

El Artículo 21 Constitucional^{*}

ENSAYO SOBRE LA INTRANSMUTABILIDAD DE LAS ESENCIAS PROCESALES

Señores académicos:

Mi presencia en esta docta corporación obedece a un llamamiento amable de mis viejos amigos Ceniceros y Garrido. Para ellos mis más profundos agradecimientos y para este organismo preclaro la más rendida solicitud de benevolencia.

Mi modestísima persona carece de los relevantes méritos del investigador que hace obra original con títulos de una especializada dedicación al Derecho Penal, o los muy estimables de un catedrático profesional dedicado por entero a la enseñanza de esa docencia universitaria. La vida me introdujo al Derecho Penal por caminos menos tranquilos y apacibles, ya en la actividad profesional, ora en la judicatura, alternativamente, en lucha incesante.

Apenas si había optado al título de la licenciatura, cuando tuve que ocuparme en la defensa espectacular de un obispo, acusado de injurias, difamación y calumnia ante los tribunales comunes, por un sacerdote que fué excomulgado por Su Ilustrísima.

Sin abandonar el ejercicio profesional serví quince años a la Justicia del Fuero de Guerra en todas sus jerarquías, y conservo los más gratos recuerdos de mi paso por los tribunales castrenses.

^{*} Trabajo leído en la Academia de Ciencias Penales el día 21 de agosto de 1944, con motivo de la recepción del autor en dicha Institución.

Con singular cariño y dedicación desempeñé el cargo de Vocal de la Junta de Vigilancia de Cárceles del D. F., en donde ANTONIO MARTÍNEZ DE CASTRO y MIGUEL S. MACEDO dejaron la luminosa huella de sus pasos. Permanecí hasta la desaparición de esa Junta, en contacto *directo e inmediato* con el hombre delincuente, y nos cupo la honra de haber establecido por primera vez, las *visitas conyugales* de los penados, como un estímulo de regeneración; *atrevida y discutidísima* experiencia, que sirvió, entre otros muchos temas, de ponencia ante el Primer Congreso Criminológico y Penitenciario Mexicano de 1922, en el que serví como Secretario General, y en el que presenté estudio sobre la condena condicional y la sentencia indeterminada.

He de mencionar, por último, el dictamen que, sobre el Código Penal de 1929, me encomendó el Presidente de la Barra Mexicana D. MIGUEL S. MACEDO. Por aquellos días el maestro MACEDO, en un estudio sobre el nuevo Código Civil, dijo: que la propiedad es una función social. Esta frase fué duramente censurada desde las columnas de "El Universal" por (X), seudónimo del censor, quien afirmó que los juristas hablaban de funciones sociales regalándonos con la frase pero sin dignarse definir su contenido, tal como en forma clara lo hacían las matemáticas y la biología. En defensa de la tesis del maestro rendí mi dictamen donde un asomo o atisbo de investigación me permitió formular mi primer ensayo sobre una teoría general de las funciones, desde la matemática pasando por lo biológico, hasta llegar a definir la función social, "como una relación relativamente invariable que existe, entre la actividad individual del hombre y de sus fines, con la actividad meramente social y su finalidad en un medio físico". En esa relación se realiza una integración de fines y una coordinación concomitante de actividades, constituyendo una suprema función de funciones de que nos hablan los matemáticos.

Cabe en esta definición *relativista*, lo que en biología es una disfunción o función patológica, y que en sociología puede llamarse función antisocial, o fuera del orden de solidaridad, o delictuosa, mediante una valoración ética y jurídica.

Hice aplicación al estudio de ese Código del 29, de la doctrina de las funciones como método, y pude concluir, que el Derecho Penal es una de las más científicas de las ramas del derecho, desde que concedió atención por igual que a la persona humana del delincuente, a la defensa de la sociedad y a las víctimas del delito, con instituciones jurídico-pe-

nales admirables, gracias a la colaboración de la antropología, la biología, la psicología, la pedagogía, etc., que le quitaron al derecho penal el embrollado y árido empirismo* del que aún no acaban de salir otras disciplinas del derecho.

Sean, pues, esas mis modestísimas actividades y sus pensamientos correlativos que me han inclinado reverentemente ante las disciplinas penales, lo que pueda disculpar un tanto, mi presencia en esta casa de estudios, donde unciosamente se recoge mi avidez como la de un nuevo catecúmeno.

Y como prueba de afección a tan graves y severas disciplinas, entrego, a la benevolencia de mis colegas, este ensayo sobre el principio de la intransmutabilidad de las esencias procesales en el artículo 21 constitucional, que lleva como numen y divisa en su contexto, aquella forma hipotética de la ley de la gravitación universal, que con santa y extrema humildad expresara Newton: “Los cuerpos se comportan *como si* se atrajeran...”

Aquella fórmula encierra, en último análisis, una interrogación misteriosa para la razón pura, tan misteriosa, como aquella otra de la ley moral descubierta por los hombres, cuando han llegado a comprender, que quien hace el bien obtendrá el bien; que quien haga el mal no debe esperar el bien; y que, contiene, la interrogación más formidable de todos los tiempos; principio y fin del derecho de juzgar y castigar a un hombre por otro hombre.

Y con el temor de no acertar, pienso, que si este ensayo fuera digno de la dedicación a un gran jurista, lo ofrecería al maestro don ALBERTO VÁSQUEZ DEL MERCADO, en ocasión de sus veinticinco años de recepción de abogado, porque él ha sido como hombre un paradigma, “el mejor de mi generación”, como me dijo JOSÉ VASCONCELOS en carta punzante, de un “amable duelo”.

P R O E M I O

Teleología del Procedimiento Penal

Nos sonríe y sostiene la fe en un lento, pero seguro progreso de las fuerzas morales, que constituyen la más eficaz defensa contra el

delito, ha dicho CARNELUTTI:¹ El maestro, el sacerdote, el médico, el abogado, combaten al lado del juez y son sus auxiliares en la lucha contra el crimen.

El progreso indefectible de las ciencias ha conducido a no pocos ideólogos hasta considerar "que, andando el tiempo, la antropología criminal acabará por tragarse al derecho penal".² Esta sustitución ingenuamente ambicionada, los lleva a confundir la realidad fluente de la vida, con los nobles ideales del espíritu humano, hacia un subjetivismo que siempre ha traicionado al pensador cuando construye mundos y forja sociedades, con hombres diversos del terráqueo de nuestra especie. Piensan ellos que en lo porvenir, juez, ministerio público, policía, prisiones, serán como las cadenas consagradas a los museos, y que, el derecho penal quedará reducido a un capitulillo de la historia del derecho.

La más eficaz defensa contra el crimen, llevó a la civilización, por la ciencia, a crear las medidas de seguridad, y, en México, han cuajado en leyes penales que yo he nominado el "Código de las sanciones",³ que superó sin disputa, a los viejos Códigos de las penas aflictivas y a los ultra modernos sedicentes de la defensa social, justamente tachados de impostura y demagogia.

El Código de las sanciones, con gran sentido de la realidad, recorre todo el diapasón de los estados del alma humana delincuente, en una gama de matices que va, desde la sanción pena aflictiva, hasta la sanción premio o recompensa, por todos los medios que llevan de la educación hasta la regeneración pre y post-delictual. Este Código de México, sabe que entre el hombre delincuente y la sociedad ofendida y la víctima del delito existe una relación invariable, o sea, una relación funcional en la que sus constantes y variables no pueden ser eliminadas ni desconocidas pero mucho menos trastocadas o desnaturalizadas.

Sería tan absurdo un Código que diera preferencia a la defensa de la sociedad, como el que la otorgara a la víctima, o sólo al delincuente. La doctrina de las funciones presta auxilio al derecho y exige atención plena, no sólo a la sociedad como "Código de la defensa social" sino

1 *Teoría general del delito*, pág. 1.

2 JIMÉNEZ DE ASÚA en su primera conferencia en México, 1943.

3 *Estudio del Código Penal Mexicano de 1929*, en "El Foro", año de 1929. Tomo X, pág. 131.

que también reclama atención el individuo delincuente, o simple proclive, como atención exigen asimismo la víctima y sus causahabientes.

