Rafael de Pina. Op. cit. Pág. 9.
Colín Sánchez. Op. cit. Págs. 225 y 226.
González Bustamante. Op. cit. Págs. 40-41.
Angel Martínez Pineda. Op. cit. Pág. 141.
- 138.—Rivera Silva. Op. cit. Pág. 56.
- 139.—Ricardo Rodríguez. Op. cit. Pág. 262.
- 140.—Ricardo Rodríguez. Op. cit. Pág. 262.
- 141.—Rivera Silva. Op. cit. Pág. 60.
- 142.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 37.
- 143.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 28.
- 144.—Angel Martínez Pineda. Op. cit. Pág. 35 y 36.
- 145.—Colín Sánchez. Op. cit. Pág. 224.
- 146.—Ricardo Rodríguez. Op. cit. Pág. 263.
Rafael de Pina. Op. cit. Pág. 8.
Franco Sodi. Op. cit. Pág. 45.
Rivera Silva. Op. cit. Pág. 63.
Colín Sánchez. Op. cit. Pág. 226.
González Bustamante. Op. cit. Pág. 46.

Niceto Alcalá Zamora: Síntesis del Derecho Procesal. Instituto de Derecho Comp. Panorama del Der. Mexicano. Primera Edición 1966. U.N.A.M. México. Pág. 195.

- 147.—Colín Sánchez. Op. cit. Pág. 226.
 148.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 46.
 149.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 47.
 150.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 43.
 151.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 30.
 152.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 40-41.
 153.—Rivera Silva. Op. cit. Pág. 58.
 154.—Angel Martínez Pineda. Op. cit. Pág. 57.
 155.—Rivera Silva. Op. cit. Pág. 58.
 156.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 31.
 157.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 32.
 Ricardo Rodríguez. Op. cit. Pág. 264.
 González Bustamante. Op. cit. Pág. 44.
 Rivera Silva. Op. cit. Pág. 61.
 158.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 45.
 159.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 47.
 160.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 45.
 161.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 46.
 162.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 51.
 163.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 46.
 164.—Angel Martínez Pineda. Op. cit. Pág. 68.
 165.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 47.
 166.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 51.
 167.—Angel Martínez Pineda. Op. cit. Pág. 87.
 168.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 49.
 169.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 51-52.
 Angel Martínez Pineda. Op. cit. Pág. 80.
 170.—González Bustamante. Op. cit. Pág. 47.
 171.—Ricardo Rodríguez. Op. cit. Págs. 263 y 264.
 172.—Franco Sodi. Op. cit. Pág. 263.
 173.—Niceto Alcalá Zamora. Op. cit. Pág. 196.
 174.—Rivera Silva. Op. cit. Pág. 112.
 Acero Julio. Op. cit. Págs. 89 y sigs.
 Colín Sánchez. Op. cit. Págs. 226 y sigs.
 Angel Martínez Pineda. Op. cit. Págs. 58 y 71.
 Franco Sodi. Op. cit. Pág. 34.
 175.—Colín Sánchez. Op. cit. Pág. 226.
 Franco Sodi. Op. cit. Pág. 155.
 Ricardo Rodríguez. Op. cit. Pág. 262.
 González Bustamante. Op. cit. Pág. 44.
 Angel Martínez Pineda. Op. cit. Pág. 107.

C A P I T U L O S E G U N D O

REGLAMENTACION POSITIVA DE LA ACCION

- A) Referencia a la Reglamentación Civil.
- B) Reglamentación Procesal Penal:
Constitucional; En el Fuero Común; En el Fuero Federal.
- C) Disertación, Posiciones:
Constitucional; Jurisprudencial; Doctrinaria.

Citas Bibliográficas del Capítulo.

LA REGLAMENTACION POSITIVA DE LA ACCION EN MATERIA CIVIL

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales vigente desde el primero de octubre de 1932, publicado en Diario Oficial de los días 1o. al 21 de septiembre de 1932 y que abrogó todas las leyes de procedimientos civiles que se le oponían y vigentes hasta entonces, muestra las siguientes características que pasamos a exponer y analizar.

Consideración Previa

La circunstancia de figurar a la cabeza de su título primero denominado de las acciones y excepciones, el capítulo primero sobre las acciones, revela el enfoque clásico-romanista de la acción y privatístico del proceso, en oposición a las consideraciones publicistas modernas tanto de la acción como del proceso al servicio de la función pública de la jurisdicción. Además al dedicar mayor espacio y atención a las que llama acciones reales artículos 3 a 20, en oposición a los personales artículos 25 a 27, como si aquellas fueran más importantes, y por último el tercer grupo de acciones que a lo largo de su articulado parece reconocer, son las del estado civil artículo 24, pero la Fracción II de su artículo 1o. abre las puertas a la catalogación procesal. Por otra parte la casi totalidad de los artículos del capítulo, Son normas substantivas y no procesales, salvo y no del todo los artículos: 21 a 23, 29, 31, 32 y 34. En conclusión el capítulo, al decir de Niceto Acalá-Zamora, tan penosa y retrógradamente construido, podría suprimirse en cualquier momento, sin que la marcha del enjuiciamiento instaurado por el código se resintiese lo más mínimo.'

Breve Análisis de su Articulado

El artículo 1o. acoge los elementos constitutivos de la acción en la escuela Clásica-Romana de Savigny, a saber; Derecho, Capacidad, Calidad e Intereses, dando cabida a la pseudo clasificación procesal de las acciones. El artículo 2o. al expresar "La acción procede en juicio aún cuando no se exprese su nombre... sirve para demostrar la inutilidad del capítulo I, artículos: 3 a 20 de las acciones reales; 21 a 23 que se refieren a la intervención y llamamiento de terceros lo que corresponde a un capítulo aparte; el artículo 27 y sus correlativos, 517 III, 589, 598 III y el 34 de la justicia de paz, señalan la acción conocida como acción de condena a la emisión de una declaración de voluntad; el artículo 31 prohíbe la acumulación de acciones contrarias o contradictorias, sin puntualizar el alcance procesal de tales calificativos;² el artículo 32 establece que "a nadie puede obligarse a intentar o proseguir una acción contra su voluntad, excepto en los casos siguientes...", a contrario sensu por tanto, cabría obligar a alguien a accionar contra su voluntad..., "no sabemos —dice Alcalá Zamora— si con o sin pistola", además tal obligación en ningún caso existe tratándose de partilulares, pero no así respecto del Ministerio Público;³ el artículo 33 señala que las acciones duran lo que la obligación que representan, salvo excepción legal expresa; por último el código expresa: Intentada una acción y fijados los puntos cuestionados, no podrá modificarse ni alterarse salvo que la ley lo permita expresamente, evidenciando con ello, que realmente lo que se puede o no variar, son los puntos cuestionados, pero la acción siempre será la misma, puesto que de su citado artículo primero se infiere que: una cosa es el fundamento y lo que se pide y otra es la acción, la que siempre será la misma y no variará aunque varíen aquellos, artículo 34.

El Desistimiento

Puede ser de la demanda y sólo importará la pérdida de la instancia, requiriendo el consentimiento del demandado; Si es de la acción, extingue ésta aún sin consentirlo el reo, produ-

ciendo en todo caso que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de la demanda y obliga al que lo hizo a pagar las costas y los daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario, artículo 34. Ante todo es de hacerse notar el pésimo uso de la palabra reo; además que, a lo que se renuncia y lo que se pierde son las pretensiones y no la acción misma en el desistimiento de la acción, puesto que ésta podrá volverse a ejercer aunque sin fundamento legítimo, pues éste se ha perdido al renunciarse a él; con el desistimiento de la demanda en cambio, no se renuncia sino a la prosecución del procedimiento intentado y sus afectos por lo que requiere el consentimiento del demandado, pero no se pierde la posibilidad legal de iniciar un nuevo procedimiento y plantear nuevamente la cuestión, de donde resulta que el desistimiento no implica la pérdida de la acción, sino sólo, en algunos casos —en el llamado de la acción— ilegítima su ejercicio al no tener fundamento por haber renunciado a él con el desistimiento.

Acciones que el Código de Procedimientos Civiles Establece

Por principio de economía práctica no entraremos a su estudio, sino que, nos limitaremos a su enunciación: Acción reivindicatoria para reclamar la propiedad perdida; acción publiciana para reclamar la cosa de quien la tiene de mala fe, sin o con un título pero de menor calidad; acción confesoria para que se declare la existencia de una servidumbre; acciones hipotecarias las que se ejercen para constituir, ampliar, registrar o cancelar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice; acción de petición de herencia, la que se ejerce para reclamar se sea declarado heredero, se rindan cuentas o se haga la entrega de los bienes hereditarios; acción negatoria, la que procede para que se declare la inexistencia o reducción de un gravamen; acción communi dividundo, para pedir la división de la cosa común; acciones del estado civil, las que tienen por objeto: el nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia y demás situaciones relacionadas con lo anterior; acción de otorgamiento de título

legal o de contrato, la que se ejerce para obtener la legalización y documentación de un acto jurídico; acción de jactancia para obligar a quien se repute con un derecho contra el actor, a que lo ejerza; acción de enriquecimiento, la que tiene por objeto reclamar lo pagado indebidamente o por error; acción de partición de herencia, la que su objeto es fijar la porción de bienes que corresponde a cada heredero, que se encuentra prevista en el código civil, al igual que: La acción de nulidad, para lograr se declare que un acto es nulo; acción de simulación, que tiende a que se declare la nulidad del acto jurídico simulado y la existencia y validez del acto jurídico realmente querido por las partes; acción estimatoria, se da para obtener la reducción del precio por vicios ocultos de la cosa; acción pauliana, para anular los actos hechos por un deudor en fraude de sus acreedores, acción negotiorum gestiorum, que se otorga al gestor para reclamar los gastos necesarios realizados en ocasión de la gestión; y así nos podríamos pasar haciendo una lista enorme de acciones, para terminar sin abarcarlas a todas, por lo que aquí nos detendremos y sólo enunciaremos ya los interdictos que previene el código de procedimientos a estudio; interdicto de retener la posesión, que se otorga al perturbado en la posesión jurídica de un bien inmueble contra el perturbador o el que mande la perturbación o se aproveche de ella, para poner término a la misma; interdicto de recuperar la posesión, que corresponde al despojado de la posesión jurídica contra el despojador, el que la ordenó o quien se aprovechó, para que se le reponga en ella; interdicto de obra nueva, para suspender la continuación o conclusión de obras perjudiciales, obteniendo su modificación o demolición en su caso; interdicto de obra peligrosa, para evitar posibles daños que pueda ocasionar una obra por ruina o derrumbe, o de un árbol o casa peligrosa, que importe un riesgo por el mal estado de dichos objetos. Evidencia lo anterior lo ya apuntado; que el código más que referirse a la acción, se refiere al fundamento de ésta, a derechos subjetivos materiales, lo que lo ubica plenamente en la concepción clásica-romanista de la acción de la que como se ha visto ni los autores modernos se han podido desligar del todo. Después de este panorama general aunque

brevísimo sobre la acción en materia civil, pasaremos enseguida a su consideración en la materia penal que es la que por ahora más nos interesa.

REGLAMENTACION POSITIVA DE LA ACCION EN MATERIA PENAL

Constitución de 5 de Febrero de 1917

El Proyecto del entonces Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, presentado al Congreso Constituyente instalado en Querétaro el 10. de Diciembre de 1916. sufrió importantísimas modificaciones de tal modo que la Constitución promulgada el 5 de febrero de 1917, resultó ser no una reforma a la Constitución de 1857, sino una nueva Ley, que olvidando los límites del Derecho Constitucional Clásico y vigente hasta entonces en el mundo, recogió en sus preceptos los ideales revolucionarios del pueblo mexicano, les dió forma y creó instituciones que los realizarán en la vida futura del país.⁴

Exposición de Motivos del Proyecto que se presentó en la Asamblea

En la exposición de motivos del proyecto que presentó Venustiano Carranza a la Asamblea, asentó las siguientes palabras:

“...Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquel, tiene un carácter decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido durante

el período corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: Ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias. no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la Magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común, la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige".⁵

Con ello se realizó el cambio del sistema inquisitivo vigente en esa época, al acusatorio en el régimen constitucional, sistema que quedó concretamente plasmado en el párrafo inicial del Artículo 21 de nuestra Carta Fundamental.

Artículo 21 Constitucional

Este precepto establece plena y tajantemente la división de las funciones procesales en la siguiente forma: a) La imposición de las penas la hace propia y exclusiva de la autoridad judicial, quedando casi igual que en la Constitución de 1857, la cual otorgó sólo a los Jueces la facultad de imponer penas por los delitos previamente reconocidos como tales por la Ley; b) La persecución de los delitos la estableció como incumbencia del Ministerio Público y la Policía Judicial, a la que puso bajo la autoridad y mando inmediato de aquel, lo que constituyó una innovación en relación a la Constitución de 1857 y le dió una estructura con carácter propio a la institución del Ministerio Público que encuentra sus orígenes en Francia.⁶ El resto del articulado Constitucional en materia penal será tratado en su correlación con la legislación Común y Federal de la misma materia, al estudiarse ésta para efectos de evitar repeticiones inútiles, y principalmente en la Disertación que al finalizar se hace sobre el "Ejercicio de la Acción Penal".

Legislación Común

La Acción en el Código de Procedimientos Penales del Fuero Común, publicado en Diario Oficial de la Federación de 29 de agosto de 1931 que entró en vigor el 17 de septiembre del mismo año, y abrogó el Código de organización de competencia y de procedimientos en materia penal para el Distrito y T. T. F. F. de 4 de octubre de 1929, se presenta como a continuación se expone y analiza.

Definición de Acción Penal

Conforme al Código de referencia en sus artículos: 2, 3 y siguientes, podemos definir la acción penal como "el fundamento de la actividad del Ministerio Público, consistente: en la dirección de la policía judicial en la investigación del cuerpo del delito; en la solicitud al juez del conocimiento: de

la detención del delincuente, la práctica de las diligencias necesarias para demostrar la existencia del delito y sus modalidades, así como de la aplicación de la sanción que estime aplicable o la libertad del detenido cuando proceda; de interponer los recursos y seguir los incidentes que la ley permite, con el objeto de lograr y pedir la aplicación de las sanciones penales o la libertad del imputado en la forma y términos que la ley previene, y en su caso solicitar la reparación del daño”.

Objeto de la Acción Penal a la Luz del Código en Estudio

El artículo 2o. señala que la acción penal tiene tres objetos en el sentido de objetivos, como aquello que persigue:

- a) La aplicación de las Sanciones Penales.
- b) La libertad de los procesados.
- c) La reparación del daño.

En lo expuesto salta a la vista la contradicción en que caé al poner como objeto de la acción, tanto la imposición de la pena como la libertad del inculpado, pues la acción debe tener un objeto único, o bien por lo menos, de tener varios, éstos deben ser compatibles y aquí no sólo no lo son, sino que el uno excluye al otro, de tal manera, que la acción o tiene uno u otro, pero no puede tener ambos a la vez, pues tal es contradictorio. Por otro lado si el Ministerio Público desde la consignación va a pedir la libertad del procesado porque es evidente que no hay delito o que el consignado no es el culpable, según los datos de la averiguación previa, ¿entonces para que consigna?, lo que pasa, es que el Ministerio Público una vez que la duda se ha resuelto, en su concepto, por las pruebas logradas durante el proceso, pide él en sus conclusiones, lo que en su apreciación conforme al Derecho considera procedente. Además, el Ministerio Público al cosignar lo hace porque fundadamente considera que ha habido delito y el sujeto consignado es probablemente el autor de aquel y precisamente es de considerarse por ello que lo que él persigue sea la aplica-

ción debida del Derecho al caso concreto, de esta manera al aplicarse el Derecho, éste puede tener por contenido o resultado: la libertad o la imposición de la sanción al imputado, y he aquí que el contradictorio de inicio se salva y más bien se desvanece, pues el Ministerio Público, lo que hace es cumplir con su deber (formal y teóricamente hablando), sin buscar mas en este plano considerado, que es el cumplimiento del orden jurídico, provocando las consecuencias jurídicas o cumpliendo con éstas, al darse los supuestos debidos. Así tenemos que uno es el objeto estricto que persigue el Ministerio Público y otro el objeto de la acción penal, la cual formalmente persigue el lograr infringirle funcionalidad al orden jurídico al que pertenece, pues es el conjunto de normas que regulan y fundan (en forma de derecho o deber subjetivos), la actividad tendiente a nexar el derecho material con el procedimental que le corresponda, para dar nacimiento a un proceso en que conjugado lo anterior, de oportunidad de que se realice la coacción o vinculación entre el núcleo preceptivo y el sancionador de la norma, a través de la medida que señalan las normas del juicio o de valor, exigiendo con ello la jurisdicción; dándole vida y dinamismo pleno al Derecho, configurándolo como un orden o sistema normativo, crítico, dinámico-funcional y efectivo.

Confusiones conceptuales y desistematización terminológica

En la fracción VI in fine del artículo 3o. tiene un error que podría llamarse gramatical, pero que redundo en una confusión o contradicción conceptual, pues al usar una "y" copulativa y no una "o" disyuntiva parece que señala como compatibles a un mismo momento y en un hecho concreto único, las facultades que consagra en la fracción VI y VII del artículo citado, siendo que éstos por su naturaleza se excluyen. La fracción III del artículo 3o. insiste en el error de llamar delincuente al que apenas es imputado, ya que sólo se es delincuente después de sentencia judicial que así lo declare, lo que pone de manifiesto la falta de sistemática jurídica de que adolece

el código a estudio, tanto en su redacción como en los conceptos que por ella vierte, acusando también una inestabilidad conceptual, no así una ignorancia, ya que conociendo los términos correctos según lo demuestra el uso que hace de ellos en su articulado, acusa por lo menos una falta de cuidado y orden técnico en su uso, otro ejemplo, es el concepto y término “consignación” en sus artículos 5, 19 y 18.

Principios de Obligatoriedad y de Legalidad

Los adopta al establecer en sus artículos 4o. y 5o. en relación con el 132 y el 297 del mismo ordenamiento, que: cuando no haya detenido el Ministerio Público practicará o pedirá a la autoridad judicial se practiquen todas aquellas diligencias necesarias hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional para la detención. Si dichos requisitos aparecieron ya comprobados en el acta de policía judicial, el Ministerio Público la turnará al juez solicitando, al hacer la consignación correspondiente, que decrete la detención del presunto responsable. Cuando haya detenido, operan los dos últimos párrafos de la fracción XVIII del artículo 107 y el 16 de la Constitución Federal, debiendo ponerse inmediatamente al inculpado a disposición de la autoridad Judicial, lo que sólo puede hacerse por medio de la consignación.

Prosecución de la Acción Penal

En su articulado no previene el desistimiento, a pesar de que en la Ley Orgánica del Ministerio Público del fuero común en su artículo 19 fracción II inciso “a”, hace referencia a él, por lo que el proceso se seguirá hasta las conclusiones, las que están reglamentadas por el artículo 6o. en relación con los artículos 316 a 319; 7 y 8 en relación con los artículos 320 a 322 del mismo y sus correlativos de la Ley Orgánica citada que más adelante en el estudio de ésta se señalan, 20 Fracción VII por ahora, como las conclusiones, ya sean absolutorias o acusatorias, dan lugar a una resolución judicial definitiva, en el primer caso equivalente a sentencia absolutoria

y en el segundo según proceda, de donde resulta que la acción siempre alcanza su fin tradicionalmente aceptado, sin mayor interrupción por parte de su titular.

El Ofendido

Como el ofendido tiene facultad de ofrecer pruebas y presentarlas incluso directamente al juez, resulta que materialmente es un sujeto y parte procesal, artículo 9.

Facultades Sancionadoras del Ministerio Público como Autoridad

Conforme al artículo 20 en relación con el 33 del Código en estudio, El Ministerio Público en la averiguación previa, por vía de corrección disciplinaria podrá imponer multas que no excedan de diez pesos, y para hacer cumplir sus determinaciones podrá emplear como medios de apremio: multa de uno a cinco pesos, arresto por ocho días y el auxilio de la fuerza pública.

Residuos del Sistema Inquisitivo

Los jueces no quedaron a pesar de la división constitucional de las funciones procesales, como meros dictadores de sentencias y resoluciones en general sobre las promociones de las partes, sino que a su vez, pueden dictar los trámites y providencias necesarias para la pronta y eficaz administración de justicia, artículo 37; y cuando esté comprobado el delito, dictará oportunamente las providencias necesarias para restituir al ofendido en el goce de sus derechos que estén plenamente justificados, artículo 28; gozará el juez de la acción mas amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes según su criterio, para la comprobación del cuerpo del delito, siempre que no estén reprobados por la ley, artículos 124, 314, etc.; Pero también tribunales y jueces no podrán bajo ningún pretexto, aplazar, demorar, omitir o negar la resolución de las cuestiones que legalmente hayan sido

sometidas a su conocimiento, artículo 77 y en caso de duda deberá absolver, artículo 247, sin embargo en nuestra legislación Común (y Federal según se verá) existe un incidente que se denomina de "Libertad por desvanecimiento de datos", conforme al cual, artículos 546 a 551, en cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que sirvieron de base para decretar la formal prisión o la preventiva, podrá decretarse la libertad del reo a petición de parte y con audiencia necesaria del ministerio público. La resolución que se dicte es apelable en ambos efectos, y si en opinión del ministerio público hay desvanecimiento de datos, no podrá expresar opinión en la audiencia sin autorización previa del Procurador, la resolución que conceda la libertad por desvanecimiento de los datos que lo hacían aparecer como presunto responsable, tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de méritos quedando expedita la acción del Ministerio Público, para pedir de nuevo la aprehensión del inculpado si aparecieren nuevos datos que lo ameriten. Lo anterior presenta cierta inconstitucionalidad a la luz del artículo 23 de la carta fundamental, del principio non bis in idem, y de la garantía de certeza jurídica, y un retroceso a la reprobada práctica llamada de la "absolución de la instancia", se salva un poco, puesto que al ser a petición de parte, más le conviene al inculpado apurar el procedimiento para que en el mismo se dicte sentencia definitiva, pero no hay solución para cuando sea el propio Ministerio Público quien la solicite.

La Querella Necesaria

El código que estamos estudiando en su artículo 262 reconoce la existencia de la querella como requisito necesario para proceder a la persecución de los delitos que enumera en su artículo 263 en forma limitativa, a pesar de que en su fracción III expresa "Los demás que determine el Código Penal", debiendo entenderse que sólo los que expresamente señale la ley como tales serán de querella, no así los demás; su artículo 264 nos señala el siguiente procedimiento en estos casos: bastará para que surta efectos la querella, aunque el

ofendido sea menor de edad, con que se manifieste verbalmente la queja, entendiéndose por ofendido, toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito; si son personas morales podrán presentarse por apoderado con cláusula especial; salvo los casos de raptó, estupro o de adulterio, en que se requiere sea hecha directamente por el ofendido; al presentar la querrela se le hará saber al querellante: las sanciones en que incurre si se produce con falsedad, se le tomarán sus generales y huellas digitales al pie del escrito que presente y se comprobará su personalidad en los términos que el mismo código establece en su citado artículo 264, y si no supiere escribir el querellante, se levantará por el funcionario que la reciba el acta correspondiente con los requisitos expuestos, artículos 275 y 276. El ofendido o sus legítimos representantes que coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta, tienen derecho incluso a apelar, artículo 417. Si el procedimiento se iniciare sin la satisfacción de la querrela, en cuanto se tenga conocimiento de ello se suspenderá el procedimiento, artículo 477 fracción II, pero tan luego se cumpla con presentar la querrela, el procedimiento continuará, artículo 480.

**COMENTARIOS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS
PENALES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES. EN SU TITULO PRELIMINAR Y
PRIMERO CAPITULO I.**

Para el desarrollo de este tema seguiremos en conjunto las consideraciones que hacen: Niceto Alcalá-Zamora y Carlos Franco Sodi, directamente al articulado del Código citado que regula la materia que nos interesa.

**Comentarios al Código de Procedimientos
Penales en su título preliminar**

Franco Sodi Expone que: De su Artículo 1o. en relación con el 619 y el artículo 2o. de la Ley Orgánica de los Tribunales comunes del D. y T. T. F. F., así como con el artículo 13

del Código Penal, resulta que para hacer efectivo el jus puniendi sobre una persona es necesario: 1) Que el hecho imputado sea delictuoso; 2) Que lo haya ejecutado; 3) Que sea responsable en alguna de las formas previstas en el Artículo 13 del Código Penal.⁷ El artículo 2o. establece la necesidad del proceso para aplicar la ley penal en cada caso concreto, y por ser el nuestro de forma acusatoria, la imposibilidad de los tribunales para proceder oficiosamente, haciéndose necesaria la actividad de otro órgano del Estado que los ponga y mantenga en movimiento, esta actividad persecutoria de los delinquentes ante la jurisdicción competente, es la "acción penal";⁸ El mismo artículo 2o. en relación con el 6o. y 8o., siguiendo la doctrina tradicional, entiende que el delito y el delincuente son presupuestos forzosos de la acción penal, de tal suerte que si falta uno de ellos la acción no existe. por ello los artículos comentados señalan que el Ministerio Público debe pedir al juez la libertad del procesado, pues se demuestra que no hay delincuente; La fracción tercera de este artículo 2o. es del todo innecesaria, pues es bastante con la primera, ya que la reparación del daño forma parte de la sanción pecuniaria conforme al artículo 29 del Código Penal.⁹

Comentarios al Título Primero Capítulo I

El Código de Procedimientos Penales dedica concretamente el Capítulo I de su título I a la que llama "Acción Penal". El artículo 3o. infiere al Ministerio Público como titular de la acción penal, congruente con el sistema de monopolio de la acción penal que establece el artículo 21 constitucional, que al no deslindar la fase de persecución de los delitos que atribuye como facultad exclusiva del Ministerio Público y la policía judicial, da con ello a la acción penal un alcance desmesurado, sólo supeditado en algunos casos a una condición de procedibilidad, además bajo el concepto de acción penal se incluyen las siete fracciones de la norma citada, pero ni aún considerando la doble finalidad: Instructora y acusadora, que algunos autores le asignan, cabe incluir las siete fracciones citadas del artículo 3o. y menos aún si se toma la idea en sentido estricto.¹⁰

Por otro lado de su reglamentación se infiere que, para que un proceso penal se inicie es necesario el ejercicio de la acción penal, ejercicio que principia con la consignación, y el Ministerio Público para saber si legalmente puede consignar práctica una averiguación que según el legislador Federal de 1934 constituye el primer período del procedimiento, por ello el Ministerio Público en cada delito desarrolla dos actividades, una de averiguación previa como autoridad (artículo 262), y otra que es el ejercicio de la acción penal, en su caso, ya dentro del proceso en el que figura como parte, la primera es averiguación previa las demás son ejercicio de la acción penal.¹¹

Alcalá Zamora considera que en realidad dentro del artículo 3o. la verdadera acción penal se identifica con la fracción VI "pedir al juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable"; La fracción VII de solicitar cuando proceda la libertad del ofendido, no puede estimarse en ningún sentido como acción, puesto que no implica ataque sino renuncia o desistimiento del mismo; la fracción IV que le da la facultad de interponer recursos e incidentes, implicaría acción tan sólo conforme a la clasificación funcional y segmentada de algún opositor. las fracciones II y V entrañan peticiones relacionadas con el desarrollo de la instrucción, y la fracción I y en parte la III acerca de la averiguación y de la detención, implican ejercicio de atribuciones instructoras, que en rigor deberían transferirse al juez instructor. Los artículos 4o. y 5o. conciernen a la detención que es una medida asegurativa. El 6o. es secuela de las fracciones VI y VII del artículo 3o. en relación complementaria con el 8o. y el 7o. y, el artículo 9o. que habla de la coadyuvancia.¹²

Según **Franco Sodi**: El artículo 4o. contraría la naturaleza de la averiguación previa que es función exclusiva del Ministerio Público y menoscaba la respetabilidad de los tribunales convirtiéndolos en amaruenses de una autoridad administrativa;¹³ para **Martínez Pineda** hace una indebida delegación de facultades contra lo establecido en el artículo 21 constitucional y que además inutiliza la investigación previa;¹⁴ a los artículos 5o. en relación con los artículos 132 y 297; 6o. en

relación con los artículos 16, 317 y 319; los artículos 7o. y 8o. en relación con los artículos 320 a 322 de la misma ley y los artículos 25 y 26 de la ley orgánica del ministerio público del Distrito Federal; Franco Sodi manifiesta, que les son aplicables los comentarios hechos a los artículos anteriores, sobre todo a los artículos 2o. y 3o. y los siguientes: todo pedimento del Ministerio Público que implique desistimiento de la acción penal, debe ser autorizado por el procurador quien resuelve oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, y hace esta aclaración: si el artículo 21 constitucional da una facultad sin trabas ni distinciones de ninguna especie al Ministerio Público, y si éste se desiste violando la Ley Orgánica respectiva, sólo posibilita el juicio de responsabilidad, más no la posibilidad de anular su pedimento y menos para que los tribunales se arroguen facultades que son exclusivas del Ministerio Público, mandando continuar el procedimiento. Los comentarios a los Artículos 320 a 323 del Código en estudio, hacemos notar que Franco Sodi los hace con referencia a los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público del D. y T. T. F. F. de dos de octubre de 1929, derogada, puesto que sus ideas las expone en 1946 y la ley orgánica del Ministerio Público vigente es de 1954, en vigor desde el primero de enero de 1955.¹⁵

El Artículo 9o. señala a los sujetos procesales, como aquellos que deducen un derecho en contra de quienes este derecho es deducido, y son llamados partes procesales; al ofendido por el delito, lo que constituye una torpe y viciosa práctica judicial lo considera como un "nadie", apreciación que se desmiente con este artículo que lo faculta para desarrollar una actividad dentro del procedimiento, dándole la categoría de "sujeto procesal", no al igual que el artículo 141 del Código de Procedimientos Penales Federal que lo limita a ofrecer pruebas al Ministerio Público, éste en cambio lo faculta para ponerlos a disposición del juez directamente.¹⁶

Extinción de la Acción Penal

Alcalá Zamora expone: En cuanto a la extinción de la acción Penal el modo normal de extinguirse lo constituye la

sentencia irrevocable o ejecutoria, artículo 443, que supone la consecución de su finalidad procesal, derivando de ello la excepción de cosa juzgada como garantía individual consagrada en el artículo 23 Constitucional, y entre las modalidades de extinción de la acción penal señala: La muerte del imputado, artículo 91; ;La prescripción, artículos 100-102, 104-112, y 118 del Código Penal, y advierte que no debe confundirse con la extinción de las sanciones artículos 103 y 113 a 117, porque aquella es anterior a una sentencia que no llegó a recaer y ésta es posterior a la sentencia que se dictó; continúa con el perdón del ofendido; la amnistía que la relaciona con el artículo 72 fracción XXV constitucional; el indulto, artículo 94 respecto del cual sostienen que no extingue la acción penal, puesto que sólo opera respecto de sanción impuesta en sentencia irrevocable; la compensación absolutoria de las injurias recíprocas, artículo 349; ;la prueba de la verdad de la imputación difamatoria, artículo 351 (al respecto consideramos que ello demuestra que el ilícito no existió y por ello no hay lugar ni siquiera a juzgar no digamos ya a penar); y, la prueba plena del error en que incurrió el perseguido como calumniador, artículo 357.¹⁷

Observamos en las citadas modalidades de la extinción de la acción penal, al considerárseles tomando en cuenta que en el Código de Procedimientos Penales del fuero común, no existe previsto y por lo tanto no hay posibilidad de que el ministerio público se desista de la acción, sino exclusivamente al presentar sus conclusiones podrá formularlas de no acusación; y considerando lo previsto por los artículos 320 a 324 del ordenamiento a estudio, que: No son sino causas de extinción del ilícito o de la responsabilidad penal en general, más no de la acción penal, la que es del todo independiente de aquella. Por otro lado teniendo en cuenta el artículo 443 y los ya citados, resulta que sólo hay dos formas de concluir los procesos penales en el fuero Común, a saber: El sobressimiento y la sentencia, el primero que conforme al artículo 324 produce los mismos efectos que la sentencia absolutoria, nos resuelve el problema en la siguiente forma: Primero la acción no se extingue en ninguna forma y por ningún medio; Segundo la actividad derivada y fundada en la acción (sea derecho o deber en la forma

expuesta en capítulos posteriores) siempre llega a su fin tradicionalmente aceptado, la sentencia o resolución judicial definitiva, que determina la cuestión que se le presenta. Es la acción en una de sus posibilidades que se actualiza aquí y ahora que siempre se realiza y llega a su consumtio, dejando una realidad que nos presenta una relación jurídica completa determinada.

Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales, publicada en Diario Oficial de 31 de Diciembre de 1954, entró En Vigor el 1o. de Enero de 1955, y Derogó la Ley Orgánica del Ministerio Público del D. y T. T. F. F., de dos de octubre de 1929 y sus reformas.

ARTICULADO

Por lo que respecta a la reglamentación que hace de la acción penal en su articulado, encontramos que repiten casi textualmente el contenido de los artículos del Código de Procedimientos penales para el D. y T. T. F. F. en la parte relativa a la materia que nos interesa, en la siguiente correlación: Su artículo Primero: Fracción II, lo previsto en el 2o. Fracción III; su Fracción III, el artículo 3o. Fracciones I, II y V; su Fracción IV, el artículo 2o. I y 3o. VI; su fracción V, el artículo 3o. IV; su artículo Veinte: Fracción II, el Artículo 3o. I, II y V; su fracción IV, artículos 2o., 3o., III, y 5o.; su Fracción VII, artículos 6o., 7o. y 8o.; su Fracción VIII, artículo 3o. IV; su artículo 25 Fracción I, los artículos 3o. I y 2o. en su párrafo inicial; su artículo 25 Fracción II y artículo 27, el artículo 4o.; sus artículos 34, 37 en todas sus fracciones y el 38, el artículo 3o. I. Por lo que repetimos respecto de los artículos citados en esta ley, lo apuntado respecto de sus correlativos señalados en el Código Procedimientos Penales del D. y T. T. F. F.

Sistema de Control Interno del Ministerio Público en el Ejercicio de la Acción Penal

La Ley Orgánica a estudio, empieza por establecer que las resoluciones y pedimentos del Ministerio Público, deberán

fundarse y motivarse legalmente (Art. 41); con cierta oposición al segundo párrafo del artículo 19 Constitucional, señala que los agentes del Ministerio Público en ningún estado del proceso podrán variar o modificar la acción penal que se hubiere intentado, sin previa autorización del Procurador General, artículo 42, a contrario sensu, con la autorización citada, sí podría variarla o modificarla. Con lo que pone de manifiesto: Que considera la existencia de varias acciones, pues puede haberse intentado una y posteriormente con autorización del Procurador puede variarse, o sea cambiarse por otra según el delito, lo que muestra además de que adopta una teoría Clásica-Romanista de una acción para cada delito, cierta inconstitucionalidad a la luz del segundo párrafo del artículo 19 Constitucional, según el cual “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 aquel ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente”, La Constitución nos habla de acusación en lugar de acción, pero fuera de eso no nos habla de otra acusación o de variar la que se ejerció, sino de acusación por separado lo que es correcto, pues se seguirá ese otro hecho que sí es distinto, por la acción, pero por separado, siendo por ello la acción siempre la misma y única, lo múltiple será su realización y los contenidos que tiende a realizar, pero no ella en sí. La Constitución también nos habla de delito cuando aún no hay la certeza de la existencia del mismo, la que sólo se obtiene con la declaración Judicial.

Continúa la Ley Orgánica en Estudio con las facultades de la Dirección General de Investigaciones, la que al dictar las resoluciones procedentes en las averiguaciones previas en el Distrito Federal, deberá someter al procurador los casos de no ejercicio de la acción penal —Artículo 25 Fracciones II y I—, y al respecto el artículo 19 en su Fracción segunda entre las facultades y obligaciones de los agentes auxiliares nos señalan las siguientes: Dictaminar los asuntos en que el procurador deba decidir: a) Sobre la procedencia del desistimiento de la Acción Penal; b) Sobre formulación de conclusiones de no acu-

sación; y c) Sobre la falta de elementos para ejercitar la acción penal; reforzado lo anterior con las obligaciones impuestas por el Artículo 20 a los agentes del Ministerio Público adscritos a los Tribunales, entre las que resaltan: El ejercitar la acción penal, el cuidar que los procesos se sigan con toda regularidad, el formular los pedimentos y conclusiones que procedan en los términos legales; con las correlativas facultades del Procurador de Justicia consagradas en el artículo 17, entre las que hacemos destacar las consistentes en: Investigar las detenciones arbitrarias que se cometan, promover su castigo y adoptar las medidas legales pertinentes para hacerlas cesar, imponer al personal de su dependencia las correcciones disciplinarias que procedan, recibir quejas sobre demoras, excesos o faltas en el despacho de los negocios en que intervenga el Ministerio Público, pedir que se haga efectiva la responsabilidad en que hubieren incurrido los funcionarios y empleados del Ministerio Público y de la administración de justicia del Distrito y Territorios Federales, por los delitos oficiales que cometan en el desempeño de sus cargos.

En conclusión, se observa el establecimiento legal de un control práctico interno del ejercicio de la acción, basado en la constitución jerárquica del órgano titular del mismo. Pero, teniendo en cuenta que el Ministerio Público no es un conjunto de funcionarios, sino una institución, y como el Estado titular de la acción penal sólo puede ejercerla a travez de aquel y como éste es un órgano y no una persona, aunque considerando que el titular del Ministerio Público y el que dispone de él en la forma apuntada, es el Procurador, se nos presentan los siguientes problemas: ¿Quién controlará al Ministerio Público como órgano o lo que es lo mismo, fácticamente hablando, al Procurador titular de aquel?, se nos dirá que procede el juicio de responsabilidad, pero en ningún momento hay forma de cambiar sus resoluciones y es respecto de éstas que se requiere un control, que como se verá más adelante, por la jurisprudencia de la Suprema Corte no existe en nuestro sistema jurídico, ni teórica ni prácticamente hablando, lo que nos presenta un titular del ejercicio de la acción penal sin control en sus resolu-

ciones y por lo tanto con facultades omnímodas que lo penen como al árbitro del Proceso Penal.

LEGISLACION PROCESAL PENAL FEDERAL

Código Federal de Procedimientos Penales de 1934

En su exposición de motivos realizada por el entonces Procurador General de la República, Lic. Emilio Portes Gil, señala, que la creación del Código no obedece a un simple deseo de innovar, sino a la necesidad de adaptar la ley procesal federal y los preceptos de la Constitución de 1917 y al Código Penal de 1931. Y que, se elaboró de acuerdo con las modernas doctrinas del Derecho Penal en el mundo, incorporadas a nuestro país, ajustándolas a nuestras necesidades y recursos materiales y técnicos. Haciendo notar que la legislación Constitucional, no ha evolucionado paralelamente a las disposiciones penales, situación en muho salvada por la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Refiriéndose a los lineamientos generales del Código, nos expone que: Sirvió de base el sistema acusatorio en concordancia con el artículo 21 Constitucional, aunque conservando algunas modalidades del antiguo sistema inquisitivo, puesto que aquel llevado al extremo sería perjudicial para la organización de los tribunales, "pues si bien es cierto que el Ministerio Público a partir de la Constitución de 17 y de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte, tiene encomendado en forma exclusiva el ejercicio de la acción Penal, no es debido restringir la actuación judicial a tal extremo que los jueces tengan sólo como funciones: Primero, la de dictar auto de formal prisión. Y segundo, la de dictar sentencias". Por lo que se estableció un sistema de cierto arbitrio judicial en los términos de los artículos 51 y 52 del Código Penal, dando facultades a los Jueces para obtener durante la instrucción los datos necesarios en general, para conocer las circunstancias especiales del delito y del delincuente. Y ya para terminar afirma que el citado Código continúa la obra renovadora de la Legislación Penal en México. Exposición fechada el 28 de agosto de 1934.

Código Publicado en Diario Oficial de la Federación de 30 de Agosto de 1934 y en vigor desde el primero de Octubre de 1934, que Derogó al Código Federal de Procedimientos Penales de 16 de Diciembre de 1908.

ARTICULADO:

En todo momento por su forma de expresión denota que reconoce que la acción en todo caso y siempre la tiene su titular quien concretamente es en congruencia con la constitución, el Ministerio Público. Y así en su artículo 1o. Fracción I, cuando habla de la averiguación previa expone que: "comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la Acción Penal", con lo que resulta claro que, lo que está condicionado no es la acción misma, sino su ejercicio, en sus Artículos 2o. y 3o. tampoco encontramos que haga alusión a la obsoleta doctrina clásica-romanista sobre la acción, que aún conserva el Código de Procedimientos Civiles, que nos habla de una procedencia o improcedencia de la acción y de una decisión judicial al respecto, con lo que olvidan los sustentadores de esta teoría, ¿qué fué lo que fundó y provocó la decisión judicial sobre tal improcedencia?, limitándose al referirse tanto en su artículo 1o. Fracciones II y III como en el artículo 4o., que la cuestión a resolver es sólo: Si un hecho es o no delito (Federal) y determinar la responsabilidad o irresponsabilidad de los acusados e imponer las sanciones que procedan.

Uso inadecuado de Términos de nuestra Materia

Encontramos algunas fallas en el uso del léxico técnico jurídico, tales como: En su artículo 24, en el que habla de cuando se pierda algún expediente, "...Se hará la consignación correspondiente al Ministerio Público...", y en cambio en su artículo 39 nos dice: "...Se dará conocimiento de ello al Ministerio Público . . ." con lo que manifiesta, al considerársele en relación con la Fracción Primera del Artículo 1o. que sí tenía una concepción exacta del término consignación, presen-

tando una inestabilidad terminológica aunque no una ignorancia, pero que como se verá más adelante, nos lleva a confusiones conceptuales.

Residuos del sistema Inquisitivo

En el Artículo 41 faculta a los Tribunales para que de oficio puedan dictar los trámites y providencias encaminadas a que la justicia sea pronta y expedita, con lo que denota que nuestro proceso penal federal, una vez iniciado, responde a un sistema mixto, dado que el artículo citado es una gran limitación al sistema acusatorio por las facultades que le concede al Juzgador. En cuanto al incidente denominado de libertad por desvanecimiento de datos regulado en sus artículos 422 a 426 repetimos lo dicho al respecto de la Legislación común.

Facultades Sancionadoras del Ministerio Público de la Federación

El Ministerio Público Federal tiene ciertas facultades, para hacer cumplir sus resoluciones cuando actúa como autoridad, o sea durante el período de la averiguación previa, facultades que lo invisten de cierto "imperium".

Lo anterior está previsto por el artículo 44 de la Ley Procesal en cuestión y los medios de apremio permitidos son: I.—Multa de 5 a 200 pesos; II.—Auxilio de la fuerza Pública y, III.—Arresto hasta de 15 días.

Ejercicio de la Acción Penal

Ante todo haremos notar que en ningún momento el Código nos habla de nacimiento de la acción penal, sino siempre de su ejercicio, requisitos, momento en que se ejerce, etc., por lo que resulta que el legislador da como presupuesto la existencia de la acción, de la que sólo en principio parece que condiciona su ejercicio.

El Principio de Obligatoriedad, y los Requisitos para el Ejercicio de la Acción Penal

Los requisitos para su ejercicio salen del Análisis de el artículo 134 el cual en su párrafo primero acoge el principio de la obligatoriedad al establecer: “Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se han llenado los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución General de la República para que pueda procederse a la detención de una persona, se ejercitará la acción penal señalando los hechos delictuosos que la motiven...”.

Breve crítica al Precepto: Nos habla de “hechos delictuosos que la motiven”, es sabido y reconocido que en el Derecho y sobre todo en materia penal “algo es lo que es sólo cuando se conoce que es lo que es”, de donde los hechos serán delictuosos hasta que se conozca que lo son, y ésto será hasta que el juez lo pronuncie así y en tal pronunciamiento no haya error.¹⁸ Por lo que el Legislador prejuzga sobre la naturaleza de los hechos a que hace referencia, debiendo para salvar lo anterior, expresar: Los hechos posible o presumiblemente delictuosos y no tajantemente “hechos delictuosos” como lo hace.

Volviendo a los requisitos para su ejercicio, parece ser según el párrafo citado que se requiere, y así lo han interpretado los autores mexicanos de la materia penal, que: estén satisfechos los requisitos del 16 Constitucional, de tal manera que pasan a ser en las concepciones de los teóricos mexicanos, más que requisitos para la procedencia de la detención o de la aprehensión como claramente lo señala la Constitución y lo reconoce el Código Federal a estudio, requisitos de la promovibilidad de la acción, lo que no requiere mayor diálogo.

Por otra parte el mismo artículo 134 en sus dos párrafos siguientes establece “...no será necesario que se llenen los requisitos que exige el precepto Constitucional citado, cuando el delito no merezca pena corporal, o el Ministerio Público estime conveniente ejercitar desde luego la acción. También hará consignación el Ministerio Público, ante los Tribunales, siempre que de la averiguación previa resulte necesaria la práctica

de un cateo”, éste último en relación con los artículos 61 y 63 principalmente, del propio ordenamiento y 16 Constitucional. En cuanto al segundo párrafo del artículo 134 que estamos analizando, vuelve a hablarnos de “delito” con lo que comete lo mismo que se anotó respecto del primero, una prejulgación, un adelantarse al hablar de algo que todavía no se sabe ni siquiera si existe.

Resulta por último que, el ejercicio de la acción sólo está condicionado en su reglamentación positiva federal a que: “El Ministerio Público lo estime conveniente”.

Control de su Promovilidad

A pesar de establecerse como un deber del Ministerio Público el ejercicio de la Acción Penal en el párrafo primero del artículo 134 de la ley en cuestión, al considerársele en su relación con el artículo 133 que señala, que: Cuando el Ministerio Público determinare que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos por los que se hubiere presentado denuncia o querrela, el denunciante, el querellante o el ofendido podrán ocurrir al Procurador de la República dentro del término de quince días contados desde que se les haya hecho saber esa determinación, quien resolverá, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal, y en virtud de que en su último párrafo dice expresamente que no cabe recurso alguno, sino sólo podrá ser motivo de responsabilidad, y aún más, por la jurisprudencia sustentada por la Corte al respecto, de que: no viola garantías individuales la resolución del Ministerio Público en la que determina que no es de ejercerse la acción penal, (Sobre esto último se hará una disertación especial más adelante), Por ello y por la reglamentación expresa de la acción en el artículo 136 y 137 I y II y lo establecido en el artículo 131, es de concluirse que el criterio que realmente rige el ejercicio de la Acción Penal, es positivamente, el de la estimación del Ministerio Público, tal como lo reconoce el segundo párrafo in-fine del artículo 134, y que no existe ningún control legal real y efectivo sobre el ejercicio de la acción Penal, resultando meramente formal el principio de la obligatoriedad.

Facultades Procesales del Ministerio Público en ejercicio de la Acción Penal

Con bastante acierto técnico en su artículo 136 nos habla de facultades que corresponden al Ministerio Público en ejercicio de la acción penal, entre las que destacan: Promover la incoacción del procedimiento judicial y hacer todas las promociones conducentes a la tramitación regular de los procesos, en las que se pueden subsumir sus seis fracciones en forma más técnica, puesto que su fracción V parece presuponer, al no decir "en su caso o cuando procedan", que siempre procede pedir la aplicación de las sanciones lo que no sería congruente con lo establecido en la Fracción II de su artículo 138.

Autonomía de la Acción Penal, el Titular de su Ejercicio y el Delito

Prueba de que la regulación Federal reconoce que la acción no depende para nada del ilícito y que es algo distinto a su titular quien sólo posee facultades en cuanto a su ejercicio, pero que ella en si es independiente de ellos, la encontramos en la redacción de su artículo 137 que nos dice: "El Ministerio Público no ejercitará la acción penal: I.—Cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito —Con lo anterior reconoce que la acción se tiene aunque no haya delito—. II.—Cuando, aún pudiendo serlo, resulta imposible la prueba de la existencia de los hechos, y —lo anterior es basado en los principios de economía Procesal y utilidad práctica, pero aumenta desmesuradamente lo que ya hemos señalado y que es criticado en la doctrina, el que "el Ministerio Público sea el árbitro del proceso en cuanto a su promovilidad y que el ejercicio de la acción esté basado en última instancia en la apreciación del Ministerio Público"— III.—Cuando esté extinguida legalmente". —Esta rompe con toda la concepción adoptada por el Código, o bien, es un error en la redacción, puesto que, para ser congruente con su reglamentación precedente, debió referirse no a la extinción de la acción misma, sino a la posibilidad de ejercerla legítimamente, ya que al no hacerlo, la pone como extinguable y da una idea de acción derivada del delito—.

Control de la Prosecución de la Acción Penal

El Artículo 138 regula la prosecución de la acción penal controlando internamente a su titular, puesto que establece formalmente los principios de irrevocabilidad, de legalidad y obligatoriedad, de que se habla en la doctrina, no dejando a discreción del Ministerio Público la prosecución del ejercicio de la acción penal, al establecer que: “El Ministerio Público solamente puede desistirse de la acción penal: I.—Cuando apareciere plenamente comprobado en autos que se está en alguno de los casos mencionados en el artículo anterior, y II.—Cuando durante el procedimiento judicial aparezca plenamente comprobado en autos que el inculcado no ha tenido participación en el delito que se persigue, o que existe en su favor alguna circunstancia eximente de responsabilidad, pero solamente por lo que se refiere a quienes se encuentren en estas circunstancias”. Pero fuera del citado y criticado control interno al hablar del Ministerio Público del Fuero común, no se encuentra otro, sino la Justificación formal de considerar a tal órgano, de buena fe y que por lo tanto con ello, se instaura una garantía de seguridad jurídica congruente con el principio non bis in idem consagrado en el artículo 23 Constitucional, y con lo que establece en su artículo 139 Consistente en que: “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 motivan”. En cuanto a la redacción es de una técnica impecable al hacer referencia exclusiva al ejercicio, y de una acción independiente de cualquier hecho, y en cuanto a la amplitud de lo que establece, se resguarda al hacer del desistimiento una figura de estricta legalidad con lo que expresa en su artículo 140, aunque no establezca ningún control real y efectivo de las resoluciones del Ministerio Público, pues sólo reconoce la procedencia del juicio de responsabilidad, pero en ningún caso ni momento podrá variarse el contenido de la resolución arbitraria.

El Ofendido

En su artículo 141 le niega expresamente la categoría de parte procesal, pero en el intermedio de su exposición al decir que podrá proporcionar “todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del inculpado...” instauro como posibilidad lo que antes de su artículo 116 se infiere como obligación y el Código Penal del Distrito y Territorios Federales, en su artículo 400 Fracción V sanciona. Por otro lado restringe la intervención del ofendido para los efectos de la reparación del daño, dejando todo a criterio del Ministerio Público.

La Querella Necesaria

La reconoce en su artículo 113 Fracción I.—Como una de las causas por las cuales el Ministerio Público no puede proceder de oficio a la investigación de los delitos, pero únicamente en los casos determinados en el Código Penal o en otra ley, artículo 114. La querella podrá hacerse verbal o por escrito, artículo 118, caso en que se requerirá su ratificación, artículo 119; La que puede hacerse por apoderado que tenga poder con cláusula especial o instrucciones concretas para el caso, artículo 120; Si el ofendido en estos casos, fuere menor de edad podrá querrellarse por si mismo, y si a su nombre lo hace otra persona surtirá sus efectos la querella, si el ofendido no se opone, artículo 115. Si el proceso se inicia faltando la querella necesaria, en cuanto se advirtiere su falta se suspenderá el procedimiento, Fracción II del Artículo 468; Pero en cuanto ella se presente el procedimiento proseguirá, Artículo 471.

Facultad de Perdonar al Ofendido

En los casos de querella necesaria en su artículo 148 reconoce al ofendido la facultad de perdonar, “de desistirse” —expresión aberrante, puesto que pone al ofendido como titular de la acción penal, cosa inaceptable en nuestra legislación—, antes de que el Ministerio Público formule conclusiones, salvo lo dis-

puesto en contrario por la ley.

Ley Orgánica del Ministerio Público Federal

Esta Ley Publicada en Diario Oficial de la Federación de 26 de Noviembre de 1955, en vigor desde el 26 de Diciembre de 1955, que abrogó la Ley de 31 de diciembre de 1941 y derogó las disposiciones opuestas, Artículo 2o. transitorio. Presenta la adopción de una doctrina Clásica-Romanista de la acción, al expresar en la Fracción II de su artículo Primero entre las facultades del Ministerio Público Federal; "II Ejercitar ante los Tribunales la Acción Penal que corresponda por delitos del orden FederalP, pidiendo la aprehensión o comparecencia de los presuntos responsables; buscar y aportar las pruebas que demuestren la existencia de tales infracciones, así como la responsabilidad de los inculpados, formulando oportunamente las conclusiones que procedan", y al hablar de la acción penal que corresponda, da la idea de reconocer la existencia de varias acciones penales, y además, muestra a un Ministerio Público que sólo puede aportar pruebas en contra el inculpadado, pero sue puede presentar conclusiones de no acusación o de acusación según proceda.