Mas la doctrina esencialmente jurídica del delito, tan sólo representa una contribución bien modesta, aunque profunda, en la lucha contra el crimen. Representa la teoría jurídica del delito, apenas un aspecto o punto de vista de toda esa lucha necesaria y fecunda; pero no excluye, antes bien la complementan, otras teorías del delito, y la ayudan a integrar el conjunto de sus resultados. Tales son, por ejemplo, las teorías antropológica, pedagógica, fisiológica, psicológica y sociológica del delito. "Jurista alguno, dice CARNELUTTI, ⁴ puede desmentir la utilidad y, por ende, la legitimidad de estudiar el crimen desde estos puntos de vista. Contra lo que se debe reaccionar, por el grave perjuicio que irroga a la claridad de las ideas, es contra la confusión entre los diversos puntos de vista, o más aún, la pretensión de substituir, por ejemplo, con el estudio antropológico, el estudio jurídico del fenómeno criminal"; agrega: "¡Ay del jurista que no tenga ideas claras!" En otro lugar enseña: "Se escucha aún, aquí y allá, alguna exclamación de tono *ferriano*, como aquella con que FLORIÁN, aunque elogia un libro esencialmente dogmático, como el tratado de MEZGER, repetía hace poco tiempo, que el delito es un *acto del hombre no un ente jurídico*; como cualquiera comprende, este es un lenguaje que no es correcto actualmente ni para un principiante de la carrera universitaria; hoy, son frutos fuera de estación". ⁵

Lo jurídico de una teoría del crimen consiste en atacar directamente al delito en la formación de sus estímulos, oponiendo un *contra-estímulo* capaz de paralizarlo. Ese contraestímulo es y debe ser la *sanción*, sanción como pena aflictiva, o sanción de estímulo, compensación o premio a una conducta renovadora y regeneradora.

La acción jurídica pues, la da el derecho por medio de las sanciones. Si el derecho penal, además, impone ciertos tratamientos médicos, psíquicos, sociales y morales en el individuo predispuesto a delinquir o cuando ha consumado el delito, tendremos entonces una saludable coordinación y colaboración entre la actividad meramente jurídica, con la actividad que bien puede ser la del maestro, ya la del sacerdote, bien del médico, ora del antropólogo, cuándo del psiquiatra.

4 *Op. cit.* Págs. 3 y 196.

5 *Riv. dic. proc. civ.*, 1933, vol. X, t. I. Pág. 349.

CAPÍTULO I

La Acción Penal en la Teoría

A).—Sujeción del procedimiento penal a la teoría general del proceso.

La noción *pena-contrastímulo* de CARNELUTTI, señala un nuevo estadio en el progreso de las ideas jurídicas, porque nos aclara con nitidez la denotación y la connotación de la palabra *pena*; *pena-sancción*, que va desde una medida de seguridad hasta la pena de aflicción máxima impuesta por la ley punitiva en los arcanos de la absurda pena de muerte, mediante una colaboración activa de los hombres de ciencia que sean necesarios en el proceso, cuando se consuma el delito, bajo la dirección coordinadora de un juez. Todo eso realiza el proceso penal que es como un crisol en donde se funden pero no se confunden todas las potencias humanas capaces de purificar y salvar estos dos elementos: el hombre y la sociedad, salvar al *cives* y a la *civitas*. En ese laboratorio de pasiones, sentimientos y de ideas, delito, pena y proceso forman el trinomio del derecho penal. Sin confusión promiscua del fenómeno sustantivo y el adjetivo procesal, podemos decir que *no se pena si no se procede*, aunque a veces se procede para no penar, porque en el proceso de cognición no se procede para castigar sino para averiguar si se debe castigar. En esto se diferencia el proceso de cognición del proceso de ejecución; pero lo cierto y positivo es que el *proceso es el medio exclusivo de penar, nulla poena sine iudicio* y la negación del proceso implica la negación del delito.

El proceso es fuente autónoma de bienes para CHIOVENDA. No es ya la función primitiva y tosca del proceso como *instrumento de coacción* para forzar al reo. Tiene una función más elevada y refinada cual es la de *crear la certeza jurídica que es un gran bien de la vida*⁶ “puesto que asegura el goce de los otros bienes, trae la confianza, la preci-

6 Instituciones de derecho procesal civil. Pág. 51.

sión y la tranquilidad en las relaciones humanas, todo lo cual no puede conseguirse sino mediante el proceso. *Nada puede substituir a la certeza jurídica obtenida* en virtud de la cosa juzgada”. Y es que la certidumbre en los juicios es nada menos que la misma justicia.

En el proceso se realiza un conjunto de actos coligados para realizar el fin común del proceso o sea la actuación de la voluntad de la ley en un caso concreto. Hay una relación de interdependencia en los actos del proceso. Unos son actos de las partes, otros son actos de los órganos jurisdiccionales; pero todos esos actos tienen la finalidad de poner al juez en aptitud de hacer posible la función de decidir, función decisoria, que es función de soberanía encomendada al juez, quien por esa razón es el más alto de los sujetos procesales, al lado del ministerio público, del defensor y de la parte civil, todos ellos preocupados en absoluto por encontrar las pruebas y las leyes sobre la prueba, para determinar los hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos, con el fin de acoplar la verdad con la convicción del juzgador, cuya voz es de la misma soberanía de la Nación en la tripartición de su potestad de imperio que se encomienda a la administración, a la legislación y a la jurisdicción, conforme al dogma político trino de MONTESQUIEU.

Se ha discutido si el proceso es una *relación jurídica*, como lo concibió BÜLOW, o bien una *situación jurídica*, como lo propugna GOLDSCHMIDT. Para nosotros FLORIÁN⁷ tiene razón, al decir que la concepción del proceso como *situación jurídica*, quita al proceso todo aspecto científico, lo destruye y lo hace totalmente empírico: lo transforma en cosa casi de puro hecho, sometido a la sagacidad o destreza de las partes; toda vez que la *situación jurídica* puede definirse: “como el conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas procesales de una parte”.⁸

Esa teoría de aglutinamiento informe de actos procesales cuyos confines carecen de eslabones que los coordinen entre sí, peca contra la ley de la evolución, y es superada por la concepción del proceso como una relación jurídica; porque para nosotros, *relación es función y función es también acción vital*, es coordinación de acciones y fines, fines individuales y fines sociales; y actividades propiamente sociales y

7 *Elementos de derecho procesal penal*. Pág. 82.

8 CARNELUTTI: el proceso es un complejo de poderes jurídicos y cargas; tomada de MANUEL DE LA PLAZA, tomo I, pág. 108, *Proceso civil español*.

actividades meramente individuales o personales, en una interdependencia unitaria.

Por eso podemos afirmar que el proceso como relación es una concepción funcional y científica, por medio de la cual se logra una explicación de la unidad del proceso dentro de la diversidad de los factores que lo determinan, unidad que satisface las exigencias de nuestra razón.

B).—Sujetos de la relación procesal criminal.

Entendido así el proceso, surge fácil el concepto de la relación procesal penal en su *triplicidad sustancial o de esencia*; a) relación entre el juez y el acusador; b) relación entre el juez y el procesado; c) relación entre el ministerio público y el acusado y viceversa.

Estas tres relaciones entre los sujetos principales o esenciales, realizan una interacción con los otros sujetos: a) la víctima representada por la parte civil; b) el civilmente responsable en el resarcimiento del daño; y c) el civilmente obligado al pago de la multa.

Juez, ministerio público, procesado y víctima, tienen actividades individuales, propias, privativas y características. Existe una relación invariable de derechos y deberes entre sus actividades y sus fines personales y las actividades y fines sociales del proceso.

Unos son *sujetos desinteresados del proceso* y los otros son *sujetos interesados* como enseña CARNELUTTI;⁹ pero todos llevan la finalidad de actuar la ley en el caso concreto que es el fin social y jurídico del proceso.

Es el juez el sujeto desinteresado por definición cuando se trata de la aplicación de la norma penal y después de apreciar la verdad real, material o histórica, quien pronuncia una sentencia absolutoria o una sentencia de condena. Poder o potestad de imperio es su soberanía decisoria, es un poder-deber que no puede ser eludido ni suplantado por nadie, él debe fallar, y si no tiene los elementos de la verdad histórica tendrá que absolver, y si tiene la prueba positiva condenará con una condena que por grado o por fuerza tiene que ser condicional e indeterminada siempre; porque el fin último del proceso es un fin ético social; es el juicio sobre la conducta de un hombre delincuente, en lo pasado; pero le preocupa su presente y prevé sobre su porvenir; ya que

9 *Instituciones del nuevo proceso civil*. Pág. 29.

la conducta de un hombre, elemento ético por excelencia, no ha sido ni es, ni será la misma en lo futuro.

He ahí los efectos objetivos y subjetivos de la cosa juzgada en materia penal. La sentencia penal es por esencia fundamentalmente revocable, por eso, un *desideratum* del derecho penal es la *condena condicional* y la *sentencia indeterminada*. Si se dudare de ello, veamos lo que dice FLORIÁN al respecto: “Puede decirse, por tanto, que la única sentencia apta para alcanzar la fuerza de cosa juzgada absoluta y totalmente, es la de absolución dictada en la audiencia. Es la única verdaderamente irrevocable”.¹⁰

Hay en la relación procesal penal poderes y deberes, derechos y obligaciones, cargas, liberaciones y potestades que fijan los límites a la actividad de los sujetos procesales y de las partes. Existen requisitos previos procesales, los *presupuestos procesales*, o condiciones indispensables o ineludibles para la constitución del proceso, que son los antecedentes que establecen la consecuencia lógica de la relación procesal y que hacen posible una sentencia. 1.—*Un órgano jurisdiccional penal legalmente constituido con capacidad subjetiva*. 2.—*Una relación de derecho penal o sea un asunto penal*. 3.—*Un órgano de acusación: ministerio público y la correspondiente defensa del acusado*. Existen, además de los presupuestos procesales generales otros *presupuestos procesales particulares* que se denominan *condiciones de procedibilidad* y *condiciones de punibilidad*, por las que es posible el ejercicio de la acción penal, bien se comprenda como una exigencia punitiva de la ley o como una pretensión punitiva de las partes.

La historia de los procesos forma la *genética* de las instituciones que lo integran; una investigación de los diferentes problemas que encierra el proceso constituye su *problemática*; los cuales jerarquizados mediante el análisis conducen a una *síntesis sistemática* de su planteamiento, para finalizar en una *dogmática* definición de los principios jurídicos que rigen las distintas instituciones del proceso, tal como lo enseña la *metodología del derecho*,¹¹ haciendo uso de los instrumentos de investigación comunes a toda ciencia en el amplio campo de la inducción y la deducción, observando el método de doble concordancia, o de concordancia y diferencia unidos, el de variaciones concomitantes y el de los residuos. Especialmente se aplica en la investigación jurídica el *método*

10 Op. cit. Pág. 418.

11 CARNELUTTI. *Metodología del derecho*. Pág. 23.

técnico jurídico que como enseña GROPPALI, es predominantemente deductivo y lógico racional; dicho método es propio de la dogmática jurídica y parte siempre de un ordenamiento jurídico, que según los cánones de la hermenéutica, reúne en torno suyo a los sujetos, los objetos y las relaciones que lo regulan;¹² "... para construir las instituciones jurídicas particulares; determinar los principios generales que están en su base y adaptarlos a un sistema orgánico: he aquí las tareas de la dogmática que como la ha definido bien IHERING, es el arte plástico de la jurisprudencia".¹³ CARNELUTTI ha dicho: ¿dogmática? ¿dogmática conceptual o dogmática nominal? Según la novísima distinción de FLORIÁN, peor es meneallo. Puede establecerse una antítesis entre dogmática y exégesis: trátase de direcciones y tendencias en el estudio del derecho, las que más bien se complementan, que no se niegan; pero para mi excelente amigo FLORIÁN, lo contrario de dogmática es... algo que el mismo no sabría definir, puesto que no es ciertamente la ciencia del derecho, y quien quiera una prueba de ello, medite sobre su frase programática: "el delito es... un acto humano, no un ente jurídico", frase que contiene *tout court* (estrechísimamente) la negación del derecho penal.¹⁴

El derecho, como toda ciencia tiene su campo ontológico de acción en estos tres elementos fundamentales; el gran ser, la humanidad; el gran fetiche, el cosmos; el gran dogma, la ley natural. Reglas de experiencia, leyes o principios jurídicos expurgados, fijan dogmáticamente el ámbito de una institución jurídica dada, para resolver cada problema en concreto. Así conocemos los principios del proceso, algunos desde la antigüedad: *nemo iudex sine lege; nulla poena sine iudicio*. Forman estas máximas el principio de legalidad, indispensabilidad u obligatoriedad del proceso. Le sigue en importancia el principio de publicidad del proceso y sus correlativos inmediatos de indisponibilidad del objeto del proceso y el de la inmutabilidad del objeto del proceso (*jus publicum privatorum pactis mutari nequit*).

Según estos principios siendo esencialmente pública la relación jurídica penal, las partes no tienen derecho o poder de menoscabar el

12 Muchos campos del derecho penal no se han cultivado aún con los instrumentos técnico-jurídicos, y muchos otros apenas se han comenzado a cultivar. CARNELUTTI, *Riv. dir. proc. civil*, vol. X, t. I. Pág. 115.

13 A. GROPPALI. *Doctrina general del Estado*. Pág. 60. Traducción española de A. Vázquez del Mercado, 1944.

14 *Riv. dir. proc. civil*, 1933, vol. X, t. I. Pág. 354.

hecho ni de manipularlo a su antojo, *de acuerdo con otro principio: el de la verdad real material o histórica*; es decir, que el proceso penal no es proceso de partes; éstas no tienen el poder dispositivo sobre el objeto del proceso.¹⁵

Pero el objeto del proceso *tampoco puede tener otra solución distinta de la que dé la sentencia*. “Las partes —dice FLORIÁN—,¹⁶ no tienen el poder, ni de detener el proceso ni de buscar una solución para la relación fuera de la sentencia. Si por ejemplo, en un proceso el ministerio público se convence de la inocencia del acusado, *no puede por sí (y ante sí) renunciar al proceso; únicamente podrá concluir con la absolución*” (judicial). “El principio de la inmutabilidad actúa aun en los casos en que podría parecer que las partes tienen cierta facultad de disposición, como en el acto de perdonar. En efecto, también en estos casos se pronuncia un fallo por el juez, aunque sea sobre el fundamento de la causa extintiva que produce la absolución, una vez que haya comprobado que el perdón, p.e., es formalmente perfecto y productor de efectos jurídicos”. “Resumiendo, podemos decir que, normalmente, la relación de derecho penal objeto del proceso *no puede tener otra definición que la que le da la sentencia*, dejando aparte las excepciones ya mencionadas (cap. II)”.

C).—El delito y las acciones que origina.

El delito produce un daño esencialmente público, acto dañoso que perturba la conciencia social y alarma a la colectividad porque ataca el orden jurídico.

El delito no nace sin ese elemento que se llama *daño público*. Pero con ese daño público nace coetáneo otro *daño particular, individual, patrimonial* que obliga al resarcimiento, sobre todo cuando el hecho dañoso es un acto ilícito penal, o sea un delito previsto y penado por el ordenamiento penal. Existen, por lo tanto, dos delitos y dos clases de sanciones, *el delito penal y el delito civil*, como lo estructuró BRUNETTI.¹⁷

15 Véase al respecto: TOLOMEI, *I principi fondamentali del processo penale*, pág. 16 y siguientes; MANZINI, *Inst. di. dirit. proc. penale*, parte segunda, sec. I. núms. 28 a 30; GOYET, *Le ministère public*, segunda parte, tít. II, cap. 2; SIRACUSA, *Il pubblico ministero*, núm. 15 y siguientes; MASSARI, *Lineamenti del proc. penale italiano*, primera parte, XIII.

16 *Elementos del derecho procesal penal*. Pág. 52.

17 *El delito civil*.

En el *genus: acto ilícito*, se comprende la conducta de una persona que *dañe injustamente* la esfera jurídica ajena, bien porque no cumple con el vínculo que lo liga a otra persona, (*damnum emergens*, *lucrum cesans*) o vulnera el derecho de otra violando un precepto que prohíbe atentar contra los derechos ajenos. *Culpa contractual* se llama la primera lesión, y figura en la doctrina del incumplimiento de las obligaciones, la segunda se denomina culpa *extracontractual* o *aquiliana*. Ambas lesiones obligan a reparar el daño y se les aplica el nombre de *acto ilícito*, en vez de la tradicional doctrina romanística del *delito* y *cuasi delito* superada por la doctrina de lo *ilícito*, resolviéndose con ella las discusiones que en torno de este tema surgieron, tal como lo hacen la legislación alemana, la suiza y como reflejo nuestro Código Civil (Arts. 1910, 1915 y siguientes).