Control interno de las facultades del Ministerio Público Federal como titular de la Acción Penal

En la Fracción VIII de su Artículo 15 señala entre las facultades del Procurador la de: "Resolver en definitiva, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares del Departamento de Control de procesos y Consulta en el Ejercicio de la acción penal y del subprocurador que corresponda, en los siguientes casos:

- a) Cuando se resuelva el no ejercicio de la Acción Penal,
- b) Se consulte el desistimiento de la Acción Penal,
- c) Se formulen conclusiones de no acusación, y
- d) Cuando al formularse las conclusiones no se comprenda algún delito que resulte probado durante la instrucción; o si fueren contrarias a las constancias procesales o si en ellas

no se cumpliere con los requisitos que establece la Ley Procesal"; Lo anterior en correlación con la Fracción II del Artículo 16, de facultades del Subprocurador; de la fracción III del Artículo 18, de atribuciones y obligaciones de la Dirección General de averiguaciones previas penales; Y, la fracción II del Artículo 24, de Atribuciones del Departamento de Control de Procesos y consulta en el ejercicio de la acción penal; y en relación mediata con: La Fracción X del artículo 26, el artículo 29 IV, el artículo 32; Y, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 294 que expresa, cuando en los casos de: Conclusiones de no acusación no se comprendiese en ellas un delito probado en la instrucción, si fueren contrarias a las constancias procesales, o si en ellas faltasen los requisitos del artículo 293 del mismo, el Tribunal los enviará con el "Proceso" (se refiere a los autos o expedientes, por lo que la expresión es aberrable), al Procurador General de la República, señalando la omisión o contradicción, si éstas fuesen el motivo del envío, y el 295 que establece: "El Procurador General de la República oír el parecer de los agentes auxiliares respectivos y dentro de los quince días siguientes al de la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverá si son de confirmarse, revocarse o modificarse las conclusiones.

Efectos de la Confirmación de las Conclusiones no acusatorias y del desistimiento de la acción penal.

Si las conclusiones son no acusatorias o hay desistimiento de la Acción Penal intentada, procederá el Sobreseimiento del Procedimiento, Artículo 298 Fracciones I y II del Código Federal citado, de oficio o a petición de parte, Artículo 300 y el inculpado quedará en absoluta libertad respecto del delito por el que se decreta, Artículo 303 del mismo ordenamiento.

Lo anterior al igual que en la legislación del Fuero Común nos establece tan sólo un control de los funcionarios, más no del órgano como tal, y prácticamente del titular del órgano, quienes en última instancia por su regulación legal y práctica se identifican, poniéndolos como árbitros del proceso penal, situación en la que se ahondará más adelante en la Disertación.

Auxilio del Ministerio Público del Fuero Común en el Dis-

trito Federal.

Su artículo 68 en relación con la Fracción IX del artículo 1o. de la ley orgánica del Ministerio Público del Fuero común, faculta a la autoridad citada para recibir denuncias y querrelas, así como para iniciar las averiguaciones de los delitos del orden federal pero no así, para que ejerza la acción penal.

Extinción de la Acción Penal

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. En su título Quinto nos habla con perfecta técnica jurídica penal y adoptando una posición frente a la acción penal por su título, de las más modernas al presentar el Tema bajo el rubro "Extinción de la responsabilidad penal" y no como de la acción penal, pero ya en su articulado cae por completo y nos habla de "extinción de la Acción Penal" con lo que se confunde y vuelve a las concepciones de una acción para cada delito.

Breve análisis de su Articulado

La Muerte

Su artículo 91 nos habla de muerte del delincuente como causa de extinción de la acción penal y de las sanciones que se le hubieren impuesto, lo que presenta: a) un sujeto que si ya fue juzgado e impuesta la acción por sentencia, la acción penal en la concepción tradicional ya se había consumado con la sentencia dictada en el caso concreto; y b) un sujeto al que aún no se le sentencia, y tenemos que en el Derecho Penal sólo se es delincuente cuando así se declara por una sentencia, y que no se puede proseguir un juicio ni dictar sentencia a un imputado o acusado en su caso, que haya muerto, por lo que la ley Penal prejuzga y por lo tanto su expresión es defectuosa en los términos expuestos, al hablar: De extinción de la acción penal y la muerte del delincuente, al respecto el artículo 298 del Código Federal de Procedimientos Penales, correctamente

nos habla de sobreseimiento del Procedimiento y no de extinción de la acción penal, en su Fracción III: "Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida".

La Amnistía

Se encuentra prevista como causa de extinción de la responsabilidad penal, término correcto, pero en el texto del artículo 92 del Código Penal, se lee: La Amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas en los términos en que se dicte y en su defecto, se entenderá que se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito. A lo anterior es de repetirse la observación precedente hecha al artículo 91 por lo que se refiere a la extinción de la acción penal.

El Maestro de Pina nos dice: "Amnistía, acto del poder legislativo que cubre con el velo del olvido las infracciones penales, aboliendo: bien los procesos comenzados o que se han de comenzar, bien las condenas pronunciadas". Medida especial de naturaleza Política que tiende al apaciguamiento de las pasiones y enconos que son las consecuencias naturales de las luchas sociales y políticas, borrando toda huella del delito y es causa de extinción de la acción y de la ejecución de la pena.¹⁹ De lo que resulta que la Amnistía extingue más directamente el ilícito penal y como consecuencia de ésto hace ilegítimo el ejercicio de la Acción Penal, pero no la extingue, sino que le quita el fundamento jurídico material a su ejercicio, respecto de los ilícitos penales a que la amnistía se contraiga, de tal manera que la acción al ser independiente del delito, formalmente puede ejercerse y ésto es reconocido por el Código Federal de Procedimientos Penales que en su artículo 298 Fracción III nos habla de sobreseimiento del proceso, el cual es el acto de la autoridad judicial por el que ésta da por terminado un proceso con anterioridad al momento en que normalmente debiere serlo, teniendo en materia penal los mismos efectos que la sentencia absolutoria,²⁰ de donde resulta: que la acción penal no se extingue, sino únicamente se hace ilegítimo su ejercicio respecto de los hechos comprendidos en la Amnistía y los sujetos a quienes se

les imputen, en los casos en que aún no se inicie el proceso, y con relación a los sentenciados o a los procesados al dictarse el sobreseimiento, la acción penal no es que se extinga sino que una de las posibilidades contenidas en la misma, se ha realizado quedando concretada en la vida práctica. Concurriendo a lo anterior el principio non bis in idem, por lo que, respecto de los declarados como responsables de los hechos, o tenidos como presuntos responsables de los hechos posiblemente delictuosos a los que se refiera la Amnistía, no podrá "legítimamente" procederse en contra de ellos, nuevamente por los mismos hechos.

Perdón y consentimiento del ofendido

El artículo 93 nos dice que el perdón o el consentimiento del ofendido extingue la acción penal: en los casos de delitos de querrela necesaria, que se conceda por el ofendido o persona que legalmente se le reconozca como su representante para tal efecto, y que se haga antes de que el Ministerio Público formule sus conclusiones. Aparece así el ofendido en éstos casos, como un sujeto con facultades de hacer desaparecer la acción penal, y a ésta la pone como algo sujeto al arbitrio del particular, y lo que es más, pone a éste como árbitro del proceso penal del que puede disponer en cualquier momento hasta antes de las conclusiones. Por otro lado es de repetirse en cuanto a la extinción de la acción penal, lo anotado a los artículos precedentes. Puesto que originará procesalmente, el sobreseimiento o conclusión anterior del proceso, con lo que la acción penal no se extinguirá, sino que, en la forma que ya se apuntó, quedará plasmada y se le hará llegar cuanto antes a su consumtio en el caso concreto, dejándola como una realidad.

La Prescripción

En cuanto a la prescripción los artículos 100 y siguientes del Código Penal que la regulan nos dicen: Extingue la acción penal y las sanciones, es personalísima y se da por el simple transcurso del tiempo produciendo sus efectos aunque el acusado no la alegue, pues el Juez en cuanto tenga conocimiento

de ella, le dará sus efectos en cualquier estado en que se encuentre el proceso. Al respecto consideramos que no extingue la acción, sino que únicamente ilegítima totalmente su ejercicio y prosecución, porque se está reconociendo por el mismo Código que de hecho ya hay un proceso instaurado el cual no se podría haber iniciado si la acción ya hubiere desaparecido, extinguido, lo cierto es que, a tal grado ilegítima el ejercicio de la acción, que el juez al conocerla, debe darle sus efectos de inmediato sin esperar requerimiento de parte.

Por otro lado el artículo vuelve a hablarnos de delitos y delinquentes, cuando ni una ni otra cosa, en el caso que se refiere a lo que llama extinción de la acción penal, se ha determinado como tal. Así, si jurídicamente no hay aún en tales casos, delito ni delincuente, debió referirse a hechos probablemente delictuosos e imputados a un sujeto probablemente responsable, Artículos 102, 104 y 105.

En su artículo 107 nos habla de “La Acción Penal que nazca de un delito...” Con lo que manifiesta su inspiración Clásica-Romanista en la concepción de una Acción para cada delito y que surge con él y si a lo anterior le agregamos el criterio jurídico de que tanto hemos hechado mano, y cuya validez en materia penal es mayor aún, de que en el Derecho “algo es lo que es sólo cuando se conoce que es lo que es”, que se traduce para estos efectos en que sólo hay delito y delincuente, cuando el juez así lo ha declarado y en la declaración no hay error, resulta que la redacción de nuestro Código Penal es del todo inaceptable y contradictoria técnicamente hablando.

Martínez Pineda siguiendo la tesis de Demófilo de Buen, según la cual, cualquier interpretación que emplea medios distintos de la mera explicación de las palabras, es interpretación lógica. Expone: El legislador empleó la palabra acción como duplicado del derecho subjetivo, y que, conviene fijar la atención en que —en los casos de delitos de querrela necesaria— la acción penal queda condicionada a la frase que sólo pueda perseguirse por queja de parte, porque el dato viene del día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, en consecuencia, si no se ha cumplido con la condición de

procedibilidad, indebidamente puede hablarse de acción penal, y por ello si no hay querrela no hay acción penal y si no hay acción penal como puede haber prescripción de lo que no existe, lo que no ha nacido, de lo desconocido. Concluye que se trata de prescripción del Derecho de querrela y no de la acción penal.²¹

DISERTACION SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL. POSICIONES: CONSTITUCIONAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIA

Planteamiento Previo

Siguiendo la doctrina tradicional de la acción, los teóricos del Derecho sostienen que: cuando el delito se ejecuta hace necesaria la defensa social contra su autor, defensa encomendada generalmente a los tribunales quienes deben aplicar en cada caso concreto la ley penal, y para que se mueva y actúe la maquinaria judicial se necesita desplegar una actividad denominada "acción penal".²² Acerca de la cual se ha discutido si es conveniente que exista un sistema de garantía y control para que sea ejercitada o proseguida de un modo obligatorio por su titular, si están satisfechos los requisitos legales que se exigen en los sistemas que acogen el principio de legalidad estricta,²³ para evitar también las acusaciones temerarias, así el problema se bifurca: Por un lado el evitar acusaciones temerarias (principio de legalidad) y por otro el lograr su ejercicio y prosecución efectiva cuando estén satisfechos los requisitos legales (principio de obligatoriedad e irrevocabilidad).

Control de Acciones Temerarias

Respecto del primero de los problemas apuntados restringiéndonos a nuestro sistema positivo, encontramos que nuestra legislación es pródiga en la materia y en la práctica judicial generalmente resulta efectivo el control de la legalidad que las leyes consagran, pero pasemos a su exposición y análisis: Nuestra Carta fundamental instauró todo un sistema de control en materia penal, para evitar los abusos y arbitrariedades que

el pueblo había padecido hasta esas fechas, con la vigencia del sistema penal inquisitivo en el que el juez tenía la facultad, no sólo de imponer las penas previstas para los delitos, sino también la de investigarlos motu-propio, siendo aceptadas las delaciones y las pesquisas lo que rompía con todo sistema de garantías individuales, las que en ningún momento se respetaban, y no existiendo siquiera la de la seguridad jurídica, puesto que el juez o la persona u órgano investido como tal, tenía funciones y facultades: de Jefe de Policía Judicial, recibía directamente las denuncias, querellas, etc; y, de instrucción, teniendo por tanto un poder casi ilimitado, al poder: investigar, acumular pruebas, procesar y juzgar, a los que él mismo incluso podía acusar o lo eran por delaciones o pesquisas.

Empezó nuestro legislador por cambiar de sistema Penal, del inquisitivo al acusatorio, y haciéndolo de estricta legalidad, sometiendo completamente a la autoridad y subordinando el poder público a la ley en toda forma y situación, principalmente en nuestra materia, por medio de los artículos 13 a 23 de la Constitución Política que nos rige.

POSICION CONSTITUCIONAL

Resumiendo la reglamentación Constitucional encontramos: La imposición de las penas es exclusiva de la autoridad Judicial, la persecución de los delitos sólo incumbe al Ministerio Público, nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni tribunales especiales, es necesario un juicio ante tribunales previamente establecidos y con las formalidades esenciales exigidas por las leyes expedidas con anterioridad al hecho, para ser privado: de la vida, de la libertad, propiedad, posesiones o derechos; los juicios de orden criminal en la imposición de las penas no admiten analogía ni mayoría de razón, sino que son de estricta legalidad; no podrá librarse orden de aprehensión o detención sino por autoridad judicial, previa denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, apoyadas por declaración de persona digna de fe, bajo protesta de decir verdad, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculgado, salvo los casos de flagrancia o

cuasiflagrancia en los que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndoles sin demora a disposición de la autoridad inmediata, no pudiendo exceder ninguna detención, de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión debiendo seguirse el proceso forzosamente por el delito o delitos señalados en él, debiendo ser juzgado en audiencia pública y en el juicio se tendrá derecho: a defenderse por sí o por otro, a carearse con los testigos que depongan en su contra, se le diga quien y de que se le acusa, no se le podrá obligar a declarar en su contra, se admitan todas las pruebas que ofreciere para demostrar su inocencia, y se tendrá derecho, en su caso, a libertad bajo fianza; no podrán imponerse penas de mutilación, infamantes, confiscación y demás penas inusitadas y trascendentales; y el juicio criminal no podrá tener más de tres instancias, ni absolucón de la instancia, y tampoco se podrá juzgar a una persona dos veces por el mismo delito. Lo anterior nos evidencia el control que la constitución ejerce sobre el fundamento de la acción lo que casi imposibilita las acciones temerarias en materia penal. Congruente con lo estipulado en nuestra Carta Fundamental, nuestros Códigos de Procedimientos Penales (Del Fuero Común y Federal) han regulado un período llamado de averiguación previa, en el que el Ministerio Público se encarga de recabar todos los datos necesarios para la comprobación de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del imputado, período del procedimiento en que tal órgano actúa como autoridad de buena fe y conforme, además de, a las leyes expuestas, a las Leyes Orgánicas que los reglamentan. Ahora bien, si a pesar de que en la averiguación previa no se reunieren los requisitos legales para promover la acción penal, si no resultaren de ella datos bastantes para comprobar el cuerpo del delito o la posible responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público ilegítimamente ejercitara la acción penal; entonces vendría el control judicial de tal situación, ya que el artículo 19 Constitucional primer párrafo señala que ninguna detención podrá exceder de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión, en el que se exprese: el delito que se le impute al acusado, los elementos que lo constituyen; 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 . . ." de tal manera que en un término no mayor de tres días el inculpado quedaría libre, sino, en contra del auto de formal prisión procede apelación y aún el Amparo, así mismo si resultare evidente la existencia de una causa de legitimación o en general una causa de extinción de la responsabilidad penal, con lo que se manifiesta que casi no es posible práctica y teóricamente hacer más para evitar las acciones temerarias. Dado que desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o inocentes, lo que constituye una necesidad ineludible,²⁴ siendo necesario que perdamos la ilusión de que puede obtenerse por fuerza la justicia en este mundo,²⁵ y reconozcamos que las leyes no son más que instrumentos pobres e inadecuados casi siempre, para tratar de dominar a los hombres cuando arrastrados por sus intereses y pasiones, en vez de abrazarse como hermanos tratan de despedazarse como lobos.²⁶

Pasemos ahora, sin perder de vista lo anotado, al segundo problema planteado en el presente, consistente en: ¿qué hacer contra las providencias dictadas por el Ministerio Público durante el período llamado preprocesal en que declare no haber suficientes elementos para ejercitar la acción penal?²⁷ ¿cómo lograr el ejercicio o prosecución de la acción penal cuando a pesar de estar satisfechos los requisitos legales para ello, el Ministerio Público no la ejercita, o prosigue?

Control del No Ejercicio de la Acción Penal

Los autores empiezan por tratar las resoluciones de los funcionarios, cosa que por un lado ya tratamos en el control interno de su ejercicio, y por otra parte nos referimos ya directamente, con estricta técnica, a las providencias del Ministerio Público como órgano, en las que declara que no hay los elementos necesarios para promover o proseguir la acción penal, y es éste el problema a resolver, ya que el control interno de la institución ya vimos como opera, por lo que pasaremos a exponer la jurisprudencia que se ha establecido por nuestro máximo Tribunal,

las objeciones Doctrinarias a la misma y la situación real que impera al respecto.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Franco Sodi en su Código de Procedimientos Penales comentado, cita la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contenida en el apéndice al Tomo L del Semanario Judicial de la Federación que dice: "El Ejercicio de la Acción Penal compete exclusivamente al Ministerio Público y no a los Particulares, de donde se deduce que dicha acción no está ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos ni constituye un derecho privado de los mismos, de manera que la abstención del ejercicio de esa acción por el Ministerio Público, aún en el supuesto caso que sea indebida, no viola, ni puede violar garantía individual alguna".²⁸

Angel Martínez Pineda expone: La Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejecutoria del trece de Noviembre de mil novecientos cincuenta, dice:

"No basta con que exista un acto de autoridad, como lo es el que realiza el Ministerio Público al ordenar el archivo de una averiguación previa para que ipso facto proceda contra este acto el juicio de amparo, sino que es indispensable, además, que viole las garantías individuales, pues así lo indican los artículos 103, fracción I, de la Constitución Federal, y 10., fracción I, de la Ley de Amparo. Se dice que un acto de autoridad viola garantías individuales cuando infringe, en perjuicio de una persona física o moral, algunos de los derechos establecidos en los artículos 20. a 28 de la Constitución Federal, ya que el artículo 10. contiene una declaración general y el artículo 29 establece el procedimiento para suspender las garantías individuales. Además, es principio de hermenéutica jurídica el de que cuando exista contradicción entre dos disposiciones legales, debe investigarse si una de ellas no contiene un principio general y la otra un caso de excepción,

pues en caso afirmativo no existe en realidad contradicción entre ellas, ya que pueden aplicarse a los casos que respectivamente preveen, por lo tanto, cuando se examina la regla general que contiene el artículo 14 constitucional y, un poco adelante, ese mismo Ordenamiento dispone, en su artículo 21, que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, y que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial debe considerarse que la regla general contenida en el citado artículo 14 no puede tener aplicación cuando el particular afectado pretende que la autoridad judicial se arroge el ejercicio de la acción penal encomendada de manera exclusiva al Ministerio Público y a la Policía Judicial, ya que en ese caso se interpretaría la Ley Fundamental en el sentido de que el Congreso Constituyente quiso contradecirse, lo cual está reprobado por los más elementales principios de la hermenéutica. Además, el Diario de los Debates de dicho Congreso (Tomo I, número 264), que contiene la interpretación auténtica y preferente a cualquiera otra fuente de interpretación respecto de la Constitución Federal vigente, inserta el informe rendido por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, don Venustiano Carranza, al hacer entrega del proyecto de Constitución, el cual es suficiente para demostrar hasta la evidencia que la abstención en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, al igual que el desistimiento de ella, comprende violaciones sociales y no de garantías individuales, y por lo mismo no puede quedar sometida al control constitucional del juicio de amparo seguido ante autoridad judicial federal, fundamentalmente por prohibirlo el artículo 21 de la Constitución Federal, ya que de otra manera el ejercicio de la acción penal ya no estaría encomendada exclusivamente al Ministerio Público y a la Policía Judicial, sino que ambos la compartirían con la autoridad judicial, quien tendría bajo su mando inmediato a aquellos, a través del juicio de amparo y de las severas sanciones establecidas para toda autoridad que no cumpla debidamente las ejecutorias de esta Suprema Cor-

te. La anterior interpretación del artículo 21 constitucional, única que respeta el equilibrio de poderes en que descansa nuestro régimen político, no queda desvirtuada por el hecho de que la indebida abstención en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público pueda causar daños patrimoniales a los Particulares ofendidos en los delitos denunciados, pues partiendo de la base indiscutible de que a esos particulares no puede reconocérseles ningún derecho desde el punto de vista de la represión de los delitos, sino sólo en cuanto a la reparación del daño, debe considerarse que la correcta interpretación del artículo 21 constitucional sólo cambia la vía judicial mediante la cual los afectados pueden entablar su acción, pero cuando el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción penal, tiene a su alcance la vía civil para demandar el pago de daños y perjuicios derivados de hechos ilícitos en el aspecto civil, concepto que no se equipara en Derecho al de lo ilícito penal integrante de un delito. Por todo lo expuesto, cuando se reclama en amparo la resolución del Ministerio Público por la que ordenó el archivo de una averiguación previa, tiene exacta aplicación la jurisprudencia establecida con anterioridad por esta Primera Sala y que aparece publicada bajo el número 49 en las páginas 124 y 125 del Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación".²⁹

Los argumentos sostenidos por la Corte en la jurisprudencia obligatoria para negar el amparo e incluso hacerlo improcedente para los casos posteriores, contra las resoluciones del Ministerio que declaren que no hay elementos bastantes para proceder e incluso en los casos que se desista de la acción penal, que se derivan de la ejecutoria transcrita son: ante todo que la abstención del ejercicio o el desistimiento de la acción penal no puede quedar sometido al control constitucional del juicio de amparo porque: constitucionalmente, artículo 21, a) corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público y al quererlo obligar se viola la propia Constitución, b) que al sujetarlo al juicio de amparo, la acción ya no estaría encomendada exclusi-

vamente al Ministerio Público y a la Policía Judicial, sino que ambos la compartirían con la autoridad judicial, c) que la autoridad judicial incluso los tendría bajo su mando al través del juicio de amparo, d) que la víctima del delito que el Ministerio Público no quiso perseguir o del que se desistió no se le violan sus derechos puesto que puede exigir la reparación de los daños y perjuicios ante los tribunales civiles, e) que en general con tales providencias no se viola garantía individual alguna, f) que modificar la jurisprudencia equivaldría a regresar a la venganza privada o por lo menos al procedimiento inquisitorial.³⁰

Objeciones Doctrinarias

La doctrina en general se ha levantado en contra del criterio sustentado por la H. Suprema Corte respecto del problema en cuestión, podemos resumir la doctrina al respecto, en las siguientes objeciones: Se hace notar previamente que el poder del Estado es un poder jurídico, ejercitado necesariamente en ciertos límites jurídicos, puesto que todos los actos del Estado están sometidos a una apreciación jurídica; los incisos a, b y c son todo un sofisma pues de que la persecución de los delitos por mandato constitucional sólo incumbe al Ministerio Público, no se puede concluir que si la Corte en una sentencia de amparo en un caso concreto, declara que el Ministerio Público ha violado garantías individuales al archivar ilegalmente una averiguación o al desistirse del ejercicio de la acción penal, se convierta en persecutora del delito, ya que ella se limita a declarar y el único que ejercerá la acción penal en todo caso será el Ministerio Público. Y tales criterios al extenderse a otras materias nos llevarían al absurdo.³¹ Los incisos: d y e, no tienen fundamentación pues si bien es cierto, el carácter antisocial del delito y el derecho de la colectividad para sancionarlo a través de órganos determinados, no es menos cierto que también es un deber del Estado frente a todos los ciudadanos y de manera particular frente a las víctimas, cuyo viejo derecho a hacerse justicia por sí mismas, ha quedado substituido por la actividad punitiva estatal, en conclusión si el Estado tiene el deber de castigar, el particular tiene el derecho de

exigirle que castigue, por lo tanto en cuanto a los últimos incisos. e y f de la jurisprudencia en cuestión resulta, que al estar tanto el deber —artículos 16 y 21— como el derecho —artículo 17— apuntados, consagrados en nuestra Carta Fundamental, tienen el carácter de garantías individuales y precisamente para evitar el retorno a la vindicta privada, argumento que carece de seriedad, deben ponerse los medios legales expeditos para que el particular ofendido ocurra a ellos al efecto de exigir se imparta justicia y exija a la propia autoridad cumpla con su deber constitucional, por lo que al violarse por el Ministerio Público que es una autoridad, la garantía citada, debe proceder legalmente el amparo;³² la garantía violada en criterio de Martínez Pineda sería la “garantía de seguridad jurídica” que establece el artículo 21 Constitucional, invocando el principio de legalidad, que más bien sería el de obligatoriedad el que operaría concretamente en este caso. Continúa expresando que el hombre tiene derecho a exigir la garantía de seguridad jurídica cuando una conducta lesiona un bien reconocido y protegido por el Estado para la convivencia Social, por lo que si el Ministerio Público a pesar de estar reunidas las exigencias o requisitos legales para promover la acción penal, no la promueve, desatiende un imperativo constitucional y viola un derecho del hombre.³³

Situación Real Imperante

Martínez Pineda con lujo de elegancia literaria nos expone:

“Si las Pirámides se construyeron para perpetuar la gloria de los Faraones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con su abstencionismo, perpetuará al Ministerio Público como un déspota y tirano. ¿Seguiremos soportando al “caballo de Troya”, para que siga profanando el Templo de la Justicia? La contestación que debe darse, por desgracia, debe ser afirmativa. En efecto, si se intenta el juicio de garantías, el juez federal, en acatamiento a las disposiciones del artículo 193 bis de la Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, negará la protección de la justicia federal, aplicando la jurisprudencia

dencia firme y constante sobre el particular. En la hipótesis, desde luego dudosa, de que se concediese el amparo, al interponer el recurso de revisión el Ministerio Público, la autoridad precisamente señalada como responsable, el Tribunal Colegiado de Circuito respectivo, revocaría la resolución del inferior, aplicando la jurisprudencia. Y como se trata de amparo indirecto, del que jamás conocerá la Suprema Corte de Justicia, ésta no estará en condiciones de modificar la jurisprudencia establecida".³⁴

En conclusión, nos encontramos con que el problema del control del ejercicio de la Acción Penal está en pie, el abuso del órgano de la acción penal es factible y en no pocos casos se ha manifestado como una realidad, de lo que se sigue la necesidad de encontrar un control externo, que bien puede ser una reforma legal bien meditada, que modifique la jurisprudencia de los tribunales federales reconociendo la procedencia del juicio de amparo contra actos del Ministerio Público.³⁵

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO SEGUNDO

- 1.—Niceto Alcalá Zamora. Síntesis de Derecho Procesal. Loc. cit. Págs. 57 y 58.
- 2.—Niceto Alcalá Zamora. Opus. cit. Pág. 53.
- 3.—Niceto Alcalá Zamora. Opus. cit. Pág. 59.
- 4.—Mexicano ésta es tu Constitución, publicación especial de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión XLVII Legislatura 1968. Pág. 15.
- 5.—Mexicano ésta es tu Constitución. Loc. cit. Pág. 84-85.
- 6.—Mexicano ésta es tu Constitución. Loc. cit. Pág. 83.
- 7.—Carlos Franco Sodi. Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales Comentado. Ediciones Botas México, D. F. 1946 Pág. 7.
- 8.—Carlos Franco Sodi. Opus cit. Pág. 9.
- 9.—Carlos Franco Sodi. Opus cit. Pág. 10.
- 10.—Niceto Alcalá Zamora. Opus cit. Pág. 195-196.
- 11.—Franco Sodi. Opus cit. Págs. 12-13.
- 12.—Niceto Alcalá Zamora. Opus cit. Pág. 196.
- 13.—Franco Sodi. Opus cit. Pág. 15.
- 14.—A. Martínez Pineda: Estructura y Valoración de la Acción Penal. Loc. cit. Pág. 93.
- 15.—Franco Sodi. Opus. cit. Pág. 15.
- 16.—Franco Sodi. Opus cit. Pág. 16.
- 17.—Niceto Alcalá Zamora. Opus cit. Pág. 198.
- 18.—Carlos Cossio: La Teoría Ecológica del Derecho, su problema y sus problemas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1963. Pág. 15.
- 19.—Rafael de Pina. Diccionario de Derecho. Loc. cit. Pág. 25.
- 20.—Rafael de Pina. Opus cit. Pág. 269.
- 21.—Martínez Pineda A. Opus cit. Pág. 90, 91 y 92.
- 22.—Franco Sodi. El Procedimiento Penal Mexicano. Cuarta Edición 1957. Loc. cit. Pág. 21.
Hugo Alsina. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Loc. cit. Pág. 34.
- 23.—J. J. González Bustamante. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Loc. cit. Pág. 50.
- 24.—Carnelutti Francesco. Las Miserias del Proceso Penal. Trad. de Santiago Sentis Melendo E. J. E. A. Buenos Aires Arg. 1959. Pág. 75.
- 25.—Carnelutti Francesco. Como se hace un Proceso Trad. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin E.J.E.A. Buenos Aires Arg. 1959. Pág. 183.
- 26.—Carnelutti Francesco. Como se hace un Proceso. Loc. cit. Pág. 22.
- 27.—A. Martínez Pineda. Opus cit. Pág. 80.
- 28.—Franco Sodi. Código de Procedimientos Penales Comentado. Loc. cit. Pág. 11.
- 29.—A. Martínez Pineda. Opus cit. Pág. 84 a 86.
- 30.—Franco Sodi. El Procedimiento Penal Mexicano. Loc. cit. Pág. 47.
A. Martínez Pineda. Opus cit. Pág. 86.
- 31.—C. Franco Sodi. El Procedimiento Penal Mexicano. Loc. cit. Pág. 48.

- A. Martínez Pineda. Opus cit. Pág. 88.
- 32.—Franco Sodi. El Procedimiento Penal Mexicano. Loc. cit. Pág. 48.
- A. Martínez Pineda. Opus cit. Pág. 88-89.
- 33.—Martínez Pineda. Opus cit. Pág. 87.
- 34.—Martínez Pineda. Opus cit. Pág. 90.
- 35.—C. Franco Sodi. El Procedimiento Penal Mexicano. Loc. cit. Pág. 47.

C A P I T U L O T E R C E R O
CONSIDERACION FILOSOFICA DE LA ACCION

- A) El Problema Ontológico.
- B) Elementos Ontológicos Primarios Estructurantes del Derecho.
- C) El Problema Ontológico de la Acción.
- D) El Problema Axiológico: General, Jurídico y de la Acción.
Citas Bibliográficas del Capítulo.

EL PROBLEMA ONTOLOGICO EN LA FILOSOFIA

Para el desarrollo del presente Capítulo tomaremos en cuenta y seguiremos con ciertas modificaciones las modernas teorías filosóficas entre las que destacamos: La dialéctica del eterno presente, la teoría egológica del derecho, la teoría de las ideologías, la lógica del juicio jurídico y el método puro en el sentido Kantiano.

Al abordar el problema ontológico en la filosofía general encontramos que en cierto sentido es menester decir: que no hay más que el ser para quien considera solamente la fuente común de la existencia y la realidad, que no hay más que la existencia para quien en el seno del ser considera solamente el acto con que se hace el mismo ser, que no hay más que la realidad para quien considera el ser entero como un ser dado. Pero el ser, la existencia y la realidad, no son como un género y sus especies, sino que son tres aspectos inseparables entre sí bajo los cuales puede definirse el mismo ser, constituyen los tres, distintos aspectos bajo los cuales puede considerarse el todo respecto de la participación. La palabra Ser considera la participación en su fuente, en esa omnipresencia de que bebe y que jamás cesa de dividir. La palabra Existencia guarda de la participación el acto en que se cumple, en fin la palabra realidad señala que no se pretende retener de la participación nada más que sus formas ya cumplidas.¹

EL PROBLEMA ONTOLOGICO DEL DERECHO

En el Derecho nos encontramos con corrientes paralelas a las enunciadas en la filosofía general y podemos decir: que no hay más que el orden jurídico como sistema normativo para quienes consideren el logos del Derecho en su fuente, como el

todo de las posibilidades jurídicas contenidas en él —los seguidores del normativismo—, que no hay más que actos y conductas jurídicas en general para quienes consideren el Derecho únicamente en el momento de su realización, del darse aquí y ahora una de las posibilidades infinitas contenidas en la fuente —los seguidores de la teoría egológica del Derecho—, y que no hay sino derechos y obligaciones particulares y concretas que constituyen lo que se ha llamado *status* jurídico, el que se opone como algo dado y realizado definitivamente del cúmulo infinito de posibilidades jurídicas que informan el orden jurídico —los seguidores del pragmatismo jurídico—. Pero el Derecho es: tanto el sistema normativo, como los actos y conductas que en él se realizan, así como los derechos, deberes, obligaciones, facultades, etc., particulares y concretos que en el mismo han operado y se impusieron estableciendo un *Status* o situaciones jurídicas concretas. Lo anterior demuestra que las tres corrientes anotadas en el Derecho, se basan cada una de ellas en los diversos aspectos desde los cuales se puede considerar a aquel, subordinando los demás al que ellas adoptan, por lo que resultan incompletas y normalmente nos llevan a extremos que pueden ser y se han calificado de absurdos. Por nuestra parte trataremos de abordar el problema desde un punto de vista integral, demostrando que los tres aspectos anotados no guardan ninguna jerarquía, sino una correlación fundante y de exigencia ontológica, de tal manera que el uno para ser tal requiere y reclama a los otros.

En conclusión consideramos: el ser Jurídico como la fuente o cúmulo infinito de posibilidades jurídicas plurales abiertas en potencia, la existencia jurídica como la conducta que opera y actualiza una posibilidad potencial realizándola aquí y ahora, la realidad jurídica como el *Status* creado, la posibilidad normativa jurídica operada y que ya como tal se impone no como un posible o realizándose sino como un realizado.

Consideración de el Ser

Kant en relación al espacio, nos dice: Que no podemos decir que está en el objeto como un elemento que contribuye

a formarlo, sino sólo que el objeto está en el espacio, donde ocupa un lugar determinado, por lo que el espacio para él, es una intuición y no un concepto. Así mismo, la evidencia de origen ontológico nos muestra, que el ser no puede estar contenido en cada cosa como un elemento indeterminado, común a todas y al que hace falta añadir los caracteres que definen cada una de ellas, sino que es por el contrario, el todo concreto en que todas las cosas están contenidas y pueden distinguirse unas de otras gracias al análisis, de tal manera que el ser tiene por extensión su comprensión y por comprensión su extensión, es así mismo, universal y unívoco, porque las diferencias que pueden introducirse entre los modos de la participación, salen del análisis de su contenido pero no del ser de ese contenido.²

EL LOGOS DEL DERECHO

En lo jurídico tampoco podemos decir que en cada acto o norma en particular está el Derecho, sino por el contrario, que ellos son en él y son tales por estar participando de él, de sus elementos esenciales estructurantes, distinguiéndose entre sí por medio del análisis. No es el Logos del Derecho el que se da o concretiza, en los actos jurídicos, sino por el contrario son ellos los que se dan en y por él: Ya como posibilidades o fuentes de surgimiento —Ser, contenido de la Norma—, ya como participantes o abrevantes de él —Conductas jurídicas actuales, existencia—, ya bien como derivados participados, pretéritos de él. —Realidad, Status Jurídico—. El Logos del Derecho es el todo que no tiene ni un de aquí ni un hasta aquí, es universal y unívoco, porque las diferencias que pueden introducirse entre los modos de la participación jurídica, se refieren al análisis de su contenido pero no al ser de ese contenido, por ello el Derecho en su esencia, en sus elementos ontológicos primarios estructurantes, siempre será el mismo y lo que variará y de hecho ha variado, son sus contenidos y formas materiales.

El Ser del Derecho

El Ser del Derecho como la participación en la fuente del

Logos Jurídico, se traduce en el cúmulo infinito de posibilidades jurídicas plurales abiertas; es ese todo infinito del que abreva la existencia y que ésta nunca cesa de dividir, actuándolo aquí y ahora pero sin llegar jamás a agotarlo.

CONSIDERACION DE LA EXISTENCIA

La existencia como la participación en su acto, es lo que surge del ser mismo como uno de sus modos y conquista en él su independencia por lo menos relativa, distinguiéndose de el ilimitado conjunto de posibilidades, por su propia limitación, sin dejar de ser consustancial de él, puesto que es la experiencia por la que las posibilidades dejan de ser tales para hacerse una conducta actuante aquí y ahora, por ello la existencia no le aumenta nada al ser en sentido estricto, sino que es un puro poder ser o más bien, es el ser particular de este poder ser general abstracto, la existencia nos muestra la parte de la participación que es distinta del ser y que reside en el enlace que puede establecerse en el ser entre todas las formas de posibilidad que hayan estado aisladas y resulten asumiéndose y actualizándose, no debiendo identificarse ni confundirse la existencia con el mundo manifiesto, sino con el mundo que se manifiesta, ni con el mundo realizado, sino con el mundo que se realiza.³

La Existencia de el Derecho

La existencia de el Derecho es la actualización de una de las posibilidades contenidas en el cúmulo de posibilidades jurídicas plurales abiertas que constituyen el ser de el Derecho, es la experiencia de dichas posibilidades por la cual dejan de ser tales para convertirse en una conducta jurídica determinada realizándose aquí y ahora, es el "Logos Jurídico Siendo".

Consideración sobre la Realidad

Así como en la existencia asimos el ser en cuanto que se manifiesta, en la realidad lo asimos en cuanto manifiesto, la

realidad es entonces algo impersonal y objetivo, oponible a todos y que se reduce al estado del dato que puede observarse y sobre el que puede obrarse pero ya como tal.⁴

La Realidad del Derecho

La realidad de el Derecho nos lo muestra como aquello que constituye ya una situación o status jurídico determinado y realizado, y que como tal se nos opone a todos en general, susceptible de operarse sobre él, pero ya como tal, y en sus efectos, es el "Logos Jurídico Sido".

Implicación Dialéctica de las Categorías Ontológicas del Derecho

Aclaración previa, consideramos oportuno hacer notar que el logos del Derecho como tal, como el todo que comprende y hace posible la participación en las formas apuntadas, sólo lo podemos intuir, pero no captar y aprehender sino es a travez de la experiencia de la participación, sea en su fuente, en su acto, o en su efecto, por lo que en el presente nos limitaremos al estudio de estas formas de la participación que constituyen las tres "categorías ontológicas" de el Logos del Derecho.

Si el ser del derecho ha sido considerado en el sistema normativo como el cúmulo infinito de posibilidades jurídicas plurales abiertas en él contenidas, y que no se le puede identificar sino burda y primitivamente con el texto en que se encuentran plasmadas aquellas, se requiere de un medio más sutil para aprehenderlo y éste es la existencia del orden jurídico. Por ello, si el ser es la participación en la fuente misma y como tal no se le puede captar, si no es en el acto de la participación que es la existencia, donde se descubre el ser como aquello que la funda y la rebasa, pues la existencia no es sino la experiencia de el ser en cuanto precisamente éste puede volverse un ser particular, y si a la existencia tampoco se le puede aprehender en si misma sino en una experiencia, en un darse ya aquí y ahora y si este darse implica la exigencia de un quedar dado, se demuestra la necesidad y exigencia lógica y material de las tres categorías ontológicas del Derecho que hemos apuntado, el Ser la Existencia y la Realidad.

Las Teorías del Derecho y el Derecho

Los estudios recientes realizados sobre el Derecho, entre ellos los de la teoría Ecológica del Derecho, nos han demostrado que las teorías jurídicas que se han elaborado se muestran más bien como ideologías, por el juego oculto de los intereses del capitalismo y por extensión, de la teoría económica sobre la que se sustentan, por lo que tales teorías carentes de base ontológica, manifiestan la necesidad de un fundamento similar en la teoría jurídica, para evitar desviaciones de carácter idelógico.⁶

Carácter Aoriginario del Derecho o Imposibilidad del Vacío Jurídico

El argumento ecológico al cual nos adherimos con las limitaciones y para los efectos que adelante apuntaremos, concluye señalando que al ser el Derecho Conducta, jamás ningún legislador crea "él" Derecho ni puede crearlo; que puede sólo modificarlo, es decir que sólo puede crear la modificación, forzosamente parcial, del Derecho, pues siempre encontrará ya funcionando un Derecho dado con anterioridad en la experiencia y ésto es así, aunque el legislador asuma sus funciones como legislador originario, pues jamás podrá empezar sobre un vacío jurídico.⁷ Resultando que la fuente origen o genética del Derecho, Lógicamente es el propio Derecho.⁸

Lo anterior nos evidencia que el Derecho siempre ha existido y como tal es connatural o más bien coexistencial y simultáneo a la vida humana, fenómeno que ha sido expresado ya por la frase "ubi societas, ibi jus" donde hay Sociedad hay Derecho y por lo tanto que el Derecho más que originador de sociedades es producto social, según los modernos sociólogos como Paul Caulet, y para Marx superestructura derivada del régimen económico establecido.⁹

Unicidad e Inmutabilidad del Derecho

En consecuencia consideramos demostrada la que será la premisa principal y base del desarrollo de nuestro pensamiento

en las líneas siguientes, a saber. "Que el Derecho siempre ha existido como tal, estructurado en idéntica forma por sus elementos esenciales" y que lo que ha variado e incluso evolucionado son sus concepciones, ampliándose sus contenidos ideológicos, pero "Su esencia; substancia y estructura fundamental no ha variado". Por lo que, lo que se encuentre y se señale como su esencia, así como lo que sobre ésta se establezca, tendrá validez en todo orden jurídico; primitivo o contemporáneo, y cualquiera que sea la estructura económica o la ideología jurídica sobre la que se pretenda fundarlo, las que, como veremos, sólo influyen en sus contenidos y estructuras secundarias y auxiliares, pero no así en su Esencia, es decir, en su Substancia y Estructura primaria y fundamental.

Elementos Ontológicos Primarios Estructurantes del Derecho

Análisis de la Realidad del Derecho

Las primeras "vivencias"¹⁰ que tenemos del Derecho nos lo muestran: Como un orden o sistema, crítico, Dinámico-funcional y efectivo, que pertenece al mundo de la cultura, dentro del cual se ubica en el campo de lo Normativo, encontrándose compuesto de Normas, las que a su vez se presentan en él, generalmente conteniendo un núcleo preceptivo y un núcleo sancionador. Lo anterior se nos presenta como un saber evidente por sí mismo.

Concepción tradicional de la Estructura del Derecho

Tradicionalmente ha sido establecida y aceptada una división del Derecho basada en el contenido de las normas que lo integran, por lo que se ha sostenido que al Derecho lo informan dos grupos de normas como elementos generales del mismo, denominados: Derecho Material, Sustantivo o Sustancial, y Derecho Instrumental, Adjetivo o Procedimental. Señalándose que: El Primero: Establece Derechos, obligaciones, deberes y facultades en general de carácter subjetivo (en oposición al sentido objetivo que es referido a las normas de Derecho positivo, que los contienen); Y, que el segundo; Determina las for-

mas, medios y procedimientos en general por los que se realizan aquellos o conforme a las cuales deben realizarse.¹¹

Por otra parte, las normas que lo integran se han considerado estructuradas por un supuesto y una consecuencia, que técnicamente se les denomina: Precepto o Núcleo Preceptivo y Sanción o Núcleo Sancionador. Admitiéndose también que hay normas que carecen de núcleo sancionador, constando únicamente del Preceptivo.¹²

Ateniéndose y partiendo del panorama jurídico expuesto, tratan de encuadrar en él, todo fenómeno jurídico que se presenta y explicarlo a la luz del mismo, de tal manera que toda norma o conducta jurídica pertenece o más bien la hacen pertenecer al Derecho Sustantivo o al Procedimental. Y, dado un supuesto, por sí realizarse la consecuencia, no sólo en el ámbito abstracto y formal del Derecho, sino incluso en su realización en la vida diaria.¹³

Análisis de la Concepción Tradicional sobre la Estructura del Derecho

Analizando la Estructura expuesta del Derecho encontramos que: Primero; La relación que pretende establecerse entre el Derecho Material y el Procedimental se presenta como una relación: Acrítica, estática, e inefectiva, Segundo; La relación entre el núcleo preceptivo y el sancionador que integran una norma, se presenta también, acrítica, estática, e inefectiva.

En cambio si el Derecho se nos presenta como algo Crítico, dinámico-funcional y efectivo, luego, las relaciones entre los elementos (grupos de normas) que lo integran deben ser de esa naturaleza.¹⁴ El problema a resolver entonces es: Cómo se realizan: La crítica, el dinamismo-funcional, y la efectividad del Derecho. En otras palabras, explicar cómo es que esas relaciones de sus elementos se hacen críticas, dinámico-funcionales y efectivas.

Derecho Activo Vinculante

Analizando mas profunda y cáusticamente el Derecho, nos

encontramos con que no sólo tiene los dos grupos de normas ya apuntados, sino además un tercer grupo de normas, a saber: Aquellas cuyo contenido y finalidad consiste en una actividad vinculante de sí misma y de los demás elementos estructurantes del Derecho entre sí, con validez formal plena, aunque valorativamente deba basarse en la realidad jurídica de los elementos concretos que vincula en un caso y momento determinados. Este grupo de normas constituye el tercer elemento del Derecho, siendo precisamente el que le da al Derecho: Su carácter Dinámico-funcional, al nexar el Derecho Material con el Procedimental; su efectividad, al vincular el Núcleo Preceptivo con el Núcleo Sancionador de la Norma; y por último, su carácter crítico, al realizar la autovaloración del Derecho, es decir, la autojustificación del Derecho a través de una actividad decisoria sobre él, a la Luz de él mismo; La decisión sobre si el Derecho en general, en sus elementos, o en las relaciones particulares y concretas de éstos, se justifica ante sí mismo. Resumiendo: Es la actividad que tiende a nexar las Normas del Valor Jurídico con lo jurídico en particular y concreto o en lo general y abstracto, es la actividad que dice lo que dice el Derecho de sí mismo en un caso concreto determinado o en su abstracción. Lo que presenta la exigencia de un cuarto grupo de normas, que establezcan una valoración del Derecho tanto en sí mismo, como un todo, como en sus elementos y en las relaciones particulares y concretas de éstos.

Derecho Crítico

Es precisamente aquel grupo de normas que establecen la valoración misma sobre todo lo anterior, es el Elemento crítico de valoración sobre los fundamentos reales-jurídicos, que señalan las condiciones, la forma y términos para que lo anterior tenga una validez plena en el ámbito particular al que se contraigan sus relaciones particulares concretas, o en el general del Derecho mismo. Es la valoración de todo lo jurídico a la luz de lo jurídico mismo, el contenido del conjunto de Normas conforme a las cuales ha de justificarse el Derecho frente a sí mismo.

De lo anterior es de concluirse que el Derecho como un todo Dinámico-funcional, efectivo y justificado ante sí mismo, consta de cuatro elementos ontológicos primarios: Derecho Material, Derecho Procedimental, Derecho Activo vinculante y Derecho Crítico, pero no en el sentido de cosas que se unen para formar algo, sino en el de entidades que sólo por medio del análisis delimitan su ser particular dentro del ser absoluto que constituye el Derecho.

Exigencia de los Elementos Ontológicos Primarios Estructurantes del Derecho en la llamada creación Originaria y Derivada del orden jurídico.¹⁵

El Legislador sea originario, sea derivado, se ve ante la exigencia de reconocer los elementos Estructurantes del Derecho si quiere hacer Derecho, así tenemos que: Previene una conducta y la proyecta como posibilidad, pero al hacerlo no sólo tiene que justificar su propia conducta, sino también la que proyecta como posibilidad y esta justificación es necesaria si quiere imponer tal conducta como deber. Si quiere que realmente se realice la posibilidad en que hizo consistir la conducta que proyectó, debe establecer también como deber justificado, una actividad que concrete esa posibilidad, —que como es deber ser justificado—, dicha actividad debe establecerla en tres facetas: Una crítica, otra Dinámica-funcional y otra Imperativa de imposición, todo lo anterior necesitará avocarlo por un medio o forma que será el procedimiento que también deberá justificar, encontrándose en todo la justificación, ésta necesitará realizarla a través del establecimiento de ciertos valores a la luz de los cuales deberá realizarse lo anterior, los que serán su justificación y fundamento.

Una vez efectuado lo anterior, el Legislador sea originario o derivado, Laico o Religioso, habrá instituido un orden jurídico determinado, en el que como se ha evidenciado realizó o plasmó el Logos del Derecho en su forma más abstracta posible y fácil de aprehender, que es a saber: en el sistema normativo, escrito o consuetudinario, con las reservas y en los términos que en párrafos anteriores se ha expuesto.

Demostración práctica in concreto de los elementos Ontológicos Primarios Estructurantes del Derecho

El Derecho en la Práctica de la vida diaria se nos muestra como sigue: toda imputación derivada del Derecho Material, es decir, todo deber o derecho subjetivo en particular requiere y de hecho tiene una forma de realizarse, un procedimiento determinado derivado del Derecho Procedimental, así mismo las siguientes actividades derivadas del Derecho Activo Vinculante: Una que tiende a realizarlo nexando la imputación a un procedimiento por el cual ella avoca su dinamismo y aquella se realiza, otra actividad que lo determina pero que no se limita a determinar la imputación en particular, sino a todos los elementos derivados del Derecho que concurren en la relación concreta y particular a examinar o examinándose, una actividad más, que lo haga efectivo nexando el núcleo preceptivo con el sancionador de la norma. Todo lo anterior realizándose a la luz de la valoración que establece el Derecho mismo derivado del Derecho Crítico.

En lo anterior parece que los elementos derivados de los Elementos del Derecho se independizan, existiendo uno de ellos para cada otro de los mismos en particular de manera autónoma, más lo que pasa es que se diversifican de la unidad Ontológica del Derecho, en la medida que realizan aquí y ahora una de las posibilidades contenidas en aquél.

Otras observaciones que es oportuno realizar, consisten en que el Panorama concreto y particular que se ha presentado del Derecho para demostrar prácticamente sus Elementos Estructurantes, puede ser visto desde dos planos: El Formal y el Material o Real; criterios que es pertinente connotar que son relevantes y considerados en referencia al Derecho crítico y a la validez y procedencia jurídica concreta, así aclarado lo precedente, tenemos: Formalmente tal relación y concreción de todos los elementos Ontológicos del Derecho siempre se da, aunque salga un poco de la valoración o justificación del orden jurídico ante sí mismo. Aclarando nuevamente que al pertenecer el Derecho al mundo del deber ser, materialmente in abstracto siempre se dará también la concurrencia de los elementos Ontológicos

del Derecho en la forma apuntada, pero en el mundo de la vida humana en el que se realiza todo lo anterior, tenemos que no siempre se da materialmente aunque sí como ya se apuntó formalmente. Por lo tanto se nos puede presentar que materialmente no exista uno o algunos de los Elementos y los demás sí, —connotando que en el campo del Derecho en su ser estricto si el uno no se da realmente sino sólo formalmente los demás no debieran darse—, pero la sola formalidad (apariencia) de uno, en la vida práctica, basta para dar al otro y no formal sino incluso materialmente en sí y sus efectos en algunos casos, pero nunca dejará de tener su principio o base meramente formal carente de materialidad, y no será sino cuando se aplique la autocrítica del Derecho, cuando se esclarezca y determine realmente lo anterior, en lo posible prácticamente.

Lo anterior nos presenta la exigencia de una disertación sobre la existencia y validez jurídica, pero consideramos que para el presente basta con lo apuntado, y aquello lo dejaremos para la teoría general del Derecho Concretamente.