Precisa, pues, distinguir el *delito civil* del *delito penal* en la forma atinada y precisa que lo hace RUGGIERO. No hay delito civil si no se produce un daño (resarcible).¹⁸

El citado autor dice, al respecto, lo siguiente: "Para configurar el delito en la esfera civil es indiferente que el hecho o acto lesivo viole o no la ley penal. El delito civil se diferencia del penal precisamente en que el primero es violación de un derecho subjetivo privado y el segundo es violación de la ley penal; en que el primero implica como consecuencia el resarcimiento del daño, el segundo una pena (corporal o pecuniaria), establecida por el Estado en su exclusivo interés. Del delito penal deriva siempre una acción penal, y puede derivar una acción civil para obtener el resarcimiento del daño (Código de Procedimiento Penal, artículo 1º, 7º); del delito civil sólo puede derivar una acción civil. Por tanto, así como hay actos constitutivos del delito civil y no del penal, así también los hay que son delitos penales y no civiles, y que son delitos penales y civiles a un mismo tiempo".¹⁹

En otro lugar agrega: "El hecho lesivo debe ser voluntario e imputable, salvo los casos de responsabilidad objetiva o *ex re*. La doctrina moderna tiende a introducir un principio nuevo concerniente a la responsabilidad, a la responsabilidad objetiva en virtud del cual, así como el propietario del edificio o del animal responde de los daños causados por éstos, por ser su propietario, así también debieran responder de los daños causados por un demente o un infante, aun cuando no sean cul-

18 RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*. Pág. 650.

19 *Ibidem*. Pág. 649.

pables, las personas a quienes incumbe el cuidado y vigilancia de los mismos".²⁰

Interesante es sobremanera, fijar la esencia de los actos dañosos que concomitantemente producen el delito penal y el civil, porque ambos delitos nacen y se originan en un mismo ámbito penal; actos dañosos que sólo pueden ser apreciados dentro de un proceso penal, el cual tiene garantías, cargas, límites y liberaciones que no son ni pueden ser las que caracterizan al proceso civil.

Esta diferenciación de los procesos, lleva no sólo a distinguir la acción civil de la acción pública penal, sino que además, conduce, en mi sentir, a precisar la esencia de la acción civil de origen contractual o extracontractual, diversa de la acción típicamente civil proveniente de delito.

Es un positivo progreso de las ideas jurídicas la concepción del delito civil, porque se puede fijar dogmáticamente la *intransmutabilidad* de las esencias de ambas acciones civiles; ya que, por reducción al absurdo, se demuestra que una acción civil proveniente de un delito no se puede investigar dentro de un proceso civil; toda vez que se llegaría por ese proceso civil a perseguir a un acusado sin la intervención del ministerio público, con violación de todas las garantías del proceso penal que son en esencia diferentes de las garantías del proceso civil. Y a tal grado son diferentes las garantías respectivas de cada proceso, que así como ningún demandado, civilmente obligado, toleraría ser enjuiciado como criminal dentro de un proceso penal, tampoco el delincuente aceptaría ser juzgado con las formas rígidas y convencionales del proceso civil, en vez de las formas tutelares de la libertad (*favor libertatis*) trastocando así, o desnaturalizando, las esencias privativas y características del proceso. Basta considerar este ejemplo: el de un delincuente a quien se le pudiera tener por confeso al negarse a declarar, aplicando la *ficta confessio* del proceso civil.

Creo que esto (en doctrina) es incontestable pero siempre y cuando el ofendido no renuncie a las normas tutelares del procedimiento penal, y prefiera esperar, como espectador atento y no como parte ofendida, el resultado final del proceso penal, para emprender la acción civil derivada del delito, tomando la sentencia de condena como una simple y llana prejudicial que deja a salvo el ejercicio de esa acción civil ori-

20 *Ibidem*. Págs. 650 y 651.

ginada en el ámbito penal. Esto es también incontestable de acuerdo con el principio dispositivo de la parte civil.

D).—El ministerio público y la víctima en la relación procesal.

Para zanjar las dificultades que surgen de la diferente naturaleza de las acciones civiles y penales y de ambos procesos, se han establecido dos sistemas radicalmente distintos: el que pudiéramos llamar inglés que consiste en separar completamente la acción civil proveniente del delito; respectivamente: en el proceso penal la acción pública y la acción civil en el proceso civil y ante jurisdicción civil. El segundo sistema, que denominaríamos tipo francés, consiste en la colaboración de ambas acciones, bien dentro del proceso penal constituyéndose la parte civil, *o en ciertos casos de prejudicialidad, de no actuar la acción civil proveniente de delito, en tanto no, se conozca el resultado final del proceso penal.*

Formas intermedias o sistemas combinados pueden idearse en relación a esos dos sistemas fundamentales, respetando, en todos los casos particulares la historia y la tradición jurídica de cada nación, ya que siempre se encuentran circunstancias peculiares nacidas de los usos y costumbres, que hacen posible la adaptación de un orden jurídico a la realidad nacional, como resultan sin duda ejemplares las instituciones jurídicas inglesas y francesas. Podemos, no obstante, afirmar sin ambages ni reticencias, después del análisis precedente sobre la naturaleza íntimamente ligada de las acciones penales y de las civiles nacidas en el mismo ámbito del delito, *que la separación de esas acciones gemelas que nacen de un mismo claustro materno conduce a la posibilidad permanente de motivar sentencias contradictorias*, como lo enseña Ricci.²¹

Esta afirmación que pudiera parecer ligera o precipitada, en pureza de ideas no lo es, si se tiene en cuenta la índole característica de la acción penal por una parte, y la naturaleza tan diversa de la acción civil proveniente de un delito, respecto de la acción civil de origen contractual y aun extracontractual; y ya hemos visto a qué aberraciones conduce el pretender tramitar una acción civil de reparación del daño penal en una jurisdicción civil, desnaturalizándose la esencia del proceso civil, porque se actúa sin la acusación del ministerio público y

21 *Tratado de las pruebas*, N° 377.

sin las garantías propias de cada proceso, y porque convierte al proceso penal en lánguidos bostezos del juez y el ministerio público, ya que les falta el estimulante del interés en obrar de la parte civil que es inmortal.²²

Porque no es cierto que la víctima del delito tenga en el proceso civil satisfechos y expeditos sus derechos para la más amplia defensa de sus intereses patrimoniales. En efecto: al reconocerse subjetivamente capaz y objetivamente competente al juez civil para conocer de la reparación del daño resultante de un hecho delictuoso, se sustrae al reo de su *juez natural*, de la jurisdicción que le es propia, para entregarlo a otra, a la civil, en la que puede ser condenado a la reparación del daño que entre nosotros es *pena pública nada menos*, sin gozar de todas las garantías procesales que estatuye el artículo 20 constitucional para el proceso penal, y sin la intervención del ministerio público como lo ordena el artículo 21 de la misma Carta Fundamental.

Se consuma así la más extravagante prórroga de jurisdicción de materia penal a un juez civil, legal y racionalmente incapacitado para resolver sobre si existe el delito que constituye los hechos en que se basa el daño; pues aun cuando el juez se limitara a declarar sobre la licitud o ilicitud de esos hechos, en realidad de verdad, el juez civil estaría haciendo materia justiciable, la existencia o la inexistencia de un delito, y resolvería sobre una materia que está fuera de su jurisdicción y competencia objetiva, es decir, *competencia por razón de la materia que es por naturaleza improrrogable*, desnaturalizándose así, vuelvo a repetirlo, las esencias procesales en una transmutación que a mí me parece inconcebible por lo absurda.

E).—La acción penal y el ministerio público.

Y siguiendo el análisis de las esencias procesales, avanzando en los vastos caminos paralelos de los procesos, interesa al jurista en forma palpitante el discernimiento de la naturaleza íntima de las acciones; la

22 La constitución de la parte civil representa un caso de intervención del titular de una acción en el proceso. La institución se relaciona, desde el punto de vista substantivo, con la coincidencia en un mismo interés de las dos tutelas, la penal y la civil, porque un mismo hecho da lugar a consecuencias de diversos órdenes; desde el punto de vista procesal, con la unidad de la función jurisdiccional... aun cuando pudieran ser tantas sentencias... cuantas son las normas que pueden aplicarse al hecho (penales, civiles, administrativas).—LEVY NINO.—*La parte civile nel processo penale italiano*. Padua, 1936. Pág. 1.

esencia de la *acción civil in genere* y lo que es propio y exclusivo de la *llamada acción pública o penal*.