Conciliación de los Elementos Ontológicos Primarios con la Primera Tesis Ecológica

Si hemos aceptado que el Logos del Derecho es conducta y en su fase absoluta en sí es: una “Posibilidad de Posibilidades Jurídicas” susceptible por tanto de participación en cuya experiencia es la forma en que se le puede captar y conocer. Es decir: El Logos del Derecho sólo podemos aprehenderlo en la participación misma, ya sea en su fuente, en su acto, o en su efecto. Ahora bien, toda posibilidad para ser tal requiere poder realizarse y para ello una forma de realizarse, siendo referida tal posibilidad a la conducta, tenemos entonces que además debe de justificarse la posibilidad como tal, al realizarse, y al quedar realizada. Siendo el Logos Jurídico una posibilidad de conducta, considerándola como tal independiente de los modos en que pueda presentarse, tenemos los siguientes Elementos que surgen del Análisis anterior: 1.—Una posibilidad de conducta: a observar, observándose, ú observada; 2.—Una forma que revista la posibilidad de conducta a observarse; al observarse y observada; 3.—Una realiza-

ción crítica, dinámica-funcional y efectiva de esa conducta: como posibilidad de realización, como realización misma o acto de realizarse, y como efecto de realización, conducta realizada. 4.—Un justificarse: Tal posibilidad de conducta, su forma y su realización, ante sí y en su correlación entre sí y con la posibilidad de posibilidades.

Lo anterior muestra la exigencia Ecológica de los que hemos señalado como Elementos Ontológicos Primarios Estructurantes del Derecho: Derecho Material; Derecho Procedimental; Derecho Activo Vinculante: a) acción, b) coacción, c) Jurisdicción; y, Derecho Crítico.

Los Elementos Ontológicos Primarios Estructurantes del Derecho y la División Tradicional del Derecho Positivo

Las concepciones tradicionales y actuales sobre la estructura del Derecho partiendo del Derecho Positivo, lo han dividido en: Interno y Externo; Público, Social y Privado; Sustantivo y Procedimental.¹⁶

Los problemas a dilucidar son: ¿Cuál de ellas es más general.; ¿Si tienen fundamento y validez ontológica o son meras divisiones secundarias y contingentes?, y ¿qué relación guardan respecto de ellas, los elementos Ontológicos primarios del Derecho?

Generalidades de las Divisiones

Es indudable que aquella que pueda darse en todas las demás, de manera tal que más que darse en ellas, las otras forzosa-mente la tienen que contener, es la más general. Desde ahora se nos impone como evidente que éstas no son sino formas por las que puede manifestarse el Logos Jurídico, pero veamos cuál de ellas le es esencial y consubstancial de manera que sin ella éste no existiría, no sería posible su ser.

Validez Ontológica de la división tradicional

El Logos Jurídico puede subsistir o más bien dicho puede

prescindir de una manifestación tanto en el campo llamado internacional como en el nacional. También toda manifestación o mejor, él mismo en sí o en sus modos, formas o derivaciones particulares y concretas, siempre es público, social y privado; Pues en todo caso su contenido y su fin son: la imposición de un orden que interesa a todos y a cada uno de los individuos. Y no se olvide que el Estado no crea el Derecho sino por el contrario, es el Derecho el que crea al Estado, encontrándose por encima de él y no siendo éste, sino un instrumento del que se sirve aquél, por lo que el Derecho siempre será público, social y privado. En cambio si se quiere hablar de Derecho Público, Social, Privado, Interno o Externo, éstos sí deben para ser tales, contener los elementos ontológicos primarios estructurantes del Derecho.

La División de Derecho Sustantivo y Derecho Procedimental sí resulta del análisis mismo del Derecho, de manera que se presenta como estructurante de él, y como ya se ha visto resulta incompleta pero si es consustancial a él. En ningún momento puede prescindir el Logos del Derecho del Derecho Sustantivo, pues carecería de materia, contenido; del Derecho Procedimental, pues carecería de forma y no puede ser amorfo y caótico. Para evitar repetición de temas expuestos, nos remitimos a la exposición sobre los elementos ontológicos primarios estructurantes del Derecho.

Con lo anterior queda demostrado que: Las divisiones del Derecho: en derecho interno, externo, público, social y privado, carecen de fundamento ontológico, son meras divisiones contingentes de carácter secundario incluso en el orden jurídico positivo. Quedando como la más general de ellas en el sentido expuesto. La división en: Derecho Sustantivo y Derecho Procedimental con las limitaciones y reservas que a lo largo de la presente se le han impuesto.

La relación que guardan los Elementos Ontológicos primarios Estructurantes del Derecho, frente a la clasificación expuesta es la siguiente:

Primero: El Derecho es independiente y ajeno a las mismas;
Segundo: Si tales grupos de las divisiones en cuestión quieren

ser realmente jurídicos, deberán contener los Elementos expuestos en la forma descrita.

La División Tradicional de Derecho Material y Derecho Procedimental en el Ambito Positivo

Las Normas que integran el Derecho en el campo de lo positivo han sido divididas por su reglamentación en: Códigos, Leyes, etc., materiales o de Derecho Sustantivo y Códigos, Leyes, etc., Procedimentales o de Derecho Adjetivo.

Tratando de ubicar en ellos los elementos ontológicos primario sestructurantes del Derecho, y considerando la doctrina que nos señala un tercer grupo llamado Derecho Procesal, nos encontramos con:

Derecho Material.

Normas Sustantivas: En orden público, social, privado, interno y externo: Que son sustantivas tanto material como formalmente, (usando la terminología tradicional: del criterio material por su contenido y esencia; Y el formal por el lugar en el que en su reglamentación positiva se le ubique).¹⁷ Y, aquellas normas sustantivas que por su íntima relación con el procedimiento generalmente se les reglamenta en los códigos, leyes, etc., adjetivas, son por ello materialmente sustantivas y formalmente procedimentales, siendo denominadas en la doctrina y en la práctica, como normas procesales.

Derecho Procedimental.

Normas Adjetivas: Reguladas en Códigos, Leyes, etc., Materiales, de Derecho Público, Social, Privado, Interno y Externo. Procedimentales contenidas en códigos, leyes, etc., también adjetivas de derecho público, social, privado, interno o externo. Las Primeras resultan, procedimentales sólo en sentido material no así en el formal; y, las segundas formal y materialmente adjetivas.

Derecho Activo Vinculante y Derecho Crítico

De la misma manera el conjunto de normas del Derecho Ac-

tivo vinculante y del Derecho crítico, se regulan por lo general en códigos, leyes, etc., de carácter procedimental si son consideradas de derecho público división ya criticada, y en códigos o leyes, etc., de carácter material o sustantivo si se les ve en el plano del puro interés individual, del llamado derecho privado. Llamándoseles en la doctrina: Normas procesales, al darse cuenta los teóricos del Derecho, que por su naturaleza no encajan en ninguno de los dos cartabones estrictos que la reglamentación positiva del Derecho ha establecido.

Referencia Especial a la Acción

La Acción generalmente está regulada en los Códigos, Leyes, etc., de Derecho: Público, privado, social, interno, externo; de carácter Procedimental, o Adjetivos y en la Doctrina se le ubica en el campo del que llaman Derecho Procesal, por reconocer que no pertenece estrictamente a ninguno de los grupos positivos enunciados.

CONCLUSIONES DE LO ANTERIOR

Según lo expuesto resulta que los Elementos ontológicos primarios estructurantes del Derecho son eminentemente formales, independientes de: a) Los sujetos a quienes se los imputen como sujetos activos o pasivos; b) De los sujetos frente, contra, o a los que se dirijan o realicen; c) De la ubicación o consideración que se les de en una reglamentación positiva determinada; d) De los fines y objetos, subjetivos u objetivos externos a ellos mismos, que se les trate de atribuir; e) De las formas o modos que se les establezcan o impongan, para su manifestación fáctica en un orden positivo determinado. Ya que "El Derecho es un todo: Un contenido que se estructura, autoconforma, realiza, dinámica, crítica y efectivamente, justificándose ante y por sí mismo".

Los Elementos Ontológicos Primarios y sus Modos

Los elementos ontológicos primarios pueden revestir al realizarse ya en un orden jurídico determinado, o más bien, en un orden jurídico positivo (Consuetudinario o Legislado), diversos

y variados modos, los que son variables, contingentes y ajenos a su naturaleza misma, aunque por ser los más concretos y reales en el sentido fáctico, se nos imponen en las primeras consideraciones como esencias y no como meros accidentes de aquellos, puesto que es ésto, “accidentes”, lo que vienen a ser “estos modos, de aquellos elementos ontológicos primarios”.¹⁸

Modos Generales que pueden revestir los Elementos Ontológicos primarios: Estos pueden manifestarse en un orden o sistema jurídico determinado como:

I.—Deber, que según sea su ejercicio presentan las siguientes variantes: Necesarios o Potestativos, y según pueda o no exigirse lo anterior serán Reales o Formales. Por lo que tenemos las siguientes formas de deber: 1) Deber Necesario Real; 2) Deber Necesario Formal; 3) Deber Potestativo Real; 4) Deber Potestativo Formal.

II.—Derecho, con sus variantes también por su ejercicio: según pueda o no ejercerse, será real o formal; y, según se pueda exigir su ejercicio o no, será: Necesario o Potestativo. Resultando: 1) Derecho Real; 2) Derecho Formal; 3) Derecho Necesario y 4) Derecho Potestativo.

Para evitar el Casuismo que a más de innecesario llevaría a confusiones, nos detendremos en estos dos modos que son reconocidos como los más generales y esenciales de manifestación Jurídica.¹⁹

CONSIDERACION ONTOLOGICA DE LA ACCION

Planteamiento Previo:

El Logos Jurídico, el Logos del Derecho, hemos visto es la estructuración integral, (material, crítica, dinámica, funcional efectiva, avocada en un procedimiento y justificada ante sí misma) de sus cuatro elementos primarios fundamentales a saber:

1.—Derecho Sustancial, Material o Substantivo.

2.—Derecho Procedimental, Instrumental, Formal o Adjetivo.

3.—Derecho activo vinculante, con sus aspectos; a) Acción, que nexa el Derecho Material y el Instrumental; b) Coacción: Que nexa el núcleo preceptivo y el sancionador; d) Jurisdicción que nexa todo lo anterior con el Derecho Crítico;

4.—Derecho Crítico el que establece la valoración del propio orden jurídico en sus partes y como tal. El primero es su materia; el segundo es su forma; el tercero es su dinamismo y funcionalidad, su determinación y su efectividad, y; El cuarto su legitimidad o justificación ante sí mismo como tal.

CONCILIACION DE LO ANTERIOR CON LA PRIMERA TESIS DE LA TEORIA EGOLÓGICA

Todo lo anterior es pertinente apuntar que es referido a la conducta, la cual es su contenido que se autolimita y configura en la forma expuesta. Por lo tanto no desconocemos en ningún momento la primera tesis Egológica de que el Derecho es Conducta ²⁰ (en sus tres aspectos proyectada, realizándose y realizada). Conducta que para ser jurídica y por lo tanto constituir Derecho, debe tener como ya se ha expuesto y fundado, la estructuración precedente; sea que se de en la vida del Derecho Consuetudinario o del Derecho Legislado.

El Logos de la Acción; Es por lo tanto el “Logos Jurídico en su Elemento Activo Vinculante entre el Derecho Material y el Derecho Procedimental”. Determinado el Logos de la Acción es oportuno y procedente pasar a la consideración de las categorías ontológicas del mismo.

El Ser de la Acción

El Ser de la Acción; Para considerársele correctamente debe vérselo con referencia a la teoría normativa, pero con la orientación y limitación que se le imponen por la teoría Egológica del Derecho y la lógica del juicio:²¹

El ser de la Acción; Es el conjunto de posibilidades plurales abiertas de conductas jurídicas activas vinculantes entre el Derecho Material y el Derecho Procedimental, que se contienen en

las Normas Jurídicas que las previenen y regulan (cualesquiera que sea el código al que pertenezcan). Lo anterior considerando; que la posibilidad es abstracta y como tal no aprensible, y que el único medio en el cual, aunque burdamente, se le puede aprehender en su forma abstracta es en la Norma que la contiene, es por lo que, con todas las reservas que lo anterior impone, diremos: Que el ser de la acción se encuentra en el conjunto de Normas del orden jurídico que la previenen y regulan; Pero sin identificarlas, pues la norma, no es sino el medio y forma por el cual se manifiesta el Logos Jurídico en general, como un conjunto de posibilidades plurales abiertas de conductas jurídicas, considerando que: Es conjunto porque son diversos grupos, elementos o tipos de posibilidades; Son posibilidades porque son meros proyectos de conducta; Plurales porque no establece ni se limita a una sola, sino a varias conductas posibles; Abiertas porque en su número son ilimitadas. En consecuencia se distingue plenamente el Logos Jurídico como posibilidad plural abierta de conductas jurídicas, de la forma de manifestarse que son las Normas Jurídicas que contienen aquellas posibilidades.

La Existencia de la Acción

Proseguiremos ahora, limitándonos a la Lógica del Juicio y a la Teoría Ecológica del Derecho, la cual tiene en esta fase plena aplicación.

La existencia de la acción viene a ser “La egologización del Logos Jurídico en su elemento activo vinculante entre sus otros dos elementos —a saber— el Derecho Substancial y el Derecho Procedimental. Es decir: “La fenomenalización del ser jurídico de la acción”, en consecuencia es “La Conducta que actualiza una de las posibilidades contenidas en la posibilidad plural abierta que constituye el ser de la acción”.

Por lo anterior la conceptuamos como “La Realización de la conducta jurídica activa que vincula el Derecho Material al Derecho Procedimental, considerada en su momento presente con referencia al futuro”.

La Realidad de la Acción

Se nos presenta siempre como algo ya dado y que se nos opone por pertenecer ya al mundo como algo externo a nosotros, algo a lo que sólo en ciertos casos podemos cambiar, pero no así constituirlo, aunque sí usarlo o proseguirlo no en sí mismo sino en sus consecuencias.

La realidad de la Acción dentro de la temática seguida viene a ser “La posibilidad plural abierta contenida en el logos jurídico vinculante entre el Derecho Material y el Derecho Adjetivo fenomenalizada en una Conducta Jurídica pasada o presente pero con referencia y con vista al pasado”. Distinción con las otras dos Categorías. Es la conducta jurídica activa vinculante entre el Derecho Material y el Derecho Procedimental; En lo que tiene no ya de realizable o proyectada —ser—; ni en su aspecto de fenomenalidad actuante, como conducta jurídica actuante vinculatoriamente —existencia—; sino, en su aspecto de conducta jurídica actuada, fenomenalizada; es la conducta jurídica activa vinculante realizada, concreta con visos de pasado, pues no es el acto de fenomenalización, sino lo fenomenalizado, actuado.

Diferenciación entre las Categorías Ontológicas Expuestas

Una es la posibilidad plural abierta de conductas jurídicas activas, vinculantes entre el Derecho Sustancial y el Derecho Instrumental, que constituye la participación en el Logos de la acción, en su fuente misma. Es decir, el ser de la Acción. Otro es el Acto Mismo de la Participación en su presente, con vista al futuro y entonces es la Egologización de una de las posibilidades contenida en las posibilidades plurales abiertas de Conductas Jurídicas Activas vinculantes entre el Derecho Material y el Derecho Instrumental, como conducta jurídica actual con referencia al futuro que nexa ya también una posibilidad determinada derivada del Derecho Material con otra igualmente determinada derivada del Derecho Procedimental. Por último, otro es el efecto de la participación, lo participado y por ello, es la posibilidad contenida en las posibilidades plurales Abiertas de Conductas Jurídicas activas vinculantes entre el Derecho Material y el Derecho Procedimental, Egologizada, como conducta jurídica obser-

vada, cumplida o presente con referencia al pasado, que nexo ya también una posibilidad determinada del Derecho Material con otra también determinada derivada del Derecho Procedimental.

Confirmación de lo Anterior con la Primera Tesis Egológica

Como ya se había afirmado el Logos Jurídico con la Estructuración integral de sus cuatro Elementos primarios fundamentales, que tienen como contenido en todo caso a la conducta o más bien dicho, son la Conducta considerada en sus manifestaciones esenciales y necesarias para ser jurídica.

Si el Logos Jurídico es conducta y como ya vimos cada uno de sus elementos esenciales que lo integran están constituidos a su vez por conducta, la que lo llena de tal manera que lo constituye al autolimitarse, en formas o modos que no son sino de la conducta o más bien, son conducta misma. Por lo tanto el Logos de la Acción, al pertenecer ésta a uno de los elementos esenciales del Logos Jurídico como integrante del mismo, no es sino "Conducta" que puede considerársele en sus tres categorías ontológicas: Proyectos, Posibilidades; Acto, conducta realizándose; y como conducta realizada, Actuada. En el Planteamiento Ontológico de la Acción. No se hace sino considerar las diversas categorías Ontológicas contenidas en el Logos de la Acción a saber:

Primero: En su Ser "La conducta jurídica activa vinculante entre Derecho Material y Derecho Procedimental" el "Logos de la acción", es considerado en lo que tiene de proyectado, de futuro, de posibilidad Abstracta Plural Abierta traducido en Normas, pues en tal aspecto es un deber ser que debe y puede realizarse.

Segundo: En su Existencia el "Logos de la Acción", la conducta que hemos señalado como tal, es considerada en su momento actual en lo que tiene de fenomenalización presente y de inmediato futuro, por eso decimos que es la "Egologización del Logos de la Acción".

Tercero: Por último en la realidad La conducta integrante o constituyente del "Logos de la Acción" es considerada en lo

que tiene de pasado y concretado por lo que puede decirse que es futuro concluido, pasado, por ello se dice que es el "Logos de la Acción Egologizado".

CONSIDERACION DEL LOGOS DE LA ACCION A LA LUZ DE LAS ACEPCIONES TRADICIONALES

La conducta general que constituye el Logos Jurídico o Logos del Derecho como el todo absoluto que permite la participación en todos sus aspectos comprendiéndolos y abarcándolos a la vez. El todo que permite y comprende la participación en su fuente como posibilidad, la participación en su acto como realización, y la participación en su efecto como lo concretado. Puede ser vista en forma: Abstracta, Intermedia y Concreta:

Abstracta: Se le considera en lo que tiene de proyectable y proyectada (que constituye el ser o participación en su fuente misma).

Intermedia: Se le considera en lo que tiene realizándose, en su realización misma (Egologización, la participación en el acto mismo en que se realiza).

Concreta: Se le considera en lo que tiene de concretada, de realizada (La participación en su efecto. Egologizada).

Implicación dialéctica de las Categorías Ontológicas de la Acción

Las Categorías ontológicas de la acción no son independientes entre sí, ni sólo congruentes, sino que: "Son necesarias en interdependencia e interimplicación Dialéctica".

Consideración Preliminar

Lo primero que se nos presenta a nuestra consideración y se nos impone como evidente por sí, es la Conducta Jurídica Actual, por lo que para demostrar lo anterior partiremos de ella: Tenemos entonces una conducta actual, pero su aceptación nos implica necesariamente que tiene un futuro y un pasado. Además nos impone aceptar que toda conducta para ser tal (conducta), debe

ser justificada, necesita justificarse.²² En consecuencia del análisis sale, que sólo podrá justificarse si tiene pasado y futuro y ésto sólo podrá realizarse, si la conducta es proyectable y concreta de donde resulta que: 1o.—Toda Conducta antes de vivirla como presente, antes de realizarla la tenemos como proyecto de conducta a observarse como deber ser, 2o.—Todo proyecto para ser tal, proyecto, necesita tener la posibilidad de realizarse, actualizarse, 3o.—Todo lo que empieza a realizarse pasa a ser realizado actualizado. Lo anterior nos posibilita ya para abordar el tema anunciado:

El Ser de la Acción como posibilidad, participación en su fuente, sólo puede ser tal, en la medida en que pueda Egologizarse, toda egologización del Logos de la Acción Implica necesariamente, como consecuencia, un “Logos concreto de la acción, Egologizado”.

La Existencia, o sea la Egologización del Logos de la Acción requiere de algo que Egologizar y ésta es la posibilidad constitutiva del ser del Logos de la Acción, así mismo implica el quedar Egologizada.

La realidad del Logos de la Acción: El Logos de la Acción sólo puede ser Egologizado en la medida y siempre que haya habido Egologización y ésta sólo puede ser de una posibilidad.

Necesidad Práctica de las Categorías Ontológicas de la Acción Expuestas

En el Logos de la Acción al igual que en el Logos del Derecho en general se encuentra: Que el Logos de la acción como tal no puede ser aprendido en sí mismo, sino en la experiencia de la participación. Empezando por la participación en su fuente que constituye su ser, resulta que sólo puede aprehenderse con las restricciones anctadas y las siguientes, al plasmarse en una norma que contiene el proyecto de conducta o conducta proyectada, pero como no es la norma, sino el contenido lo que nos interesa (Pues es el Logos de la Acción en la experiencia de la participación en su fuente) y éste aún continua abstracto y por lo tanto inaprehensible, por lo que requiere para su aprensión de la expe-

riencia que se da en el acto mismo de su Egologización, la que sólo se aprehende en el acto mismo en que se da, y ésta al darse empieza a ser pasado, por lo que en lo que tiene de realizado pasa a quedar Egologizado, y en la medida que se fenomenaliza y queda fenomenalizado, es en la que se le puede aprehender ya físicamente pues no es ya la posibilidad, sino el acto que la realiza y lo que queda realizado, lo que objetivamente observamos como evidente, exigiéndose el uno al otro en la forma expuesta.

UBICACION DE LA ACCION EN EL ORDEN JURIDICO

Siguiendo la doctrina tradicional basada en los principios Aristotélicos del Género Próximo y la Diferencia Específica, para la determinación del grupo de Entes al que pertenece el ente en cuestión tenemos:

Género Próximo y diferencia específica de la Acción.

Género Próximo de la Acción: Al respecto la primer cuestión que se nos plantea es saber: si la acción pertenece al mundo fáctico o al cultural, es evidente que pertenece al campo de la cultura y que dentro de ésta pertenece al orden de lo Normativo en el cual ya determina como su género próximo el Derecho.

La diferencia específica de la Acción:

Una vez ubicada en el género normativo jurídico, lo cual se muestra evidente por sí, resta determinar el campo que ocupa en él, su ubicación normativa jurídica, la que nos dará su diferencia específica dentro del orden jurídico. Si, como hemos visto el orden jurídico tiene una estructura fundamental compuesta por cuatro elementos, es lógico y necesario determinar a cual de ellos pertenece.

La acción frente a los elementos integrantes o estructurantes del orden jurídico

La acción hemos visto que por su naturaleza dinámica y funcional, pertenece al Elemento Activo Vinculante del Derecho. La anterior diferencia específica dentro ya del orden jurídico, se convierte en género próximo por no encontrarse el elemento ac-

tivo vinculante del Derecho abarcado o comprendido únicamente por la acción; en consecuencia si su pertenencia a dicho Elemento constituye su género próximo dentro del orden jurídico, nos falta entonces señalar su diferencia específica que nos la ubique y deslinde plenamente, dentro del elemento activo vinculante del orden jurídico al que pertenece.

La diferencia específica de la acción dentro del elemento estructurante del Derecho del que forma parte, es que ella es precisamente el elemento vinculante entre el Derecho Material y el Derecho Procedimental, quedando de esta manera plenamente ubicada en el orden jurídico e identificada dentro de él.

Ubicación de la acción dentro de la Codificación

Es indudable que la acción por dar siempre origen a un proceso y desarrollarse en él, de tal manera que en todo caso es procesal, resulta innecesario calificarla de ese modo, puesto que siempre lo es, y cuando se le toma en su llamada fase pública como ya se ha apuntado, se le ubica y regula en los códigos adjetivos.

Modo de Manifestarse la Acción en Nuestro Derecho Positivo

Se le reviste de diversos modos, según la materia en la que se le reglamenta positivamente, así tenemos que:

En Materia Civil y Privada en general se le reviste del modo de un "Derecho", generalmente de carácter potestativo, aunque en ocasiones resulta necesario.

En Materia Penal, que es la que nos interesa, se le inviste de la forma de "Deber", que al requerir ejercerse en todo caso que se cumplan los requisitos legales para ello, y al no tener un medio para exigir se cumpla con lo anterior, resulta ser, un "Deber Necesario Formal".

EL PROBLEMA AXIOLOGICO

Planteamiento General Previo

Hay tres categorías axiológicas que corresponden a las tres

categorías ontológicas: Al ser, el bien que lo funda; El valor, a la existencia que trata de adquirirlo; A la realidad, el ideal que no la niega, sino para realizarse. Es imposible concebir acto alguno que no sea un querer que se quiera. Con lo que al autojustificarse afirma su propio ser y bien, poniendo en sí mismo la identidad del ser y el bien.²³

Planteamiento previo del Problema Axiológico Jurídico

En el Derecho en su análisis ontológico hemos señalado y estudiado sus tres categorías ontológicas y aplicádaslas, también, a uno de sus elementos ontológicos primarios estructurantes del mismo. Hemos llegado al momento en que nos aplicaremos al estudio de sus categorías axiológicas correlativas. Tratando de hacerlo en la forma más breve posible pasaremos a ellas.

En el análisis previo encontramos: Que el Logos del Derecho en la categoría ontológica de su ser, requiere de algo que lo funde y ese fundamento o elemento fundante es el bien, primera categoría axiológica.

En su Categoría existencial persigue y trata de adquirir algo, de delimitar su campo en el ser, de donde lo que realiza es la categoría axiológica del valor y así hablamos de fenomenalizaciones valentes o invalentes, según el grado de alcanzar lo ontológico en su participación misma. "El bien" en su absoluto que aquí se denomina, en su Acto de Participación, valor; Y por último la categoría axiológica del ideal jurídico que se opone a lo ontológico de la realidad jurídica, negándola para realizarse o mejor todavía, en la medida en que no quedó realizada sino como tal. La realidad queda como algo que niega, en cuanto dado, aquello que tendía a dar y que nunca podrá dar, que es el Ideal.

Primera Categoría Axiológica, el Bien

El Bien no es un carácter extrínseco que se añadiría a todos los objetos particulares del querer. La voluntad no puede querer nada más que el bien, es el mismo bien lo que se encuentra y la voluntad trata de alcanzar en cada una de sus acciones bajo una forma limitada y parcial pero que es un aspecto solidario que

reclama a todos los demás. Así, la universalidad y la univocidad pertenecen en común al ser y al bien. Lo propio del intelecto es permitirnos asir el ser en tanto que nos desborda y el querer nos permite asirlo en tanto estamos interesados en producirlo. La voluntad es consustancial al ser, el que no es su objeto ni su fin, sino la actividad de que participa, de tal manera: En la voluntad asimos el ser queriéndose y poniéndose a sí mismo como digno de quererse, así la distancia entre el ser y lo realizado puede conducir al querer a reformar, sin usar lo realizado, realizando en todo momento el ser en cuanto querido y lo realizado en tanto inadecuado. Siendo el ser causa y razón de sí mismo la inteligencia nos permite discernirlo y la voluntad ponerlo en obra.²⁴

Definido el bien como el objeto propio de la voluntad. No hay nada en el mundo que no sea objeto de la voluntad.²⁵ El bien y el ser no son distintos sino a partir del momento en que se han distinguido una de otra: La inteligencia y la voluntad, pues ambas proceden de una actividad más alta en la que son idénticas. Si el ser mismo no es un objeto, ni una cosa, pues éstos son realidad, y tienen un carácter fenoménico, resulta necesario que sea una actividad que se produzca a sí misma, internamente; El bien reside en nuestra actividad bajo su forma más perfecta y más pura y su fin está en sí misma. Residiendo para nosotros en la pureza de una voluntad que no se deja determinar desde fuera y que encuentra en sí la razón de cada una de sus acciones. Para lo cual es menester considerar el bien al igual que hicimos con el ser, en sí mismo, independientemente de sus modos, o bien en éstos, no en lo que los limita y separa, sino en el principio mismo que los hace ser y los vuelve solidarios. De otra manera se apartan para tornarse objetos en una experiencia en que cada uno diseña un obstáculo contra el que no cesa de chocar la voluntad. Concluyendo: Es un ser que es su propia razón de ser, porque se da el ser a sí mismo, y el bien es el nombre que damos a esa razón de ser que justifica no un ser ya dado, sino este ser que se da el ser. El bien viene a ser la potencia soberana por la que el ser es causa de sí mismo, no pudiendo ser de otra manera porque sino, el ser tendería al bien y tender es buscar lo que nos falta y como al ser no le falta nada se basta absolutamente, es de concluirse necesariamente que el bien le es interior a él, por lo que ese ten-

der es un tender hacia sí mismo. Resultando ser él, su propio fin y objeto.²⁶

Primera Categoría Axiológica Jurídica

El Bien Jurídico.

El Logos Jurídico es un todo al que no le falta nada, se basta a sí mismo, él mismo se genera, realiza, establece sus formas autolimitándose. haciéndose dinámico-funcional, crítico, efectivo y auto-justificándose.²⁷

Resumiendo: La razón de ser del Derecho es el Derecho mismo. Decir razón de ser, es justificación fundante y creadora de algo. Por lo que: ontológica y axiológicamente el Logos del Derecho se identifica con el bien del Derecho, el Logos jurídico no puede tender, buscar nada distinto al Derecho mismo, no puede querer, pretender otra cosa que no sea él mismo; hablando en términos de los tradicionalmente llamados abstractos puros. Si al Derecho le faltare algo sólo podría ser: Derecho; o, Aderecho. Si es Aderecho, realmente no le falta nada puesto que ese Aderecho para el Derecho es irrelevante; Y, si es Derecho, el Logos del Derecho lo abarcaría, se extendería hasta él, por lo que no le falta nada, y el movimiento crítico, efectivo, formal, material y dinámico que manifiesta y se distingue de su análisis, es un movimiento interno tendiente a sí mismo como su propio fin y objeto. Quedando así expresada la identidad entre el Logos del Derecho, y el bien del Derecho en el campo filosófico.

Referido como ha sido el problema axiológico al Logos del Derecho en su sentido absoluto, que se resolvió en el bien jurídico, nos resta por resolver el problema axiológico en las categorías ontológicas del Logos del Derecho: En su Ser; Su Existencia; Y, su Realidad. O sea la participación en: Su fuente; Su acto; Y, su efecto.

El Problema axiológico y la primera categoría ontológica del Derecho

La primera participación en el Logos del Derecho en sentido

absoluto, es la participación en su fuente, la que constituye su primera categoría ontológica, o sea el ser del Derecho, que se nos presenta como: un conjunto de posibilidades de conductas jurídicas plurales abiertas, con una estructura, material, crítica, dinámica-funcional, efetiva, avocada en un procedimiento y justificada ante sí misma.

Ante la imposibilidad manifestada y reconocida de aprehender el Logos del Derecho en sí como tal, lo hemos, con todas las reservas expuestas, tomado a lo largo de la presente en la experiencia de la participación en su fuente, la que le es más cercana y fiel, y que a su vez hemos cuasi-identificado con el contenido del sistema normativo que forma el orden jurídico, sin dejar de reconocer, en los términos expuestos, la diferencia entre el Logos del Derecho y la participación en su fuente, o ser del mismo. Y, en cuanto al problema axiológico, todo lo expuesto en líneas anteriores respecto de la primera categoría axiológica, "El Bien", en relación del Logos del Derecho en sentido absoluto, lo repetimos ahora respecto de su ser, primera categoría ontológica o participación en su fuente.

El Bien Jurídico en cuanto es idéntico al Logos del Derecho y al Ser del mismo, carece de suyo de contrario. Pero hay un bien relativo que es inseparable de la existencia y evoca como contra partida un mal, que es todo lo que dentro del ser resulta rechazado por la existencia. Por lo tanto la oposición entre el bien y el mal se presenta, cuando ha comenzado la participación, ésto es, en la existencia que es el acto mismo de la participación o la participación en su acto y la categoría axiológica correlativa es la del valor.²⁸

Segunda Categoría Axiológica El Valor

Empezaremos por decir que el valor es a la existencia como el bien es al ser. En tanto la existencia se nos presenta como algo dado con vista al futuro, de tal manera que si bien es un presente referido al futuro resulta algo realizándose, participando, en el acto mismo de la participación. Por ello, el bien al que puede aspirar es un bien que guarda proporción con ella, que es com-

patible con el mal en la forma ya expuesta. Este bien entra en una escala y distinción de grados, que se denomina escala de valores, que manifiesta la flexibilidad del valor y el poder definir en él los modos particulares que pueden llegar a ser nuestros, o un bien determinado. El valor no es ni un objeto, ni un fin, ni un acto; sino, el resultado del criterio que en todo objeto de nuestra experiencia. en todo fin de nuestra voluntad, o en toda acción que podamos cumplir, mide, y estima la relación entre los posibles y el grado de actualización que somos capaces de dar en esos posibles. El valor no es el bien, sino en cuanto referido a un objeto de que hacemos uso, a una voluntad que se esfuerza por alcanzarlo, es el bien en cuanto implica una actividad que trata de realizarlo. Por ello el valor es relativo, pues es lo que expresa la relación de las cosas con lo absoluto. Así el valor, es lo absoluto contenido en cada cosa. Resultando confirmado y resumido en que: El bien es una idea y el valor un juicio, porque el bien no es ni un juicio, ni un concepto, es el origen de donde procede lo bueno, es el fin que se persigue y el criterio que permite juzgar y tiene como posibilidad una riqueza infinita y está por encima de la existencia, en identidad con el ser, obligando a éste a querer a sí mismo y a todo lo que participa de él; y, el Juicio de valor es tal, porque subsume una forma cualquiera de la fenomenalidad en cualquier aspecto, bajo una idea, reconocer que algo tiene valor, es subsumirlo bajo la idea del bien, y para ello es menester distinguir la cosa, del valor de la cosa, lo que exige el juicio, que nos pone en relación una con otra. El juicio de valor expresa en la cosa misma su interioridad, su enlace secreto con el ser en cuanto éste se quiere a sí mismo como bien, el bien está más allá de todos los juicios de valor pero es el principio de éstos. Así el juicio de valor es una comparación de los valores entre sí y con el bien de donde proceden todos. El valor en sí es independiente del tiempo, no obstante no tiene sentido sino es en una encarnación eventual. Es algo que debe ser realizado, y que jamás puede dejar de serlo, así el valor está en el tiempo y mide las etapas en que se realiza el bien, en virtud además de que la existencia reside siempre en la actualización de una posibilidad, el valor que la justifica no se realiza él mismo, sino por grados en una experiencia. Por ello el valor estará dondequiera que se de

la existencia, pues el valor es aquel carácter de las cosas que hace que merezcan existir.²⁹

Segunda Categoría Axiológica Jurídica

El Valor Jurídico.

El Valor en el Logos del Derecho, si el bien fue referido al Logos mismo del Derecho y a la primera de sus categorías ontológicas, o sea la participación en su fuente. Es procedente pasar a considerar el problema Axiológico en la segunda de las categorías ontológicas del Derecho: La Participación en su acto, la que nos da el juicio del valor al referirla a la idea del bien.

El Derecho vale en la medida que su Existencia delimita un campo determinado en el ser que es su esencia y bien, medida que sólo se obtiene a través de la aplicación del llamado Juicio de Valor. Así el valor Jurídico se ofrece como el resultado de la aplicación del juicio de relación entre el ser o bien del Derecho y la Existencia que lo realiza aquí y ahora delimitando en él un ser particular y concreto que hace suyo. El Valor Jurídico en consecuencia sólo se presenta en el plano de la existencia jurídica como aquello del bien del Derecho que ella realiza y por lo mismo la funda y la hace digna de existir.

Tercera Categoría Axiológica El Ideal

Si el bien es la esencia del ser, el valor es la significación de la existencia, la realidad y el ideal es una pareja de opuestos que se niegan mutuamente, de tal manera que si lo Real es lo dado, manifiesta en seguida su insuficiencia, de lo que es incapaz de producir, de asimilar, y nos muestra que la participación ha pasado de su acto, al dato que éste suscita y que es la expresión de sus límites. Surge así de la contradicción aparente, en la negación del valor como algo que jamás puede quedar realizado, la afirmación del ideal, puesto que tal negación trae correlativa la afirmación excluida y tal afirmación es el Ideal que es: El valor mismo en cuanto no real o no realizado, en cuanto no pudiendo jamás serlo y debiendo siempre serlo.³⁰

Tenemos así lo real que trató de realizar el ideal y el ideal

que trata de realizarse en lo real; Siendo el Ideal la llamada del valor, la referencia al bien y la realidad el incipiente bien encarnado, dado. Se sustituye la oposición inmediata establecida entre los términos real e ideal, en virtud de la exigencia inherente al acto mismo en que se encuentra fundada la participación. No estando jamás hecha la unión de lo real y lo ideal, porque el ideal es precisamente lo que no es real, a fin de que lo realicemos, es aquello que, dentro del ser mismo, rebasa lo participado, y designa no sólo lo participable, sino lo digno de que se lo participe. Lo Real es lo que se nos ofrece en el instante bajo una forma especializada, expresa nuestro pasado inmediato y lo ideal está siempre proyectado al porvenir aquello a lo que se le trata de dar en relación de nosotros, la realidad que le falta. El Ideal es atemporal pues lo ubicamos en un futuro, en un porvenir que en sí mismo no es nada, ni hay ideal sino por obra del acto mismo que acomete la empresa de realizarlo; El ideal y lo real son entonces inseparables y esenciales el uno al otro, pues el ideal requiere que se lo realice a falta de lo cual se quedaría en un puro posible y lo real sin el ideal carecería de ese principio interior de realización que constituye su razón de ser.³¹

Axiología Jurídica del Ideal

El Ideal Jurídico.

Al presentárenos la realidad del Derecho como aquel modo del Logos Jurídico que es precisamente lo realizado, lo concreto. se nos impone el ideal sin mayor esfuerzo como aquel bien o conducta querida. que al realizarse no pudo quedar realizada y por lo tanto aparece como contraria a aquello que pretendió realizar. El ideal del Derecho preséntasenos entonces. como algo que se quiere pero ya no en principio, ni en realización, es el bien pero en cuanto se le tiende a realizar, en lo que de él se pretende dejar realizado, y no en lo que del mismo se realiza (valor), por ello la realidad manifiesta su limitación misma y con ello afirma aquello que le rebasa y que es el ideal.

El Ideal como aquel bien en cuanto se tiende a realizarlo considerado dentro de el Logos del Derecho en aquellas conduc-

tas o actos concretos pretéritos, se nos muestra como aquello que: conforme al Derecho mismo ha quedado sin realizarse debiendo serlo; Que ha de realizarse y de hecho se encuentra una actividad tendiente a concretarlo (existencia valente) y es esa conciencia de la insuficiencia de lo realizado y que debe realizarse, lo que constituye el ideal jurídico, como aquello que debiendo realizarse nunca llega a quedar como un dato, sino siempre como aquel futuro al que tiende la conducta para realizarlo.

Conciliación con la Primera Tesis Ecológica del Derecho

Con parquedad de expresión tenemos que: Si el Logos Jurídico hemos dicho es conducta y como tal es un obrar humano justificado ante sí mismo, en el que siempre encontramos un proyecto a realizar un acto de realizar y un dato que queda realizado en el que todos y cada uno requiere justificarse por y ante sí mismo, y en relación con los demás, resulta sencilla y evidente por sí, la conciliación de las categorías axiológicas aplicadas a cada una de las categorías ontológicas del Logos del Derecho, con la primera tesis de la Teoría Ecológica del Derecho.

Aplicación del Problema Axiológico a las categorías Ontológicas de la Acción

El Logos de la Acción como parte de uno de los Elementos Ontológicos primarios estructurantes del Derecho delimita su ser dentro del Logos Jurídico al que no agrega nada, sino sólo deslinda un campo determinado por medio del análisis que en aquél se haga, y por la experiencia misma de la participación ya sea en su fuente, en su acto, o en su efecto, participa en todo, en el campo axiológico Jurídico General, consustancialmente con él. No obstante, pasaremos a dar una breve exposición del tema anunciado, previa una diferenciación de los campos en los que se le considera.

El problema Axiológico de la Acción en el Logos del Derecho considerado en su mayor amplitud y abstracción, es decir, en su verdadera esencia es sólo de repetirse íntegramente los argumentos vertidos en relación con el Logos Jurídico General, conside-

rado en sus tres categorías ontológicas.

El problema axiológico de la acción en el Derecho como orden jurídico, o sistema normativo jurídico particular, pero en el que quepan toda clase de derechos positivos, es decir sin perder su abstracción y generalidad, aunque sí, no partiendo ya del momento anterior a la participación ni de la participación misma ya sea en su fuente, en su acto, o en su efecto, considerada en relación de lo absoluto, sino de lo concreto, reconociendo las ideologías imperantes en que el Derecho como orden jurídico se base, pero sean éstas cuales sean y fuere éste cual fuere, se presenta como sigue:

El Bien de la Acción

Todo orden jurídico tiende a establecerse como un todo auto-justificado y auto-suficiente con una determinada idea del bien adoptada e impuesta en él, de tal manera que el orden jurídico se identifica con la idea del bien que él establece en su regulación, lo que origina que tanto él en sí mismo, como en cada uno de los actos particulares derivados de él, dados en y por él, no persiga otra cosa, sino el cumplimiento del bien acogido y regulado por él, que por serle consustancial, no es otra cosa que él mismo, estableciéndose como bueno y querido por sí. Así el bien de la acción será la acción misma en tanto participe en su reglamentación del bien instaurado en ella.

En la concepción tradicional el Bien de la Acción su bondad, consistirá en su fin y su fin no puede ser otro sino el cumplirse a sí misma, en el momento de participación en su fuente, no en el acto ni en su efecto, por lo que se concluye que la acción al quererse a sí misma como tal instaurada, es buena, es el bien de sí misma.

El Valor de la Acción

Si la acción al reglametarse se impone necesariamente como fin de sí misma, al realizarse en la participación en su acto, ya no en su fuente, tendrá una relación necesaria, un enjuicia-

miento con ella misma que nos señale la medida en que ella misma se realiza, lo que será su valor, y en la que no se realiza, disvalor. La acción en el acto de la participación necesariamente se somete a la relación con sí misma en su reglamentación, lo cual constituye el bien y el juicio de relación nos da el valor, concluyendo necesariamente que la acción vale en la medida que resulta de la relación: De su realización con su reglamentación, en la medida en que se está plasmando aquí y ahora, la idea que en su reglamentación se da la acción de sí misma, de lo que se considera ella misma como bien, como digna de quererse a sí misma.

El Ideal de la Acción

Habiendo expuesto el bien como el fundamento, la razón de ser de la acción, lo que la hace en sí digna de quererse a sí misma y de tender a realizarse; y, el valor como la medida que nos da el juicio de la relación, de lo que se realiza en un momento dado al someterlo a la idea que en su reglamentación se le ha impuesto como su razón de ser, con la idea del bien de la acción; Resulta que lo realizado nos presenta la negación por un lado de lo que no se realizó debiendo realizarse y por otro, la afirmación de todo aquello que quedó y siempre está como debiendo realizarse y que nunca llega a realizarse y que se le ha denominado Ideal.

Resumiendo: El bien es el ser mismo del Logos de la Acción en tanto la funda y la pone como digna de quererse a sí misma; El valor es aquello que tiende a realizarse en el acto mismo de la participación y que funda la participación como digna de realizarse y quererse no en su fuente, sino en su acto, como el resultado del juicio que la relaciona con el bien; y el ideal, como aquello que debiendo realizarse ha quedado sin realización y siempre queda como tal, sin agotarse, sin cumplirse, pero debiendo cumplirse.

El Problema Axiológico de la Acción a la Luz de la Filosofía Tradicional

El bien de la acción se traduciría en su bondad y ésta se

determinaría por el fin ³² y éste reconociendo que toda teoría del Derecho que no parta de una base ontológica, tiende a ser una ideología jurídica, vendría a ser el mismo que el régimen imperante estatuyera como bueno, lo que sería relativo, contingente y ajeno a su naturaleza y en ellos dirían válidamente que la acción es buena, en la medida en que sirviera para realizar el fin estatuido por el régimen, lo que mostraría además una confusión entre las categorías axiológicas del Bien y el Valor.

El ideal de la acción también fuera de la pureza científica, nos llevaría a concepciones contingentes basadas en las ideologías imperantes, lo que vendría a confundir y quebrar el problema axiológico, que explicado como lo ha sido en la pureza de la abstracción formal, ajena a toda ideología, nos permite perfectamente explicarnos éstas y no dejarnos llevar por las corrientes que a ellas las inspiran y que incluso a nosotros nos afectan directamente, por vivir dentro de las estructuras que las originan.

Por lo anterior como último argumento diremos: El Bien o Bondad de la acción está en su esencia y la única manera de estar en ella es siendo ella misma, y si el ser de algo es su esencia; El ser de la acción es su esencia y su esencia es el bien, por lo tanto el ser y el bien de la acción es una y la misma cosa y si admitimos una tendencia a un fin que sea el bien esa tendencia será una tendencia hacia sí misma, a su propia esencia que es su ser.

El Valor o Utilidad de la Acción está en aquello del bien que se realiza y lo que se realiza es la existencia, y ésta no es sino la delimitación de un campo determinado dentro del ser. El valor resulta ser la medida en que la existencia realiza su esencia, delimita su campo dentro de la esencia o ser dándose de esa manera un ser particular que es el suyo, medida que sólo se obtiene mediante lo que se llama juicio de valor, que es el acto por el cual se relaciona la esencia que se delimita, existencia, con la esencia en que se delimita, ser o bien.

El Ideal como aquello que debiendo realizarse nunca queda realizado, sólo puede comprenderse en el dato, en lo realizado como opuesto a él en la medida que debió plasmarlo y no fue

plasmado. Y, así mismo como la exigencia ante la realidad de algo no realizado que deba realizarse y que no llegue nunca a ser realizado.

Concluyendo la Existencia de la acción, es la medida en que realiza su esencia a través de la experiencia del acto mismo de la participación, el valor de la acción será la medida en que realice una existencia determinada el bien que es su esencia, medida que sólo se nos da a través de un juicio que llamamos juicio del valor. La realidad de la acción queda entonces, como el dato resultante de la experiencia de la participación en lo que tiene de dado, el ideal de la acción es, no ya la medida que se realiza, sino aquello que precisamente quedó sin realizarse debiendo ser realizado. Que nunca deja de tenderse a realizar, pero que jamás llega a ser realizado.

Axiología Práctica de la Acción

Ante todo hacemos notar que la palabra práctica no es usada en el sentido Kantiano, sino en el común y corriente de su aplicación. Así el problema axiológico se resuelve en las siguientes cuestiones: "Utilidad de la Acción, perfectibilidad de la acción y fin de la acción". Pasemos entonces a analizar cada uno de ellos.

Utilidad de la Acción

Desde el punto de vista filosófico y de teoría general del Derecho, la utilidad de la acción como ha quedado apuntado en párrafos anteriores, consiste en que es una de las partes integrantes del Elemento motor del Derecho que hemos denominado Derecho Activo Vinculante, precisamente en su aspecto que nexa al Derecho Material con el Procedimental. Su utilidad se muestra así como evidente, por ser necesario para que el Logos Jurídico sea tal.

En sus categorías ontológicas se manifiesta también como necesario para darle al derecho en su posibilidad, su ser dinámico-funcional; en su actualización o acto de realizarse una de esas posibilidades, su dinamismo funcional; Y, en el dato que queda que sea algo realizado de un todo dinámico-funcional, que

lo denote y lo exija como tal, en la medida en que no pudo realizarlo todo.

Perfectibilidad, Fin y Finalidad de la Acción

La utilidad de la acción nos presenta la exigencia de, que su acto de realizarse exige a la vez en lo realizado, cada vez mayor realización de su esencia. La homologación máxima: entre lo posible, lo que se realiza y lo realizado, cuestión que no es otra cosa que el problema de la: Perfectibilidad de la Acción que así queda explicado.

Su fin y finalidad: Su fin es su esencia, es ella misma y su finalidad no es lo que persigue (fin) sino la tendencia misma. La acción se tiene como fin a sí misma y a ella misma se persigue; y como el bien se identifica con su esencia, con su ser, es de concluirse que en su existencia al perseguirse y tratar de plasmarse a sí misma, delimitando un ser particular dentro del Logos de la Acción, ser que corresponda en lo más posible a su Logos mismo que es su bien, nos presenta su finalidad y su fin, poniendo en evidencia su perfectibilidad, la que podrá realizarse según se pueda conformar con su esencia. Según alcance a pragmatizar un ser particular y concreto que sea el suyo y que coincida en todo con su logos, esencia o ser absoluto que se identifica con su bien.

Resumiendo, la Acción es útil porque le da al Derecho su dinamismo funcional haciendo que el Logos del Derecho sea tal. Es perfectible porque en su existencia en relación con el bien de su esencia o ser, sólo alcanza a realizar una parte de ese bien que es su ser, (fin) al que siempre pretende abarcar (finalidad). En su realidad, en aquello que queda realizado nos presenta como exigencia aquello que siempre debe realizarse (fin) y que se pretende realizar en lo más posible (finalidad), pero que nunca se logra dejar realizado del todo. Desde otro aspecto digamos que es la existencia el darse y la realidad lo dado, que siempre se tratan de superar, pretendiendo abarcar y comprender la esencia en que se dan, su ser-su bien, que, con referencia al primero hemos llamado valor y al segundo ideal.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO TERCERO

- 1.—Louis Lavelle: Introducción a la Ontología, Trad. de José Gaos. Breviarios del Fondo de Cultura Económica México-Buenos Aires 2a. Edición en España 1966. Págs. 15 a 17.
- 2.—Louis Lavelle: Opus cit. Págs. 21 a 23.
- 3.—Louis Lavelle. Opus cit. Págs. 34 a 40.
- 4.—Louis Lavelle. Opus cit. Págs. 48 y sigs.
- 5.—Manuel García Morente. Lecciones Preliminares de Filosofía. Undécima Edición. Edit. Diana, S. A. México, D. F., 1964. Pág. 355.
- 6.—Carlos Cossio. La Teoría Ecológica del Derecho, Su problema y sus problemas. Loc. cit. Pág. 9.
Miguel Fenech. Derecho Procesal Penal. Loc. cit. Págs. 20 y sigs.
- 7.—Carlos Cossio: Opus cit. Págs. 18-19.
E. García Maynez: Los Principios de la Ontología Formal del Derecho y su expresión simbólica. Imprenta Universitaria México 1963. Pág. 5.
- 8.—Juan Manuel Teran Mata: Filosofía del Derecho. Tercera Edición 1967 Edit. Porrúa, S. A. México, D. F. Pág. 172.
- 9.—Acero Julio: Procedimiento Penal. Loc. cit. Pág. 13.
- 10.—Manuel García Morente: Opus cit. Pág. 2, 365 etc.
- 11.—E. García Maynez. Introducción al Estudio del Derecho. Loc. cit. Pág. 36.
Adolfo Maldonado: Derecho Procesal Civil. Teoría y Legislación Federal del Distrito y Mercantil. Loc. cit. Pág. 17.
Julio Acero: Opus cit. Págs. 16 y sigs.
- 12.—Hugo Alsina: Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Loc. cit. Págs. 35, 39 y sigs.
Geovanni Leone: Tratado de Derecho Procesal Penal Loc. cit. Pág. 37.
García Maynez E. Introducción al Estudio del Derecho. Loc. cit. Págs. 4-8-14 y sigs.
J. Castillo Larrañaga y Rafael de Pina: Derecho Procesal Civil. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Loc. cit. Págs. 21 y sigs.
- 13.—Miguel Fenech: Opus cit. Pág. 39.
Kelsen citado por E. García Maynez: Lógica del Juicio Jurídico. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. Publicaciones Diana. Anuario de Filosofía Julio de 1955. Págs. 170, 177; 131, 132, sigs. 181.
Adolfo Maldonado: Opus cit. Pág. 16.
- 14.—Juan Manuel Teran Mata: Opus cit. Págs. 106-107 y sigs.
- 15.—Carnelutti Francesco: Como se hace un Proceso. Loc. cit. Pág. 92.
E. García Maynez: Introducción al Estudio del Derecho. Loc. cit. Págs. 119 y sigs.
- 16.—Adolfo Maldonado. Opus cit. Pág. 73 y sigs.
E. García Maynez: Introducción al Estudio del Derecho. Loc. cit. Pág. 131 y sigs.
F. Moto Slazar: Elementos de Derecho. Quinta Edición Edit. Porrúa, S. A. México, D. F. 1958. Págs. 17, 21 y sigs.
- 17.—Andrés Serra Rojas: Derecho Administrativo. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Tercera Edición, revisada y aumentada. Librería de Manuel Porrúa, S. A. México. D. F. 1965. Págs. 20-21 y 112.