Para estudiar tan importante como difícil cuestión, hemos de pedir auxilio a la teoría general del proceso y a los métodos lógicos de investigación ya mencionados antes. En efecto, analizaremos, los *elementos, caracteres y condiciones de la acción civil*, con el método de concordancia y diferencia de las acciones penal y civil, tal como lo hemos venido aplicando.

PIERO CALAMANDREI ha dicho, con profundo sentido de la realidad, que: "Formando la base de los conceptos de jurisdicción y de acción, se encuentra, en el Estado moderno, la premisa fundamental de la prohibición de la *autodefensa*: derecho subjetivo significa *interés individual* protegido por la *fuerza del Estado*, y no derecho de emplear la fuerza privada en defensa del interés individual".²³

Sólo en cuanto el Estado ofrezca medios más fuertes y eficaces que los de la fuerza privada, tiene sentido la prohibición de la auto-defensa. La facultad de recurrir al juez o al ministerio público, u otro de los órganos del Estado, encuentra su razón suficiente, en que para alcanzar una pacífica solución de un *estado de pendencia* es de imperiosa necesidad sustraer el conflicto al interés de las partes, incapaces por ello, de valorar serenamente las razones que le asisten al adversario, confiándose la *función de decidir* al órgano desinteresado e imparcial que es el juez.

Esto nos lleva de la mano al *concepto moderno de la acción*. El significado primitivo de la *acción* es el de *agere y actio*, la *manus injectio* de las XII Tablas del más antiguo derecho romano; significa *acción material y directa* en tutela del propio interés individual ejercitando su fuerza física; pero cuando un principio de orden elemental instituyó al Juez público, el concepto de *acción* que significaba defensa privada, pasa al significado de un *derecho autónomo, público y subjetivo del ciudadano para invocar en su favor la fuerza coactiva pública del Estado: un verdadero derecho cívico*.

Surge inmediatamente un principio que domina en su base a la acción. *No se ejerce la jurisdicción sin acción*; o sea que la justicia no se mueve si no hay quien la demande. *Ne procedat iudex ex officio*. Y salvo el histórico proceso penal inquisitorio en que el juez acumulaba las pruebas y llegaba a la ignominia de juzgar sobre una acusación

23 *Instituciones de derecho procesal civil*. Pág. 144.

de oficio promovida y sostenida por él mismo, que en nuestro medio culminó en la “confesión con cargos”, no será posible, ni en el orden penal ni en el orden civil, *dejar de contar con el instituto de la acción* y de los sujetos que la representen, para proponer la *litis* ante el juez, órgano desinteresado que deba resolverla.

Sentado este principio como piedra angular del sistema acusatorio penal y del moderno proceso civil, que proclama que no se juzga si no hay quien pida al Estado que juzgue con justificación indispensable para el ejercicio de la jurisdicción *nemo iudex sine actore*, pasemos adelante.

Observa CALAMANDREI²⁴ “... que la jurisdicción aparece *siempre como función provocada* por un *sujeto* o *agente* y que se distingue de las otras funciones del Estado, la *legislación* y la *administración* en que éstas se ejercitan normalmente *de oficio*”. “El Estado hace leyes aun sin que los ciudadanos se lo pidan, y toma en el campo administrativo todas las iniciativas que cree útiles a la sociedad”.

“Esta característica debe ser puesta en relación, sobre todo, con aquella exigencia esencial de la justicia que es la imparcialidad del órgano juzgador. Una jurisdicción ejercida de oficio repugnaría, por una razón psicológica antes que jurídica, al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez, el cual, para conservarse imparcial, debe esperar a ser llamado y limitarse a hacer justicia a quien la pide; de suerte que, si nos dijeran que un magistrado, sin ser solicitado por nadie, se ha puesto en viaje para ir en busca de entuertos a enderezar, nos sentiríamos llevados a considerarlo, más bien que como un héroe de la justicia, como un monomaniaco peligroso, del tipo de Don Quijote o del legendario zapatero de Messina. Mientras la justicia sea administrada por hombres, la omnipotencia del Estado no podrá destruir la necesidad lógica y psicológica (especialmente imperiosa en la fase de cognición) de confiar a dos diversos órganos aquellas dos actividades complementarias pero bien distintas, hasta el extremo de no poder ser confundidas sin reducir la justicia a un *pueril soliloquio* que son respectivamente la función de preguntar y la de responder, la de proponer un problema y la de resolverlo, la de denunciar un entuerto y la de repararlo”.

Conviene, antes de pasar adelante en el análisis de los *requisitos constitutivos* de las acciones civiles y penales, dejar establecido clara-

24 *Op. cit.* Pág. 155.

mente: que si bien la acción penal es característica del proceso criminal, no se puede afirmar que sea privativa del proceso civil la acción civil; porque si en innumerables casos la jurisdicción civil es ejercitada por un interés civil individual existen también en el proceso civil casos cada vez más numerosos de *acciones esencialmente públicas* en que el órgano agente que las representa, no es el individuo particular sino el ministerio público, quien tiene la *legitimación* para obrar en el proceso civil, con el carácter de *sustituto procesal*, como sucede en los casos de personas incapaces, ausentes, etc., todo lo cual nos induce a concluir que *no todos los derechos civiles son derechos privados sino que hay algunos que tienen el carácter de derechos públicos* cuyo ejercicio se confía a la autoridad pública del fiscal en una iniciativa oficiosa.

Por contraposición a lo dicho, podemos también establecer que en el proceso penal, tampoco se puede afirmar que sea exclusivo para el ejercicio de la acción pública; pues que en la mayoría de los casos, un acto ilícito penal puede dar lugar a uno ilícito civil o daño resarcible, nacido de la misma clausura materna, o ámbito penal (el delito civil) que hemos considerado antes.

Es que si contemplamos las esencias procesales en toda su compleja naturaleza, encontramos *armonía, equilibrio y coordinación* entre la actividad y fines individuales y la actividad y fines meramente sociales y colectivos. Esta *colaboración* que se realiza en los procesos significa también *convergencia de intereses*, que busca el proceso en la satisfacción del interés particular, dando ocasión al Estado de satisfacer, al administrar justicia, el interés colectivo, de acuerdo con la teoría "chiovendiana" de la acción, entendida como derecho potestativo, y conforme a la teoría general de las funciones.²⁵

"En realidad (comenta CALAMANDREI) toda teoría debe ser considerada en función de la relación entre el interés individual y el interés público que bajo diversas formas, se presenta en todos los campos de la ciencia jurídica y que puede aparecer, por consiguiente, más o menos exacta según que en la relación se acentúe por consideraciones políticas, el predominio de uno de los términos y se desplace, por lo consiguiente, en un sentido o en otro, el punto de equilibrio entre los dos".²⁶

25 T. OLEA Y LEYVA, *La socialización en el derecho. Ensayo de una teoría general de las funciones*.

26 *Op. cit.* Pág. 175.

F).—La acción civil y la víctima.

Aplicando estas ideas al proceso penal, encontramos, con una observación serena, que además de la función desinteresada del juez y del Ministerio Público que trabajan por la aplicación exacta de la ley, existen los sujetos interesados, la víctima, sus causahabientes, la parte civil, el delincuente y su defensor; sujetos éstos empeñados en un estado de pendencia que caracteriza la lucha por el derecho en la realización de la justicia que, a través del proceso, conduce a la certidumbre, y por ende, a la paz jurídica y, a la paz social en último término.

La acción penal y la civil engendradas en el mismo ámbito, son como *hermanas siameses* que no pueden separarse, como he pretendido demostrarlo, sino con el peligro de volver a las oscuras épocas del talión, de la acción directa o de la *autodefensa* a que conduce un estado de necesidad creado por el menosprecio de los derechos y a los intereses de la víctima y de la parte civil, a la que se ha pretendido, si no suprimir del proceso penal, sí negarle como en nuestro derecho procesal, la representación decorosa de parte civil, su constitución jurídica y hasta el nombre, designándola apenas con el precario de parte ofendida o coadyuvante del Ministerio Público, según lo determinan los artículos 29 y 34 del Código Penal del D. F. y 9º del de Procedimientos, tomados como espejo por casi todos los Estados de la República, y en cuyas disposiciones se eleva la reparación del daño a la categoría de “pena pública”.