- 18.—Manuel García Morente: Opus cit. Pág. 368.
- 19.—E. García Maynez: Principios de la Ontología Formal del Derecho y su Expresión simbólica. Loc. cit. Pág. 90 y sigs.
Juan Manuel Teran Mata: Opus cit. Págs. 114-117 y sigs.
- 20.—Carlos Cossio: Opus cit. Págs. 17 y sigs.
Juan Manuel Teran Mata. Opus cit. Págs. 115-116 y sigs.
- 21.—Carlos Cossio: Opus cit. Págs. 17 y sigs.
E. García Maynez: Lógica del Juicio Jurídico Loc. cit. Págs. 30 y sigs.
Louis Lavelle: Opus cit. Páginas citadas.
- 22.—Carlos Cossio: Apus cit. Pág. 30.
E. García Maynez: Lógica del Juicio Jurídico. Loc. cit. Págs. 74 y sigs.
- 23.—Louis Lavelle: Opus cit. Págs. 79-81 y sigs.
Carlos Cossio. Pág. 30 y sigs.
- 24.—Louis Lavelle: Opus cit. Págs. 83-84 y sigs.
- 25.—Rafael Preciado Hernández: Lecciones de Filosofía del Derecho. Cuarta Edición, revisada 1965. Edit. Jus. México. Pág. 195 y sigs.
- 26.—Louis Lavelle: Opus cit. Págs. 85, 87 88 y sigs.
- 27.—Juan Manuel Teran Mata. Opus cit. Pág. 172 y sigs.
- 28.—Louis Lavelle; Opus cit. Págs. 99 y sigs.
- 29.—Louis Lavelle: Opus cit. Págs. 100 a 108 y sigs.
Juan Manuel Terán Mata, Opus cit. Págs. 213 y sigs.
- 30.—Louis Lavelle: Opus cit. Págs. 113 a 116 y sigs.
- 31.—Louis Lavelle Opus cit. Págs. 119 a 121 y sigs.
- 32.—Rafael Preciado Hernández. Opus cit. Págs. 139-144 y sigs.
Juan Manuel Terán Mata. Opus cit. Págs. 183 y sigs.

CAPITULO CUARTO
HACIA UNA TEORIA GENERAL DE LA ACCION
EN MATERIA PENAL

CONSIDERACION DE LA PROBLEMÁTICA TRADICIONAL DE LA ACCIÓN EN MATERIA PENAL

Dando como presupuesto la existencia en nosotros de un saber¹ sobre la acción obtenido del desarrollo de la presente, tanto en su sentido tradicional como en el que aquí se le da, pasaremos al análisis y desarrollo de los problemas que comúnmente se plantean respecto de ella en la Materia Penal.

Denominación

Se discute si debe llamarse: Acción Procesal, Acción Penal; Acción Procesal Penal o Acción Punitiva. Si la acción en esta fase siempre da origen a un proceso en el que avoca su dinamismo, resulta que siempre es procesal, por lo que sería redundante denominarla acción procesal, en cuanto a la denominación de Acción Punitiva, por implicar un prejuicio, al atribuirle una finalidad de que carece, a saber, "el penar" dando una idea de ella no compatible ni con las concepciones tradicionales, ni con la que aquí se le da, resulta inaceptable; Como en éste es considerada la acción no en su principio ontológico, sino en la diversificación que experimenta al reglamentarse en un derecho positivo, al cual se le divide por materias y una de ellas es la penal, resulta que la acción para denotar que es considerada en este campo del derecho positivo, debe ser calificada con el adjetivo de Penal. En consecuencia, debe denominarse "acción penal".

Antecedentes de la Acción Penal

Hemos manifestado en líneas anteriores que los autores tratan el tema desde el punto de vista de su titular o la forma

¹ García Morente: Lecciones Preliminares de Filosofía, 11a. Edición 1964, Edit. Diana, S. A. México, D. F. Pág. 6.

de ejercerse, con lo que nos presentan los antecedentes y evolución de su titular y de la forma de ejercerse, pero no de ella misma, respecto de la cual realmente no nos dicen nada. Entonces ¿cómo se explica el problema de la acción respecto de sus antecedentes?

La acción observamos que tiene una esencia, una naturaleza, una estructura ontológica idéntica, la que ha sido mal explicada por dejarse llevar de los hechos materiales que son los que en el mundo fáctico, primero y más fácilmente llegan a nuestra consideración, pero la función vinculante —que constituye su naturaleza— entre el Derecho Material y el procedimental; ante el grupo social, la organización económica, política, etc., época, lugar, etc., en que se le considere, se conserva igual, por lo que señalar sus antecedentes será señalar: primero, ¿desde cuándo existe o cuándo surgió a la vida jurídica?, segundo, si ha evolucionado y ¿cómo de haberlo hecho?. En cuanto al primero tenemos que el origen de la acción es el Derecho; el orden jurídico primitivo o elaborado, religioso o laico, etc., y en él, al presentarse como parte integrante de su elemento activo vinculante, siempre ha existido, con lo que el origen de la acción se ubica y corresponde al surgimiento del Derecho, y éste se ha afirmado y reconocido que existe desde que existe la sociedad, puesto que la humanidad no podría vivir, existir como tal, careciendo de un orden jurídico por incipiente que fuere y basado en los valores, bienes, teorías, ideas, etc., que fueren. La humanidad, el hombre, siempre ha tenido un Derecho que lo rige: escrito, consuetudinario, religioso o laico, denomínesele como se quiera, pero todo grupo humano ha presentado cierta organización que corresponde o más bien en la que se encuentran realizándose los elementos ontológicos primarios estructurantes del Derecho y no es el estudio el que crea o inventa el Derecho en general o la acción en particular, atribuyéndole ciertas características y naturaleza, sino que simplemente las descubre, por ello en la acción penal como fenómeno jurídico que es, sólo puede explicarse su surgimiento dentro del orden jurídico y al ser en éste una de las fases de una de las partes integrantes del elemento activo vinculante estructurante del Derecho como exigencia ontológica, es de concluirse que con él nace y en consecuencia respecto de la

segunda cuestión planteada, como ha existido desde siempre con idéntica esencia y naturaleza, no presenta en la misma, evolución alguna. Lo único que ha variado son sus apreciaciones, según los medios de que se ha dispuesto para su estudio, también han cambiado los fines externos a ella que se le imputan, así mismo el sujeto que se establece como su titular, contra el que se dirige, frente al que se realiza, etc., por lo tanto la acción en sí misma, en su naturaleza, no evoluciona; pero puede y de hecho ha evolucionado la forma positiva y fáctica de estructurarla, así como la estructuración doctrinal que para fundar o con fundamento en lo anterior se ha pretendido establecer, y por lo mismo que la estructuración positiva siempre es variable: tanto en diversos lugares en un mismo tiempo, como en un mismo lugar en distintos tiempos; es por lo que no se ha logrado una teoría única sobre la acción que más o menos salve todos los problemas técnicos-prácticos que se oponen a toda consideración general que de ella pretenda hacerse, máxime cuando los teóricos al respecto, más que fijarse en su esencia y naturaleza quieren basarse y de hecho parten de una serie de consideraciones accidentales, que por lo mismo varían de sistema a sistema positivo, de época a época, de lugar a lugar, etc., tales como los multimencionados, relativos a quien es su titular, contra y ante quien se dirige, forma de su ejercicio, etc.

Concepto de Acción Penal

Haciendo caso omiso de todos los elementos contingentes de la acción, nos quedaremos con su esencia jurídica la que consiste, al ser parte del elemento activo vinculante estructurante del Derecho, tanto en la imputación de una actividad inmediata para su propio desarrollo, así como para el de los demás elementos del Derecho, como en la actividad vinculante misma (que actualiza la imputación), entre el derecho material y el procedimental. En consecuencia, por ahora adoptamos la siguiente conceptualización de la acción penal, como “aquella actividad (tanto la prevista en la norma, como la que se encuentra actualizándola) que vincula el Derecho Material Penal al Procedimental Penal (considerados: tanto como posibilidades ambos, como en

una imputación particular y determinada derivada de ellos).

Naturaleza Jurídica, Objeto y Fin

La naturaleza jurídica de la Acción Penal, como su esencia o ser, es el ser parte del elemento activo vinculante del Derecho y precisamente de aquel que le da al Derecho su dinamismo-funcional al nexar el Derecho Material al Procedimental considerado tanto in-abstracto, como in-concreto.

El objeto de la Acción Penal, como aquello que va a hacer es: el nexar el Derecho Material Penal al Procedimental Penal tanto in-abstracto como in-concreto, dándole al Derecho en esa forma, su dinamismo-funcional en la Materia Penal.

El Fin de la Acción Penal como aquello a lo que tiende o lo que persigue por sí mismo, no es otra cosa sino: el imprimirle al Derecho su dinamismo-funcional en la materia penal, nexando el Derecho Material Penal al Procedimental Penal, considerados tanto in-abstracto, como in-concreto.

Modo de manifestarse la Acción Penal

La acción penal en nuestro derecho positivo en relación a su ejercicio, se manifiesta tanto en su regulación como en la práctica jurídica, como un "Deber Necesario Formal" en virtud de que es menester actualizarla en todo caso que se cumplan los requisitos que el propio Derecho establece para ello y por no establecerse un medio jurídico efectivo para hacer que se cumpla con el Deber en que se manifiesta. En otras palabras la vinculación entre el Derecho Penal Material y el Procedimental, jurídicamente no puede, sino que debe realizarse siempre que en el caso concreto se reúnan los requisitos legales para ello, pero no puede exigirse de manera efectiva que se realice tal vinculación.

El Titular de la Acción Penal

Al ser la Acción Penal como todo lo jurídico "Conducta"

resulta que requiere como elemento esencial tener alguien que pueda realizarla, realice y haya realizado legítimamente la conducta en que conciste la acción Penal, con lo que se concluye que la acción penal exige alguien que la actualice, es decir un titular de su ejercicio como elemento esencial. Pero el que y quien sea ese titular, constituye accidentes de la acción penal, puesto que al poder variar y de hecho haber variado el sujeto titular del ejercicio de la acción penal, manifiesta su contingencia.

En nuestro Derecho Positivo: encontramos que si el titular del Ejercicio de la Acción Penal, es el sujeto que puede realizar y realiza legítimamente la conducta en que consiste aquella; El titular de su ejercicio en el Derecho Penal Mexicano es el Ministerio Público, único que puede ejercerla legítimamente, por mandato Constitucional.

Es pertinente distinguir entre: El titular del Ejercicio de la acción penal quien sólo tiene facultades respecto de su promovilidad y prosecución, pudiendo y debiendo disponer en los términos que el mismo Derecho señala, del actualizar o no la Acción Penal, pero no de ella misma, de la acción en sí, lo que no puede hacer ni el Derecho Positivo mismo, el orden jurídico. Puesto que, no podrá (aunque quisiera) variar su ser, su esencia vinculante, pudiendo tan sólo darle las formas y términos que quiera, pero no cambiarle su naturaleza. En consecuencia resulta: a) La Acción Penal en sí, en su esencia es inmutable y pertenece al Logos Jurídico; b) La Acción Penal en sus formas, modos y términos de preverse ella y su realización, es accidental, teniendo como titular o perteneciendo a la sociedad o al orden jurídico positivo, únicos que pueden variarla por medio generalmente del sujeto llamado Legislador, pertenezca éste a un Estado en el sentido moderno, o se de en una organización social primitiva; c) La Acción en su ejercicio, en su actualización, en cuanto a qué y quién sea el titular de su ejercicio, es contingente, y aunque ya se vio que éste será quien pueda disponer de sus promovilidad y prosecución, en nuestro derecho positivo las cuestiones: de que es el titular de su ejercicio, se resuelve en que es un órgano del Estado llamado Ministerio Público, quien la ejerce en forma exclusiva por mandato Cons-

titucional (otra cosa es la persona física que realice las funciones del órgano la que para los efectos del presente, a más de contingente es irrelevante), pero en los términos, en todo caso, previstos por el titular de ella en cuanto a sus formas, modos y términos de preverse ella y su realización, datos estos últimos que por encontrarse y pertenecer al orden jurídico positivo, dan por resultado el que se pueda afirmar que su ejercicio sólo puede realizarse en los términos que establezca el orden jurídico, disponiendo el orden jurídico de la Acción Penal en relación a esos accidentes apuntados.

En conclusión la Acción Penal tiene dos titulares: titular de sus formas, modos y términos de preverse y realizarse “el orden jurídico al que pertenece o el Legislador que vaya a modificarlo”; Y, titular de su ejercicio, tanto como posibilidad, como actualización de esa posibilidad, “El Ministerio Público”.

Ejercicio de la Acción Penal

Conforme a lo expuesto el ejercicio de la Acción Penal se manifiesta en nuestro Derecho Positivo como un “deber necesario formal a cargo del titular de su Ejercicio”. Haciendo notar que el ejercicio de la acción penal no se limita a la simple incoación del Proceso Penal, sino que comprende también su prosecución, dado que ejercer significa no sólo el iniciar la realización o desarrollo de una potencia, sino el llevar a ésta hasta su total realización, a sus últimos efectos. En el Derecho como se ha visto, es una vinculación dinámica-funcional, lo que significa una existencia, un realizarse aún en contra de la voluntad de la persona del titular de su ejercicio, quien sólo sirve para que el Derecho se actualice, pero en todo caso, a impulso y en los términos que él mismo establece, resultando así que la acción penal deberá ejercerse siempre que conforme al Derecho deba serlo y no podrá suspenderse este ejercicio de no ser en los términos que aquél previene; y, como en nuestro orden jurídico positivo no se previene un medio de hacer realmente efectivo en la práctica esa exigencia jurídica, que aunque formalmente siempre se cumple, resulta ser de validez meramente formal y por ello decimos que la acción penal se configura en nuestro derecho posi-

tivo en relación con su ejercicio como “un deber necesario formal a cargo del Ministerio Público”.

Iter de la Acción Penal

La acción penal como hemos visto nace con el Derecho y se actualiza como posibilidad plural abierta, es decir se da su ser a sí misma en cuanto participa en la fuente del Logos del Derecho al preverse en un orden jurídico determinado, de tal manera que nace con ese orden jurídico. Ahora bien si dentro de ese orden jurídico se actualiza, al realizarse aquí y ahora la conducta prevista en el sistema normativo, en otras palabras al ejercerse, pero aunque para poder ejercerse se dice requiere que se cumplan con ciertos requisitos que veremos posteriormente, al darse y cumplirse con los supuestos exigidos por el orden jurídico para que se actualice la conducta prevista en la posibilidad plural abierta contenida en la norma en que consiste la acción penal, ésta se inicia y de inmediato al nexar uno o varios derechos subjetivos determinados derivados del Derecho material, con un procedimiento también determinado derivado del Derecho Procedimental, conjugación que da origen simultáneo al llamado Proceso, entablando las relaciones en las que éste se desarrolla avocando el dinamismo de la acción y dándole la funcionalidad al Derecho, o sea su dinamismo al servicio del propio Derecho, puesto que a través de él se cumple, se realiza y posibilita además la autocrítica del Derecho, y la determinación de la procedencia del precepto y la sanción de la norma que han de nexarse conforme a lo que el orden jurídico dice respecto de esa relación jurídica particular determinada; Lo que se realiza con la aplicación de la llamada jurisdicción que ordena lo que conforme al orden jurídico procede y en su caso se realice la coacción o nexo entre el precepto y la sanción que corresponda, aún en contra de la voluntad del sujeto afectado por ella, lo que se efectúa precisamente en la llamada Sentencia definitiva ejecutoriada. Se concluye que: La Acción Penal nace con el Derecho. Participa en la fuente del Logos del Derecho al preversele como posibilidad plural abierta de conductas dinámico-funcionales nexantes del Derecho Material Penal con el Procedimental Penal, en un

orden jurídico determinado; Se actualiza o sea, se ejerce dentro del orden jurídico que la previene, al darse los supuestos que él mismo exige para ello, con lo que da nacimiento a un grupo de relaciones jurídicas dinámico-funcionales llamadas proceso, que es en las que ella se desarrolla avocando su dinamismo e imprimiéndole funcionalidad al orden jurídico, al posibilitar según se expuso, la jurisdicción y la coacción, llegando a su consumtio la conducta que actualiza una de las posibilidades plurales abiertas que constituye el ser de la acción, pasando de existencia o conducta actuante, a realidad o status creado, por medio de una resolución definitiva e irrevocable sobre la cuestión planteada.

Breve referencia de la Acción Penal frente al Proceso Penal, y al Procedimiento Penal

En el Proceso penal como en todo proceso se encuentra: 1.—Algo que se desarrolla, y lo que se desarrolla es la acción penal, puesto que es la actividad vinculante entre el Derecho Material Penal y el Procedimental Penal, es la conducta vinculante que se encuentra actualizando el nexo entre una imputación concreta derivada del Derecho Material Penal y un procedimiento determinado, derivado del Derecho Procedimental Penal, por el que realiza a aquél y ella avoca su dinamismo, con lo que le da su funcionalidad al orden jurídico, creando lo que se llama Proceso Penal, que se configura como aquel contenido consistente en la interrelación de partículas determinadas, derivadas de los Elementos Ontológicos Primarios del Derecho, en forma que se autolimitan siendo un complejo de relaciones, que resulta ser continente y contenido a la vez; 2.—Una forma de desarrollarse, y ese como se desarrolla es el procedimiento derivado del Derecho Procedimental; 3.—Algo sobre que desarrollarse, y ésto lo constituye el o los derechos u obligaciones concretas derivadas del Derecho Material. . . , se concluye: La acción penal es lo que se desarrolla; El procedimiento penal es la forma en la que se desarrolla y cauce por el cual la acción penal avoca su dinamismo; el derecho u obligación derivado del Derecho Material se realiza y puesto que es sobre lo que se desarrolla la acción penal, es el contenido material del procedimiento y por último con

esa interrelación la acción penal le da funcionalidad al Derecho, al Posibilitar además, su autocrítica y efectividad.

La Acción Penal como Facto y como Fenómeno Jurídico

La concepción de que sólo es jurídica la acción penal prevista en las leyes y de aquella actividad de su titular, del que puede actualizarla y por medio de la cual la actualiza, es un mero hecho; o bien, aquella que expone que la actividad infundada del Ministerio Público es un mero hecho y no tiene juridicidad, ha llevado a la absurda consideración de hablar de la acción penal como un hecho, como Facto.

Ante todo la acción penal no puede ser un hecho, sino que al ser conducta siempre resulta ser un acto, que al dar lugar a consecuencias jurídicas, constituye un acto jurídico. Este podrá ser legítimo o ilegítimo, fundado o infundado en consecuencia la acción penal siempre es un fenómeno jurídico: tanto en su proyecto, como en su actualización y como en el dato que de ella queda, sean éstos: fundados o infundados según un derecho o deber concreto derivado del Derecho Material, legítimos o ilegítimos, según el mismo orden jurídico lo prevenga, pero en todo caso será jurídico. Por lo que hablar de acción penal como facto es una aberración; y, hablar de la acción penal como un deber jurídico o derecho jurídico, es tautológico; Por último hablar de acción como poder jurídico, a más de tautológico puesto que se habla en Derecho, es un poder que requiere un fundamento y si éste se localiza en el Derecho material, se está en la concepción Clásica-Romanista y por otro lado, es agregar mayor contingencia a lo accidental, confundiendo los conceptos, dado que el poder jurídico necesita fundarse y esto puede ser, tanto en un deber como en un derecho de carácter subjetivo, pero derivados ambos del Derecho activo vinculante puesto que válidamente podemos decir que el actor en materia civil tiene el poder de actuar, como el Ministerio Público, como el Juez mismo, de donde resulta insostenible el hablar de poderes basándolos únicamente en ciertas consideraciones parciales y relativas.

Resumiendo: La Acción Penal al ser siempre fenómeno ju-

rídico y como tal tener que manifestarse en todo caso como deber o como derecho de carácter subjetivo (en oposición al derecho objetivo) resulta que al hablar de poderes no se resuelve sino que se aumenta la confusión puesto que si por ejemplo podemos decir y de hecho se dice que el juez tiene tanto el derecho como el deber de juzgar también se podría decir que tiene el poder, por lo que no requiere mayor diálogo.

La Acción Penal y Conceptos Afines

Ius puniendi, exigencia punitiva, pretensión punitiva y acción penal, son conceptos e institutos jurídicos distintos, formalmente autónomos. Pero, para que todos y cada uno de ellos tenga una efectividad jurídica real y plena, es necesario estar basado en la existencia real del anterior, en el caso concreto, y en la abstracción la fundamentación para tener una efectividad jurídica real y plena, debe ser al contrario, es decir el primero en el segundo, etc.

El Ius puniendi es el derecho de castigar, que siempre existe, aunque condicionada su actualización a ciertos supuestos, éste es en un estadio in-abstracto considerado, ya que al considerársele in-concreto al darse el supuesto condicionante que aquí es el delito, se traduce de ius puniendi en exigencia punitiva (puesto que el Estado representante social no tiene ya precisamente un derecho a castigar sino un deber). Pero ésta transmutación de derecho a deber, no opera al cometerse el delito ni en el desarrollo del proceso, sino en el momento mismo de realizarse la autocritica del Derecho, o sea, en el momento de declararse así en una resolución judicial definitiva en la que no hay error formalmente o que es irrevocable, y en tal caso la exigencia surge con nacimiento retroactivo pues se supone que ésta existió desde el momento en que se realizó el ilícito penal declarado como tal, como se ha expuesto, en sentencia irrevocable. Pero entonces se presentan los siguientes problemas: ¿cómo se inició el proceso? ¿con qué fundamento?, si el derecho de castigar es abstracto y la exigencia punitiva que es su actualización sólo se da en la sentencia irrevocable (de condena) que es precisamente la que concluye con el proceso.

Entonces si ni el *ius puniendi*, ni la exigencia punitiva inician ni fundan el proceso, como es que éste se da. Pues bien, la Acción Penal según y conforme se ha expuesto, es la que lo inicia, desarrolla e impulsa a su conclusión, puesto que es la actividad vinculante entre una imputación concreta derivada del Derecho Material y otra del instrumental en el que realiza a aquél y ella avoca su dinamismo. Resta decir en que se funda: in-abstracto, vemos que el *ius puniendi* ante una posible exigencia punitiva real da origen a una pretensión punitiva, que es la que funda el proceso penal; in-concreto, en nuestro derecho positivo, según se concluyó en el capítulo de reglamentación jurídica positiva de la acción, resulta que se funda en una pretensión punitiva formal, que nace de la estimación del Ministerio Público, de que es procedente promover de inmediato la acción penal, y lo que es lo mismo, la incoación del proceso penal. Así resumiendo resulta: *ius puniendi*, derecho abstracto de castigar; exigencia punitiva, deber concreto de castigar; pretensión punitiva, el intermedio entre el *ius puniendi* que siempre existe condicionado, y la necesidad de su actualización o exigencia punitiva; acción penal la que da nacimiento al proceso por medio de la vinculación dinámica funcional del Derecho material penal y el instrumental penal, que permite que se desahoguen las relaciones planteadas.

El *ius puniendi* surge con el orden jurídico mismo; La exigencia punitiva con la comisión real del supuesto previsto como condicionante para la actualización del *ius puniendi*, pero ante el imperativo lógico-jurídico de que en Derecho algo es lo que es sólo cuando se conoce que es lo que es, y ésto sólo se realiza en una resolución judicial definitiva irrevocable (sin error formalmente hablando o verdad legal), la exigencia punitiva surge en la resolución judicial definitiva ejecutoriada en que se condena, y en las que se absuelva resulta que no se dieron los supuestos necesarios para la transmutación del *ius puniendi* en exigencia punitiva, quedándose tan sólo en pretensión punitiva, y he ahí el por qué del acatamiento del imperativo lógico-jurídico citado; La pretensión punitiva surge con la posibilidad de que se hayan dado los supuestos condicionantes del *ius puniendi* o lo que es lo mismo con la posibilidad de que se presente la exi-

gencia punitiva y aquí concretamente es con el conocimiento de un acto que aparezca como delito; La acción penal surge con el orden jurídico y se actualiza al darse los supuestos que el mismo exige para ello.

El *ius puniendi* es el derecho de imponer las sanciones correspondientes a los ilícitos previstos como penales, anexas en materia penal el núcleo preceptivo con el sancionador de la norma —el derecho in abstracto de castigar—; la exigencia punitiva es el deber concreto de dado el supuesto previsto imponer la sanción establecida; La pretensión punitiva es el derecho formal a que se determine si un supuesto dado, es o no el condicionante de la exigencia punitiva, es decir, si procede o no la exigencia punitiva. Lo de formal alude a su validez, a que vale por sí mismo, dado que de requerir fundamento real éste sería en la exigencia punitiva y se desconocería el imperativo lógico-jurídico citado, la necesidad y el derecho al proceso, etc., La acción Penal en cambio, es el deber necesario formal del Ministerio Público de nexar el derecho de pretensión punitiva (derivada del Derecho Material) al procedimiento penal (derivado del Derecho Adjetivo) dando nacimiento a un proceso en el que se posibilitará la actuación de la jurisdicción y la coacción (derivadas junto con la acción del Derecho Activo Vinculante), realizado lo anterior a la luz necesaria e inevitablemente del contenido de las normas del valor que operen en el caso concreto (derivadas del Derecho crítico).

La Acción Penal y la Querella Necesaria

Las cuestiones prejudiciales, las condiciones o requisitos de procedibilidad y los llamados obstáculos procesales que son previstos en el orden jurídico con carácter de excepción, atañen al ejercicio de la acción penal, no así a su existencia y por lo tanto mucho menos aún van a influir en su naturaleza. Es a su ejercicio, tanto a su incoación en lo que se refiere a los dos primeros, como en el último a su prosecución. La Querella necesaria se ha establecido en nuestro derecho positivo como requisito de procedibilidad para ciertos delitos. Es el delito el perseguible a querella necesaria de parte ofendida y no la acción, por

lo que incluso gramaticalmente califica al delito no a la acción y como el delito es el supuesto para la exigencia punitiva y el probable delito para la pretensión, es ésta última la que se afecta, por ello hemos hablado de que la acción podrá ser fundada o infundada, más no de existencia o de inexistencia de la acción y menos aún, de distinta o cambio en la naturaleza de ella. No abordaremos las cuestiones prejudiciales, las condiciones o requisitos de procedibilidad y los obstáculos procesales, porque a más de salirnos del tema del presente, ameritan cada uno de ellos un estudio especial, por lo que nos limitaremos a lo apuntado.

Elementos de la Acción Penal

Elementos son las partes de un todo. aquello de que se encuentra compuesto algo, en consecuencia los elementos de la acción penal, como aquello que la constituye, son La conducta (proyectada, actuante, o realizada), la que para ser tal requiere: ser actuar humano justificado, lo que al ser referido al Derecho adquiere el calificativo de juridicidad, significando que la justificación de la actividad humana debe ser jurídica; de igual manera requiere de alguien que la pueda realizar, realice o haya realizado, ésto es, un sujeto que es llamado titular de su ejercicio; y, como toda conducta, presenta la exigencia de: hacer algo y perseguir algo, lo que se traduce en la necesidad de un Objeto y un Fin; Con lo anterior ya quedamos posibilitados para abordar el tema anunciado. Encontrando que se derivan los siguientes elementos de la acción penal; a) Una Conducta, b) Calificativo de Juridicidad, c) Un titular de esa conducta, d) Un objeto y e) Un Fin.

La Conducta y su Juridicidad, implican que la justificación es conforme a las exigencias del Orden Jurídico y que por lo tanto la Conducta Natural es calificada con el adjetivo de la Juridicidad, resultando por ello conducta jurídica en sentido amplio, puesto que ésta puede ser legítima o ilegítima, fundada o infundada pero siempre a la luz de lo jurídico. Sin desconocer por ello que en el ámbito estricto y axiológico, la juridicidad debiera referirse a la conducta jurídica siempre legítima y fundada a la luz del propio orden jurídico. Por último esta conducta jurídica

como elemento de la acción, consiste en aquella que se encuentra prevista, realizándose o realizada, que efectúa la vinculación entre el Derecho Material y el Instrumental.

Los otros elementos de la Acción Penal señalados, ya fueron estudiados y nos remitimos a lo expuesto respecto de ellos. P

Principios que Rigen el Ejercicio de la Acción Penal

Según la doctrina tradicional hay dos dualidades de principios. que pueden regir el ejercicio de la Acción Penal, a saber: El de Legalidad frente al de Discrecionalidad, y, el de oficiosidad frente al de dispositividad. En cuanto a la primera, si el titular de la acción penal en cuanto a los términos, formas y modos de preverse, tanto en su posibilidad como en su actualización, hemos visto es el orden jurídico mismo; dentro de un sistema dado, resulta que quien dispone de la acción penal es el orden jurídico, puesto que sólo en los casos, formas y dados los supuestos que él previene, podrá actualizarse y proseguirse la acción penal. En consecuencia siempre rige el llamado principio de legalidad, y en cuanto al que tradicionalmente se le opone, que es el principio denominado de discrecionalidad resulta que incluso éste, al sólo operar cuando está previsto y regulado por el propio orden jurídico, y en los términos que éste señale, viene a ser, también jurídico y legal dado que el orden jurídico así lo ordena de manera tal que el desacatarlo sería antijurídico, resultando así ser también de estricta legalidad. Lo anterior exige que debe hablarse mejor de no discrecionalidad o discrecionalidad, puesto que siempre serán ambos de legalidad. Aclarado lo anterior, nuestro derecho positivo instaura un sistema de “no discrecionalidad” lo que quiere significar que no se deja por el orden jurídico arbitrio alguno al titular de su ejercicio, sino que éste deberá limitarse a comprobar los supuestos y dar las consecuencias que procedan, aclarando que en la vida práctica nos limitaremos a expresar que formalmente se le considera al citado titular del ejercicio de la acción penal, “de buena fe”.

Por lo que se refiere a la segunda dualidad, la del principio de oficiosidad frente al dispositivo. Se basa en consideraciones

convencionales, según las cuales: es de oficio lo que hace la autoridad por sí y dispositivo lo que está sujeto a requerimiento de parte, entendiéndose por esta última, en estos casos, a la persona afectada y en general al particular. Al respecto, si bien el Ministerio Público es autoridad durante la averiguación previa, al ejercitar la acción penal es reconocido que se sujeta a la autoridad jurisdiccional y pasa a ser parte en el proceso dejando de ser autoridad, cabe entonces plantear la cuestión de si ¿el acto por el que el Ministerio Público ejerce la acción penal lo hace como autoridad o desde ese momento se sujeta al juez y por lo tanto deja de ser autoridad administrativa para convertirse en parte procesal, y más aún, cuando consigna con detenido?. Por lo tanto, ante la obscuridad de tal principio, es preferible llamarlo de obligatoriedad lo que tiene pleno y claro fundamento en el modo anotado de manifestarse la acción penal, como deber necesario formal, y que se traduce en lo mismo que aquél. En que el titular de su ejercicio, sea éste quien sea, deberá promoverla en todo caso en que estén reunidos los requisitos legales, sin esperar la llamada petición de parte cuando ésta no sea exigida por la propia ley; Y, como consecuencia lógica necesaria, resulta el que, cuando la ley lo exija deberá esperarse a que se presente la petición de parte, la que naturalmente en estos casos, formará parte del supuesto que condicione la actualización o promoción de la acción penal.

Resumiendo, la acción penal se encuentra siempre regida por el orden jurídico, por lo que en todo caso es de estricta legalidad y como el Ministerio Público, no se determina, si es o no autoridad al promover la acción penal, no podemos hablar de oficio-cidad ni de dispositividad. Por lo que en conclusión los principios que la rigen son: El de no discrecionalidad frente al de discrecionalidad; El de obligatoriedad que implica que debe ejercerse en todo caso que el supuesto legal para ello se cumpla, y éste siempre abarcará la exigencia de la petición o de la no petición de parte para colmarse y provocar con ello la consecuencia necesaria de la promoción de la acción penal.

Características de la Acción Penal

Se puede señalar como características de la acción penal

a) El ser única, pero no en el sentido tradicional, sino en el aquí anotado: El ser indivisible, como consecuencia de la anterior, puesto que lo que pasa es que se diversifica de la unidad, en el acto de participar, pero al ser idéntica fuente y esencia en la forma expuesta, se evidencia su unidad e indivisibilidad y se manifiesta el fenómeno de diversificación que experimenta al actualizarse; El ser Autónoma, como independencia formal respecto de los demás elementos del Derecho, respecto de los cuales se encuentra en correlación funcional fundante. A los que no se une sino de los que se distingue gracias al análisis.

Definición de Acción Penal

Por último se concluye que la Acción Penal en nuestro derecho positivo, es el “deber necesario formal del Ministerio Público de nexar el derecho de pretensión punitiva al procedimiento penal en el que se realiza ésta y ella avoca su dinamismo, dando nacimiento a un proceso en el que se posibilita la actuación de la jurisdicción y la coacción que proceda, imprimiéndole con ello funcionalidad al orden jurídico y realizándolo, a la luz de la valoración que él mismo previene, de manera efectiva”.

CONCLUSIONES GENERALES

- I.—Desde la primer doctrina hasta las más recientes que se han elaborado sobre la acción y que en término genérico denominamos en el presente, Tradicionales, han seguido para el estudio de la acción un método eminentemente histórico-fáctico, que lleva de la mano a la errónea consideración de la acción penal en este caso, como algo que nace de un acto lesivo, lo que viene a constituir el cordón umbilical que las liga con la concepción clásica-romanista de la acción.
- II.—Se presenta que las concepciones sobre la acción, tanto civil como penal, en la doctrina y en la reglamentación positiva, no han podido desligarse de aquellas que la ven como medio de hacer valer un derecho material concreto o como derecho a la simple declaración judicial, de tal forma que el hacer valer un derecho material determinado o el provocar la resolución judicial, resulta ser su esencia; así mismo al denominar a la acción como derecho o como deber, lo hacen de tal manera como si el ser derecho o deber constituyera su esencia; Y mientras se parta en el ámbito de la doctrina sobre la acción en materia civil de la llamada litis y en materia penal del delito, no podrá desligarse la teoría que se elabore, de la concepción clásica-romanista, y mientras se siga con ella no podrán salvarse los problemas planteados tradicionalmente, ni crearse una verdadera teoría general de la acción.
- III.—Siempre se ha hablado de acción civil y penal que se estudiaron juntas en principio, que posteriormente se separaron creándose una teoría para cada una, y que en

la actualidad se trata de unificarlas; pero cabe preguntar qué pasa con las llamadas Acciones: Laboral, agraria, fiscal, etc., ¿qué los teóricos se olvidan de todas aquellas diversificaciones que experimenta la acción en su reglamentación positiva? consideramos, que la conciencia imperativa de la unidad de la acción, los ha llevado en la actualidad, a tender a elaborar una teoría general de la acción, empezando por unificar las llamadas civil y penal.

IV.—Los autores mexicanos siguen casi en su totalidad las direcciones marcadas en la doctrina extranjera adecuándola a nuestro derecho positivo, con lo que incurren en el mismo error de partir de bases contingentes y caen en las mismas confusiones de los autores a quienes siguen; así el nacimiento de la acción penal lo hacen depender generalmente del ilícito penal, y nos dan los antecedentes del Titular de su ejercicio o de la forma de ejercerse en lugar de hablar de la acción misma.

V.—Insisten en definirla de manera general como necesidad, derecho, facultad, deber, poder-jurídico, etc., que nace del ilícito para perseguir los delitos con el fin de la aplicación de la ley penal. Lo que los ubica a más de en las concepciones tradicionales que no resuelven los problemas planteados desde la teoría de Savigny, en desacuerdo con nuestra legislación positiva, puesto que ésta, en su generalidad, da la idea de una acción independiente del titular de su ejercicio, del delito y del delincuente, de la que sólo condiciona su ejercicio, prosecución, etc., salvo las excepciones que en el estudio de la misma se anotaron.

VI.—Nuestro Código de Procedimientos Civiles muestra la adopción de una teoría clásica-romanista de la acción tal como la concibió Savigny, lo que no requiere mayor comentario; y, hace un empleo de ciertos términos por completo inadecuado, entre los que destaca de manera

imperdonable el hablar de reo, por ejemplo en su artículo 34.

VII.—Nuestra carta magna (en su afán de evitar las incontables injusticias realizadas al amparo del sistema inquisitivo vigente hasta entonces), estableció todo un sistema de control de la autoridad en el sentido de respeto a las garantías individuales y concretamente a la de la libertad personal, controlando casi totalmente en nuestra materia, las acciones temerarias; pero debemos entender conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se olvidó de establecer un control del no ejercicio de la acción penal. Lo que pone al Ministerio Público en México, sin un control real y efectivo y prácticamente hablando, como el árbitro del proceso Penal.

VIII.—Nuestros Códigos de Procedimientos Penales del fuero Común y Federal, nos muestran a la acción penal como algo que funda lo que respecto de ella establecen, así se refieren a su ejercicio por el Ministerio Público, de suspensión del procedimiento, de sobreseimiento del proceso cuando se encuentre —no que no hubo acción penal— sino que no hubo o no hay fundamento para su ejercicio o prosecución, por ejemplo: por no haberse cumplido con algún requisito de procedibilidad como la querrela o por estar extinguida la responsabilidad penal, más no por estar extinguida la acción penal, por lo que se puede decir que en su generalidad reconocen la autonomía de la acción penal respecto del titular de su ejercicio, del delito y del delincuente, aunque por el mal empleo de términos mantiene una desistematización terminológica que origina el que presente una inestabilidad conceptual.

IX.—La Ley Orgánica del Ministerio Público del Fuero Común presenta una incongruencia manifiesta con el Código de Procedimientos Penales Respectivo, al hablar

y regular el desistimiento de la acción penal y éste no encontrarse previsto en el Código de Procedimientos Penales del Fuero Común.

- X.—Los sistemas de control del ejercicio de la acción penal instaurados en nuestros Códigos de Procedimientos Penales del Fuero Común y Federal así como por las respectivas Leyes Orgánicas del Ministerio Público, son de carácter interno basados en la constitución jerárquica del órgano, lo que sólo relativamente viene a controlar a las personas que ejercen las facultades de aquél, pero no al titular ni al órgano como tal, el que sólo tiene el paliativo de ser considerado órgano de buena fe y la persona de su titular sujeto a la ley de responsabilidades de funcionarios Públicos, pero en ningún caso ni momento hay un control sobre sus resoluciones, sobre el órgano que es del que se requiere el control.
- XI.—Los requisitos para el ejercicio de la acción penal práctica y legalmente se limitan a que el “Ministerio Público estime conveniente su ejercicio”, puesto que los requisitos del artículo 16 Constitucional son para la detención o aprehensión de una persona, como claramente lo expresa el precepto citado y lo reconoce el Código Federal de Procedimientos Penales y los teóricos de la materia generalmente los confunden y convierten en requisitos para el ejercicio de la acción penal.
- XII.—Las formas de consumtio de la acción penal o sea aquellas por las cuales termina de realizarse, concluye la participación en su acto para pasar por completo a ser una realidad, son dos, las que se identifican con las dos únicas formas de terminar un proceso derivadas de nuestro derecho positivo penal, tanto en el Fuero Común como en el Federal, a saber: El sobreseimiento que surte los efectos de sentencia absolutoria; y la Sentencia sea de condena o absolutoria. En cuanto a la

resolución que se dicte declarando la libertad por desvanecimiento de datos, lo único que hace es darlo jurídicamente por no hecho, dado que puede iniciarse nuevamente y constituye un fenómeno resultado de la reglamentación positiva, siempre contingente e ideológica. Asimismo las causas de extinción de la acción penal de que habla el Código Penal son en realidad, como él mismo lo reconoce en su rubro introductorio, causas de extinción de la responsabilidad penal que sólo ilegitiman el ejercicio de la acción penal pero de ninguna manera la extinguen.

XIII.—El Logos del Derecho in absoluto sólo se intuye y sólo es posible de aprehenderse a través de la participación, sea ésta en su fuente, contenido del sistema normativo jurídico; sea en su acto, actualización aquí y ahora del contenido de ese sistema normativo; sea en su efecto, lo actualizado, lo realizado de ese contenido del sistema normativo. Formas éstas de la participación que constituyen las tres Categorías Ontológicas del Logos del Derecho.

XIV.—Si bien al Logos del Derecho sólo se le puede aprehender en las tres categorías ontológicas apuntadas, no obsta ello para afirmar que el Logos del Derecho es conducta y sea a ésta a la que aprehendemos a través de la participación en la forma expuesta: Como proyecto o conducta proyectada, como acto a conducta actuante, como efecto o conducta actuada.

XV.—Del análisis de la Participación en la fuente del Logos del Derecho salen los Elementos Ontológicos Primarios Estructurantes del Derecho que son: Derecho Material; Derecho Procedimental; Derecho Activo Vinculante con sus tres fases: acción, coacción y jurisdicción; y, Derecho Crítico. Resultando que la acción pertenece al Derecho Activo Vinculante como una de sus fases y precisamente aquella que nexa el Derecho Material al

instrumental, dándole con ello al Derecho su dinamismo-funcional.

- XVI.—Los modos necesarios en que pueden manifestarse los Elementos Ontológicos Primarios Estructurantes del Derecho y esta fase del Derecho activo vinculante denominada Acción, particularmente son: Como deber o derecho y sus modalidades.
- XVII.—El problema axiológico jurídico general y de la acción en particular, se resuelve en que su bien se identifica con su ser, su valor con lo que su existencia delimite aquí y ahora de aquel ser que es su bien, y su ideal, como aquello que debiendo realizar no llegó a plasmar y que presenta la exigencia de su realización y la imposibilidad de realizarlo totalmente. Aclarando que lo anterior puede aplicarse a la consideración de la acción tanto en la pureza de la abstracción, como en la ideología de la realidad. Por la exigencia ontológica y axiológica formal de lo apuntado.
- XVIII.—Resulta evidente en este plano, la utilidad de la acción en cuanto ésta es parte esencial del Elemento activo vinculante estructurante del Derecho; Siendo la que le imprime al Derecho su carácter dinámico-funcional al nexar el Derecho Material al instrumental; La perfectibilidad de la acción en tanto que tenderá siempre a realizar, a comprender más de aquello que constituye su Logos, en la participación en su fuente; de aquello que constituye su ser, en la participación en su acto, que es llamada existencia; y Dejar plasmado, realizado lo más posible en la participación en su efecto de aquello que constituye su ser; presentando en ello la exigencia de una realización cada vez mayor de su ser. Su tendencia a realizarse presenta su finalidad y la situación de que precisamente lo que tiende a realizar, es ella misma, nos da su fin.

XIX.—La Ciencia del Derecho no podía escapar a la etapa de transformación y renovación en la que se encuentra todo el mundo de la cultura, período que nos toca vivir, dado que los estudios tradicionales han elaborado meras teorías jurídicas de carácter ideológico referidas a los intereses imperantes de regímenes económicos-políticos determinados, que han establecido ciertos órdenes jurídicos positivos. Teorías éstas, que bien se han creado para fundar a éstos y justificar la imposición del régimen; bien fundadas en ellos explicando el régimen impuesto, o bien para atacarlo pretendiendo la justificación o imposición de otro o únicamente el derrivo o destrucción del imperante.

XX.—La acción para denotar que se le estudia en la materia penal en su llamada fase pública judicial, se ha concluido debe denominársele acción penal; los antecedentes de la acción se remontan al orden del Derecho y éste al de la Sociedad de donde se concluye que la acción nace con el orden jurídico, con idéntica esencia y naturaleza, por lo que no presenta en ello evolución alguna y lo único que ha cambiado es la forma positiva de estructurarla, en los fines externos que se le atribuyen, en quien sea y que sea el sujeto que la actualiza y asimismo en las concepciones tradicionales que para fundar o con fundamento en lo anterior se han elaborado.

XXI.—El *Ius Puniendi* es el derecho in abstracto de castigar, se traduce en el derecho de imponer las sanciones correspondientes a los ilícitos previstos como penales, y surge con el orden jurídico mismo; La Exigencia Punitiva, es el deber concreto de, dado el supuesto previsto como condicionante de la sanción, imponer ésta y surge con la sentencia en acatamiento a un imperativo lógico-jurídico; La Pretensión Punitiva, es el derecho formal a que se determine si un supuesto dado es o no el condicionante para la exigencia punitiva, surge con la posibilidad de que se se hayan dado los supuestos

condicionantes para la actualización del ius puniendi o sea la posibilidad de que se presente la exigencia punitiva.

XXII.—La acción penal, es la parte del elemento activo vinculante que le da al Derecho en materia penal su dinamismo-funcional al nexar el Derecho Material Penal al Instrumental Penal, considerada en la material penal en su fase denominada pública judicial; Y en nuestro derecho positivo, la acción penal es en cuanto al modo de manifestarse en relación a su ejercicio un deber necesario formal a cargo de su titular, siendo en todo caso lo que se desarrolla en el proceso y como tal siempre un fenómeno jurídico por producir siempre consecuencias de esa naturaleza. Pudiendo definirse como “el contenido del deber necesario formal del Ministerio Público de nexar el derecho de pretensión punitiva al procedimiento penal correspondiente, dinamizando y dándole funcionalidad al Derecho al originar un proceso en el que ella avoca su dinamismo y realiza la pretensión, posibilitando la jurisdicción y la coacción”.

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

- 1.—Alsina, Hugo: Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Segunda Edición, Tomo I parte general, Buenos Aires, Argentina. 1963.
- 2.—Acero, Julio: Procedimiento Penal. Quinta Edición 1961. Edit. Cajica Puebla, Pue. México.
- 3.—Alcalá-Zamora, Niceto: Síntesis del Derecho Procesal. Instituto de Derecho Comp. Panorama del Derecho Mexicano. Primera Edición 1966, U.N.A.M. México.
- 4.—Carnelutti, F.: Cuestiones sobre el Proceso Penal. Traduc. de Santiago Sentís Melendo. Colección Ciencia del Proceso; E.J.E.A. Buenos Aires, Argentina. 1961.
- 5.—Carnelutti F.: Como se hace un proceso. Traduc. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. E.J.E.A., Buenos Aires, Argentina. 1959.
- 6.—Carnelutti, F.: Las Miserias del Proceso Penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo. E.J.E.A. Buenos Aires, Argentina. 1959.
- 7.—Castillo Larrañaga, José y De Pina, Rafael: Derecho Procesal Civil; Instituciones de Derecho Procesal Civil. Sexta Edición, corregida y aumentada 1963, Edit. Porrúa, S. A. México.
- 8.—Colín Sánchez, Guillermo: Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Primera Edición 1964. Edit. Porrúa, S. A. México.
- 9.—Cossío, Carlos: La teoría Ecológica del Derecho, su Problema y sus Problemas. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1963.
- 10.—De Pina, Rafael: Diccionario de Derecho. Primera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1965.
- 11.—Diccionarios: Dicc. Vastus D. E. Ilustrado de la Lengua Castellana, Buenos Aires, Edit. Sopena, Argentina. 1a. Edición 1941: Pequeño Larrouse Ilustrado.
- 12.—Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Letra "A" Editorial Bibliográfica Argentina, S. de R. L. Buenos Aires, 1954. Director Bernardo Lerner.
- 13.—Franco Sodi, Carlos: El Procedimiento Penal Mexicano, Cuarta Edición 1957, Edit. Porrúa, S. A. México.
- 14.—Franco Sodi, Carlos: Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, Comentado Ediciones Botas, 1946.
- 15.—Fenech, Miguel: Derecho Procesal Penal, Vol. Primero, Editorial Labor, S. A. Tercera Edición 1960, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo.
- 16.—Florian, Eugenio: Elementos de Derecho Procesal Penal, Traduc. y referencias al Derecho Esp. por L. Prieto Castro. Casa Editorial Bosch, Barcelona 1934.
- 17.—García Maynez, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho. Undécima Edición revisada. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F. 1962.
- 18.—García Maynez, Eduardo: Los Principios de la Ontología formal del Derecho y su expresión simbólica. Imprenta Universitaria, México 1953.
- 19.—García Maynez, Eduardo: Lógica del Juicio Jurídico, Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. Publicaciones Dianoia Anuario de Filosofía. Julio de 1955.

- 20.—García Morente, Manuel: Lecciones Preliminares de Filosofía Undécima Edición 1964. Editorial Diana, S. A. México, D. F.
- 21.—González Bustamante, J. J.: Principios de Derecho Procesal Penal, Mexicano. Cuarta Edición 1967, Editorial Porrúa, S. A. México.
- 22.—Lavelle, Louis: Introducción a la Ontología, traducción de José Gaos. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires, 2a. Edición en Español 1966.
- 23.—Leone, Geovanni: Tratado de Derecho Procesal Penal. I Doctrinas Generales. Traducción de Santiago Sentís Melendo. E.J.E.A. Buenos Aires, Arg. Agosto 1963 (Colec. Ciencia del Proceso).
- 24.—Maldonado, Adolfo: Derecho Procesal Civil Teoría y Legislación Federal del Distrito y Mercantil. Primera Edición. Antigua Librería Robredo, de José Porrúa e Hijos, México 1947.
- 25.—Castoro D., Máximo: Curso de Procedimientos Penales; dictado en la Facultad de Derecho de la U.N. de Buenos Aires. Compilado por Pedro Frutos e Isauro P. Argüello. Tomo I. Tercera Edición 1937 Biblioteca Jurídica Buenos Aires.
- 26.—Mateos M., Agustín: Gramática Latina Octava Edición 1960, Edit. Esfinge, S. A. México.
- 27.—Martínez Pineda, Angel: Estructura y Valoración de la Acción Penal. Primera Edición 1968, Edit. Azteca, S. A. México.
- 28.—Manzini, Vicenzo: Tratado de Derecho Procesal Penal. Traduc. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín a la tercera Edición de la obra Italiana "Trattato di Dirritto Processuale Penale Italiano". Tomo IV del Procedimiento Penal.
- 29.—Moto Salazar, E., Elementos de Derecho, Quinta Edición, Edit. Porrúa, S. A. México, D. F. 1958.
- 30.—Pallares, Eduardo: Derecho Procesal Civil, Segunda Edición 1965 Edit. Porrúa, S. A. México.
- 31.—Petit, Eugene: Tratado Elemental de Derecho Romano. Traduc. de la Novena Edición Francesa, aumentado con notas Orig. muy ampliadas por: D. José Fernández González. Editorial Nacional Edi. Nal., S. de R. L. México, D. F. 1963.
- 32.—Preciado Hernández, Rafael: Lecciones de Filosofía del Derecho Cuarta Edición revisada 1965 Edit. Jus. México.
- 33.—Rivera Silva, Manuel; Tercera Edición 1963, Edit. Porrúa, S. A. México.
- 34.—Rodríguez, Ricardo: El Procedimiento Penal en México. Segunda Edición revisada, corregida y aumentada 1900. México Oficina Tip.
- 35.—Serra Rojas, A: Derecho Administrativo. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Tercera Edición, revisada y aumentada. Librería de Manuel Porrúa, S. A. México, D. F. 1965.
- 36.—Serra Rojas, A: Teoría General del Estado, 1964, Editorial Porrúa, S. A. México, D. F.
- 37.—Terán Mata, Juan Manuel: Filosofía del Derecho, Tercera Edición 1967, Edit. Porrúa, S. A. México, D. F.

Legislación Consultada

- 1.—Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.—Publicación especial de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión XLVII Legislatura 1968 Mexicano ésta es tu Constitución.
- 2.—Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.—Editorial Porrúa, S. A. México, D. F. de 1931.
- 3.—Código Federal de Procedimientos Penales de 1934.—Edit. Porrúa, S. A. México, D. F.
- 4.—Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1931. Edit. Porrúa, S. A. México.
- 5.—Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios de 1932.—Edit. Porrúa, S. A. México, D. F.
- 6.—Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1955.—Edit. Porrúa, S. A. México, D. F.
- 7.—Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales de 1955. Editf. Porrúa, S. A. México, D. F.

INDICE GENERAL

INTRODUCCION	Pág. 7
--------------	-----------

CAPITULO PRIMERO

TRAYECTORIA DOCTRINARIA DE LA ACCION	9
--------------------------------------	---

- A) Consideraciones Preliminares; Evolución Doctrinaria
- B) Referencia a la Doctrina Mexicana Civilista
- C) Doctrina Extranjera Sobre la Acción Penal
- D) Doctrina Mexicana Sobre la Acción Penal
Citas Bibliográficas del Capítulo

CAPITULO SEGUNDO

REGLAMENTACION POSITIVA DE LA ACCION	61
--------------------------------------	----

- A) Referencia a la Reglamentación Civil
- B) Reglamentación Procesal Penal: Constitucional;
En el Fuero Común; En el Fuero Federal.
- C) Disertación, Posiciones:
Constitucional; Jurisprudencial; Doctrinaria.
Citas Bibliográficas del Capítulo.

CAPITULO TERCERO

CONSIDERACION FILOSOFICA DE LA ACCION	109
---------------------------------------	-----

- A) El Problema Ontológico
- B) Elementos Ontológicos Primarios Estructurantes
del Derecho
- C) El Problema Ontológico de la Acción
- D) El Problema Axiológico; General, Jurídico
y de la Acción.
Citas Bibliográficas del Capítulo.

CAPITULO CUARTO

HACIA UNA TEORIA GENERAL DE LA ACCION EN MATERIA PENAL	151
---	------------

Consideración de la Problemática Tradicional
de la Acción en Materia Penal

CONCLUSIONES GENERALES	169
-------------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	177
---------------------	------------

SEMINARIO DE DERECHO PENAL DE

LA FACULTAD DE DERECHO DE LA

U. N. A. M.