No dejaremos de insistir en la necesidad ingente de considerar el proceso como unidad compleja en extremo, en donde el principio de la pluralidad de causas y mezcla de efectos nos pone a cubierto de soluciones simplistas subjetivas. Por lo que, un criterio pluralista nos hace pensar en que el interés del ofendido o sus causahabientes como parte civilmente constituida representa una necesidad psicológica antes que jurídica. ALEJANDRO BAIN en su *Lógica* dice que “apenas si hay necesidad de hacer notar que el interés es el móvil de casi todas las acciones humanas”; y IHERING, en *El fin en el derecho*, afirma que el interés es uno de los grandes motores de la vida social; CHIOVENDA enseña que *el interés en obrar es la condición específica de la acción*.²⁷

Mas la tendencia abolicionista de la parte civil en el proceso penal ni es nueva ni ha dejado de tener adeptos tan destacados como el mismo

27 *Op. cit.* Pág. 200.

FLORIÁN.²⁸ No son menos apasionados los abolicionistas de la parte civil, que los abolicionistas del ministerio público. De la parte civil, se dice, que es *institución ambigua*, una figura sólo admisible en una concepción privatística del proceso penal que debía ser eliminada; porque se yergue con más rigor y dureza que el ministerio público, apasionada, vengativa, desquiciadora y grotesca y MANDUCA, le niega toda acción al ciudadano perjudicado por el delito de acuerdo con el *sistema restrictivo* de CARRARA para no evocar un pasado lejano de la venganza privada y que el abogado de la parte civil es duro y feroz.²⁹ Retórica, y subjetivismo puro sólo comparable al de los abolicionistas del ministerio público; y si no, oid: MUSSIO sostuvo que el ministerio público, aun en el mejor de los ordenamientos es algo que debe temerse como el peor de los flagelos. BROFFERIO lo llamó: un poder fiscal lleno de vanidad, de pompa, de riqueza, de potestad, de grandeza... instrumento fatalísimo de despóticos gobiernos... sometido al despotismo ministerial. CARCANO dice que fué inventado por la monarquía francesa exclusivamente para someter a la Magistratura. Y el mismo MUSSIO, en 1873, pronunció estas palabras: "Instituto tiránico que, como el caballo de Troya, lleno de armas y de soldados, de perfidia, artimañas y engaños, ha sido sacrílegamente introducido en el templo de la justicia, enjaezado en terciopelo con largos cordones de oro, hendido como una espina en el corazón de la Magistratura y llamado también entre nosotros, por simple papagayismo, el ministerio público, el ente más monstruoso y contradictorio, inmoral e inconstitucional a un tiempo que ora es soberano, ora esclavo, ora lleva las cadenas al cuello, ora las sujeta a otros con desprecio de toda ley y resumido en sus últimas actitudes es un ente sin inteligencia ni conciencia, un autómatas y una máquina que debe moverse a voluntad del Poder Ejecutivo".³⁰ Sus enemigos son, además, HERIÓN DE PANSEY, BONASI y LUDOVICO MORTARA que propugna por su supresión.³¹

SIRACUSA, sin embargo, concluye diciendo: "Era lógico, por lo demás, que la teoría abolicionista del ministerio público tuviese tan escasa fortuna; en efecto, ella desemboca o en el proceso de tipo in-

28 *Op. cit.* Pág. 224. MANDUCA.

29 *El procedimiento penal.* Pág. 143.

30 Citas de SIRACUSA en *Il pubblico ministero*, Turín, 1929. Págs. 171 y 172.

31 *Ibidem.* Pág. 172 y siguientes.

quisitorio en que el juez asume también las funciones de acusador, o bien en el ejercicio privado de la acción penal, sistemas ambos, según nosotros, despreciables . . . ” ³²

Abolir, eliminar a la parte civil en el proceso penal, es tan insensato como eliminar o abolir al ministerio público; porque significa suprimir con la parte civil al sujeto inevitablemente interesado del proceso, tan interesado en sus fines como lo es el interés de la defensa del reo. Si la acción civil de reparación del daño es inseparable de la acción pública como lo hemos demostrado, y si la acción civil tiene como condición específica *al interés en el obrar*, es legítima y valedera la existencia de un sujeto, parte o agente, que represente en el proceso a la víctima, cuyo interés está ligado o depende de otro motor de la vida individual y social que es el *dolor*, fuente eterna del bien y del mal, que no puede eliminarse de los negocios humanos, pero ni siquiera suplantarse entregando los intereses sustancialmente egoístas y vengativos necesariamente de la parte civil en las funciones desinteresadas por esencia del ministerio público, por esta sencilla cual profunda razón: porque el ministerio público, nunca, jamás, podrá tener el interés en obrar que se genera en el dolor de la víctima; la única capaz de trotar mundos, de sufrir desvelos y hacer los imposibles por allegar las pruebas de la culpabilidad en esa lucha por el derecho y la realización de la justicia, dentro del proceso que es inevitable estado de pendencia para encontrar la certidumbre como supremo bien de la vida, para usar la expresión “chiovendiana”, o sea el camino de la verdad.

Sin hipocresía, sin gazmoñas actitudes de una justicia farisaica, y observando y mirando, y volviendo a mirar el proceso penal al modo del astrónomo, el cual se pasa la vida mirando las estrellas, debe estudiarse el asunto. *Mirar no es tanto ver como querer ver* dice CARNELUTTI, ³³ nuestros sentidos son la puerta abierta del espíritu sobre la naturaleza. Y si no dudamos de la ciencia del derecho, debemos pensar en que el *arbitrio del legislador tiene límites que no puede sobrepasar sino con peligro de desobedecer las leyes de la naturaleza*, o sean las reglas que están sobre el derecho, la *ley de la ley*.

32 *Op. cit.* Pág. 176.

33 *Metodología del derecho.* Pág. 62.

G).—Interdependencia y colaboración de ambas acciones.

El problema del método estudiado bajo el aspecto de la doctrina de las funciones, nos endilga a la búsqueda de las *relaciones que existen entre las estructuras de las cosas*. Así, observamos que entre la acción pública y la civil de resarcimiento, existe una solidaridad o interdependencia, una interacción entre los sujetos que las representan (ministerio público y parte civil), y un recambio entre sus finalidades respectivas y sus características actividades, que no pueden separarse.

Veámoslo, así: ¿No es verdad que el daño por el delito no sólo afecta al individuo en particular sino que implica concomitantemente una lesión al interés público? ¿No es verdad que el Estado tiene interés en que se apliquen todas las sanciones, así las que tutelan el orden social como las del resarcimiento que ejercen una presión psicológica de prevención a veces más fuerte que la misma pena? ¿No es cierto que el delito civil, aunque de efectos privados, va acompañado de una exigencia de derecho público, el delito penal, y tiene por tanto, la acción civil un *substractum* de interés general? Como consecuencia, ¿no es exacto que la parte civil es un litis-consorte voluntario del ministerio público en la presentación de la prueba en el proceso, sobre la existencia del hecho ilícito penal, de cuyo hecho depende la existencia del ilícito civil?

En el proceso, como en todo, la noción de límite domina la actividad de los sujetos procesales. Límites del juez, del ministerio público, de la defensa, de la parte civil, son fijados por principios trabajosamente establecidos en la doctrina, y muchos de éstos elevados a la categoría de ley, que llegan hasta constituir verdaderas garantías constitucionales, como acontece en nuestra Carta Fundamental y en leyes secundarias.

CAPITULO II

La Acción Penal en Nuestro Régimen Constitucional

A).—Exégesis del artículo 21 constitucional. *

El eje de nuestro sistema jurídico penal se encuentra en el artículo 21 de la Constitución en correlación estrecha con el artículo 102

* El texto del precepto se transcribe al final de este estudio.

de la misma, y los veintinueve “superartículos” que atañen a los derechos del hombre y el ciudadano, protegidos por el juicio de amparo o de garantías, como concepción de nuestra más noble estirpe jurídica nacional instituido por los artículos 103 y 107 constitucionales.

Hacer la exégesis y la hermenéutica del artículo 21 es encontrar los límites de los más importantes sujetos procesales, los del juez y el ministerio público. La garantía del artículo 21 tiene para mí, un doble aspecto inmediatamente: a) es *propia* y *exclusiva* de la autoridad judicial, la imposición de las penas; b) *incumbe* al ministerio público, y a la policía judicial, la persecución de los delitos. Yo encuentro que sabiamente el Constituyente a través del proyecto del Primer Jefe, del dictamen de la Comisión y del excelente voto particular del Diputado Colunga, previó no sólo el límite de actividad de la autoridad judicial, sino el del órgano agente de la administración, que debe perseguir los delitos. Los dos campos delimitados, realizan, en otras palabras, la doble garantía, tanto para que el juez no se convierta en el perseguidor de antaño, cuanto para que el ministerio público no usurpe la función judicial de decisión; porque tan grave es que un juez se convierta en perseguidor, como que el perseguidor se convierta en juez, y ya lo dijo RADBRUCH: “El que tenga a un acusador por juez o a un juez como acusador, necesita a Dios por abogado”. He ahí la primera intransmutabilidad de esencia procesal.

B).—Facultades y obligaciones del ministerio público según el artículo 21.

Para comprender mejor esta doble limitación del artículo 21 debemos descomponer mediante el análisis, las distintas proposiciones universales afirmativas que encierra, haciéndolo en forma tan detenida, que osaría compararla con esa reproducción de movimiento de la cámara lenta del cinema.

En efecto: si es *propia* y *exclusiva* de la autoridad judicial la facultad de imponer penas, le es asimismo *exclusiva* la de absolver o de no imponerlas. La recíproca por tanto, es cierta y es válida.

Por contraposición, encontramos: que si le incumbe al ministerio público la persecución de los delitos ¿le incumbe asimismo la facultad de no perseguirlos a su arbitrio? Aquí la recíproca no es cierta; porque si así fuera, el dejar de perseguir en cualquiera de sus aspectos de no ejercicio o abstención o abandono de la acción penal en todas sus

formas, invadiría no sólo la función decisoria del juez, sino también la legislativa que ha dado los presupuestos y condiciones de procedibilidad y de punibilidad que una vez satisfechos, requieren el ejercicio de la acción penal. Esa exigencia punitiva de la ley y la pretensión punitiva del querellante, radican en el principio de legalidad que exige que se persiga el delito cuando estén satisfechos los presupuestos y condiciones de punibilidad y procedibilidad que en nuestra Carta Magna se encuentran fijados en los artículos 16 y 19.

Se dirá, acaso, que el *principio de oportunidad*, siempre obliga al ministerio público, a definir discrecionalmente si en cada caso se han llenado los requisitos constitutivos de la acción penal, y esto es verdad; pero esta discrecionalidad del ministerio público ni es infalible ni menos puede ser arbitraria y, por ende, necesita no sólo de un control interno de orden jerárquico a que obliga el *principio de unidad e indivisibilidad* del ministerio público, muy deleznable y caprichoso, sino otro control que en países más afortunados que el nuestro, se ha instituido; un control externo de la acción penal o sea el de un órgano distinto ante el que puedan recurrirse los actos del ministerio público que no ejercita o bien abandona la persecución de los delitos una vez iniciado el proceso.

No me detendré en señalar los distintos sistemas de control ideados por el legislador en un interesante estudio de legislación comparada, para evidenciar la necesidad jurídica que existe de que el Estado provea a ese control externo del ejercicio de la acción penal.

Me basta con asentar, no sin pena, que en México no existe hasta ahora, y que en esta materia rige la más extravagante y arbitraria reglamentación, pues su contenido no se desprende ni del espíritu ni de la letra del artículo 21 constitucional; y “ante el simple conflicto entre la letra y el espíritu de la ley debe prevalecer la primera porque es la mejor garantía contra las arbitrariedades de las interpretaciones subjetivas”, como enseña CHIOVENDA.³⁴

C).—El artículo 21 y la víctima.

Si de la letra del artículo 21 en nuestra exégesis o hermenéutica no se puede inferir nunca el sobreseimiento por desistimiento de la acción del ministerio público, con efectos de *sentencia absolutoria ejecutoriada* a que se contraen los artículos 320, 323 y 324 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorios; 294, 298

³⁴ *Op. cit.* Pág. 108.

fracción I y 304 del Código Federal de Procedimientos Penales; tales sobreseimientos son falsas sentencias absolutorias, toda vez que se convierte al juez en una marioneta del ministerio público.

Así reglamentadas sus funciones, el ministerio público *es 'un poder inquietante para las libertades públicas*, porque resulta un poder incontrollado e incontrollable, uno de esos fueros extrajurídicos que vamos creando en México, para dinamitar la Constitución, como ha dicho CABRERA, que llevan en su naturaleza de infalibilidad, *la de ser autoridades que no violan ni pueden violar garantías individuales*, y de esta manera lo hemos convertido en una autoridad, que siendo dependiente del poder ejecutivo, se transforma en un juez de absolución, irrecurrible e irresponsable.

Nuestra meditación en torno al problema del control externo del ejercicio de la acción penal que está latente, pero que es palpitante, nos conduce a su estudio, porque sin ese control no tendremos la paz jurídica y social en este aspecto de nuestra justicia penal tan importante, ya que el reiterado abuso de una facultad discrecional, resta al ministerio público el respeto y el prestigio que debe tener el más alto representante de los valores morales, sociales y económicos de la Nación. En un Estado moderno como el nuestro, Estado de derecho, de salubridad y de asistencia, no puede nunca el ministerio público ser agente u órgano de turbación del orden social y de las libertades civiles.

D).—Organos de control interno y externo.

Existe, a no dudarlo, un control mínimo del ministerio público en México y es el jerárquico interno del Procurador en unidad con sus agentes. Existió también el externo mediante el amparo de garantías contra el ministerio público, cuando obraba como autoridad en el proceso por actos trascendentes sobre las personas o las cosas, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas. Ese control fué creado expresamente en la Ley del Ministerio Público del Fuero Común del año de 1919 en su artículo 26. Derogada esta disposición la jurisprudencia de la Corte Suprema ha negado, aunque en forma cada vez menos segura de sus fundamentos, el que, por medio del juicio constitucional de amparo se pueda reclamar la doble garantía que contiene el artículo 21 que establece la prohibición de que un juez pueda convertirse en perseguidor y también que el perseguidor se convierta en juez.

Hemos sentido uno de los más grandes principios del proceso penal que aceptamos dogmáticamente después de dar la estructura de su esencia: *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*. Es la suprema limitación a la actividad del juez la que sostiene el artículo 21 constitucional. Rotunda y categóricamente podemos afirmar, que cualesquiera que puedan ser los móviles, causas o motivos que animen al órgano agente que represente la acción penal pública para abstenerse de ejercitarla o bien para abandonarla, el juez, ante el asombro de tal acontecimiento, por arbitrario que sea, no puede menos que cruzarse de brazos y suspender todo procedimiento; pero sin que jamás ese acto pueda interpretarse, como lo hacen nuestras leyes procesales, como un sobreseimiento con efectos de sentencia absolutoria, inimpugnable con autoridad de cosa juzgada. Esto es sencillamente monstruoso.

Lo que acontece en México en esta materia nos obliga a preguntarnos, si este poder incontrolado del ministerio público emana del artículo 21 de nuestra Carta Fundamental, y si la doctrina y la legislación comparada lo aceptan.

Ya hemos visto antes que la hermenéutica más clara del artículo 21, la interpretación histórica legislativa del Constituyente, y la técnica jurídica procesal condenan de consuno, un arbitrio sin límites del ministerio público, que *se manifiesta en posibilidad permanente de arbitrariedad*. Hemos palpado la necesidad de que exista un órgano externo e independiente del ministerio público con relación a su propio ministerio, que autorice, o bien juzgue, la responsabilidad de la institución por el no ejercicio o abandono en todas sus formas de la acción penal; y también encontramos, que existió ese control externo, *aunque mínimo*, en el amparo de garantías, concedido a la víctima o a su representante, la parte civil, para garantía de sus intereses, como natural interpretación del artículo 21 que hizo en el artículo 26, la Ley Orgánica del Ministerio Público del Fuero Común del año de 1919.

Si categóricamente hemos afirmado que no debe funcionar la jurisdicción cuando por cualquier causa no se ejercita la acción penal por el ministerio público; hemos de hacer igual afirmación dogmática de los principios que limitan la actividad del acusador, principios larga y penosamente elaborados; "menester han sido siglos de análisis para poder llegar a la hora de la síntesis", como admirablemente lo ha dicho así MIGUEL PALACIOS MACEDO.

El ministerio público se considera como *órgano inquiriente y requirente del proceso*, porque mediante la policía judicial a sus órdenes inquiriere el hecho (facultad inquisitoria) y requiere el derecho, la ley, propone la litis en forma de tesis y ejercita la *función de pedir* ante el órgano que tiene la función de juzgar, para definir la relación jurídica penal objeto del proceso.³⁵ “Ocupa el *ministerio público una posición intermedia entre el juez y la parte; es un funcionario* y forma parte del órgano judicial como el juez, y como la parte, su misión *no consiste en decidir* para formar o integrar el mandato, o para actuar la sanción *sino en promover la decisión*”. (CARNELUTTI).³⁶ El poder del ministerio público es *análogo al de la parte*, sin embargo, el distinto principio dinámico que hace de ella *una potestad en vez de un derecho subjetivo*, explica la discrecionalidad del poder que no elimina su carácter obligatorio: es un *poder-deber*, de un funcionario o autoridad que no pierde nunca este carácter aun cuando proceda en el proceso penal *por vía de acción*, por lo que, con un criterio objetivo y técnico se le niega el carácter o *concepto de parte* para reemplazarlo por el de *órgano requirente del proceso*.

Esto, que no puede ser sólo cuestión de palabras, encuentra sus raíces profundas, al observarse la función del ministerio público que tiene en su legitimación en el obrar por su titularidad, el mismo fin de que se aplique o actúe la ley en el caso concreto con la mayor exactitud; se diferencia del juez en que no tiene la función de soberanía decisoria que constitucionalmente *es propia y exclusiva* del juzgador, según reza el artículo 21. Se diferencia asimismo de las partes en el proceso en *que es un sujeto de buena fe, desinteresado en el obrar*, y si obra con *interés público, social o nacional*, tal interés no puede ser el de la acción civil, patrimonial, privada, expuesta a modificaciones por la voluntad del titular de un derecho subjetivo privado. El ministerio público representa en el proceso penal un derecho público subjetivo, *derecho de supremacía*, que no es patrimonial y no le pertenece, porque él sólo representa al verdadero titular de ese derecho que es la Sociedad, la Nación o el Estado, en sus casos, respectivamente. El interés público y el interés privado tienen profundas diferencias como se ve, y así deben distinguirse para no llegar a la antinomia que se plantea frecuentemente en la práctica, o sea, que el interés del ministerio público

35 MANZINI. *Inst. di d., processuale penale*, núm. 88.

36 *Instituciones*. Pág. 178.

es un interés desinteresado, de un verdadero paralogsismo a que conduce inevitablemente el concepto de parte que ha querido dársele al ministerio público cuando en verdad es órgano requirente del proceso penal.

Tiene por lo dicho el ministerio público como el juez, como la parte civil y como la defensa, debidamente delimitado su campo de actividad en el proceso. Ninguno de estos sujetos procesales *puede ni debe* invadir los campos que la Constitución del país y la doctrina les asignan.

En la historia hemos visto, a los jueces suplantar al acusador público, y en contra de ellos se irguió el Constituyente del 17 y forjó la garantía del artículo 21. Mas, ahora, contemplamos el espectáculo contrario de involución retrógrada en que el ministerio público, suplantando al juez, *se desiste* o abandona la acción penal en cualquier estadio procesal, dando lugar a un *espurio* sobreseimiento que las leyes procesales del país no sólo autorizan, sino que aún les reconocen el efecto de una falsa sentencia ejecutoria.

La invasión por el ministerio público de la función decisoria es notoriamente anticonstitucional como lo hemos demostrado; pero hay más, el desistimiento arbitrario del ministerio público invade concomitantemente los poderes autónomos del juez y los derechos patrimoniales de las víctimas, *con un engendro de proceso sumarísimo o de absolución por decreto o monitorio*, en el que actúa como juez inapelable sobre la acción pública y sobre la acción patrimonial privada.³⁷ Esta invasión de funciones tiene su climax cuando examinamos las disposiciones antes citadas de los Códigos Penales vigentes, en los que a la reparación del daño se le da carácter de *pena pública* entregando en las manos del Representante Social los intereses patrimoniales de las víctimas, pretendiendo realizar una transmutación imposible de las esencias procesales, porque se necesitaría una subversión de los valores humanos, a fin de que, el ministerio público, que es un sujeto desinteresado por esencia, pudiera tener el interés en el obrar de la víctima, que es la esencia de la acción civil patrimonial privada engendrada en el dolor, dolor que no siente, que no puede sentir el ministerio público; y si por una de esas situaciones aberrantes de la naturaleza humana llegara a proseguir la acción pública y la privada el Representante de la Sociedad con tal por-

37. ROCCO. *Derecho procesal civil*, pág. 122. En este lugar define el procedimiento monitorio diciendo que es un procedimiento ejecutivo de conocimiento sumario, en que el juez no conoce de la controversia.

fía, éste se habría convertido o en un monstruo como Leviatán,³⁸ o en un ser divino, que puede reunir en sus esencias suprasensibles las del defensor, de acusador y juez: ser infinitamente sabio, infinitamente bueno, infinitamente poderoso, que es la encarnación de Dios.

La dogmática del proceso penal ha establecido una serie de principios que limitan a su verdadero campo de acción al ministerio público. Ya vimos cómo conforme a los principios de la inmutabilidad e indisponibilidad del objeto del proceso, ni las partes, ni el ministerio público, pueden manipular el hecho delictuoso o menoscabarlo, o disponer de él, ellos vinculan al juez que conoce del proceso para definir penalmente el hecho como mejor lo crea. Las partes no tienen el poder, ni de *detener* el proceso, ni de buscar otra solución distinta de la que se dé en una resolución motivada o en la sentencia definitiva.

Estos principios derivan del carácter publicístico de la acción penal, que a diferencia de la civil, no puede, por acuerdo de las partes, dar por terminado el proceso, por renuncia del actor, transacción, etc.

La acción penal se rige también por el principio de *irrevocabilidad* o *irretractabilidad*, que significa que el órgano agente actor, *no tiene facultades* para desistirse. “Iniciado el proceso, no tiene más que un fin, la sentencia. La retirada del ministerio público tendría la significación de una *conclusión*, pero nunca la fuerza de hacer caducar el proceso”³⁹ según lo enseña FLORIÁN.

LUCCHINI dice: “... Es consubstancial a la índole y finalidad de la acción penal, que una vez promovida prosiga sin interrupciones arbitrarias; *la dignidad y el prestigio de la justicia* exigen que la continuación del proceso no dependa de la voluntad y de la apreciación de la parte acusadora”.⁴⁰

Serían interminables las transcripciones de autores clásicos como GARRAUD y ORTOLÁN, para no citar otros, que apoyan la misma tesis. Entre nosotros, los mismos constituyentes como Macías, Machorro, Truchuelo y Colunga, están sorprendidos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, al respecto. Ultimamente, obras tan me-

38 JUVENTINO V. CASTRO, *Funciones y disfunciones del ministerio público*. Pág. 121.

39 *Op. cit.* Pág. 179.

40 Cita de SIRACUSA en la obra mencionada. Pág. 81.

ritorias como las de FRANCO SODI,⁴¹ JUVENTINO V. CASTRO,⁴² CENCEROS,⁴³ repudian el desistimiento. Todos ellos nos autorizan para concluir, que el ministerio público no puede renunciar por sí y ante sí, del proceso, de la acción pública y de la acción privada, como lo hace entre nosotros, al desistirse de la acción penal con efectos de *sentencia absolutoria, ejecutoriada*.

Hemos llegado al punto neurálgico de nuestro estudio, a la cuestión batallona, en la que se esgrime este argumento Aquiles: el amparo, como medio de impugnación contra actos del ministerio público, que es parte en el proceso penal, no puede ser el control externo de la institución, porque se entregaría a los jueces federales el ejercicio de la acción pública, lo cual peca contra el sistema acusatorio instituido por el artículo 21 constitucional.

El argumento Aquiles tiene, a no dudarlo, su talón vulnerable. Todo cuanto hemos dicho en forma analítica nos releva de insistir en detalle para herir de muerte a tan batallador como deleznable y especioso argumento, el que, puede descomponerse en las tres siguientes cuestiones: a) El ministerio público es parte en juicio y no procede el amparo sino contra actos de autoridad; b) la Corte Suprema no puede ser el ansiado órgano de control externo del no ejercicio de la acción penal; porque, en último término sería un juez el que obligara al acusador a ejercitar dicha acción; c) la parte civil no tiene derecho a pedir el amparo porque so pretexto de velar por sus intereses patrimoniales, privados, manipularía la acción penal que corresponde al ministerio público.

a) La primera cuestión sobre el ministerio público es *parte*⁴⁴ en el juicio y *no autoridad*, nos ha parecido siempre un *escamoteo de palabras indigno de juristas*, que lo mismo sirve para negar el amparo contra los actos del ministerio público, que para concederlo, según convenga que sea parte o autoridad. Nuestra jurisprudencia ha elucubrado un concepto de *parte* respecto del ministerio público, que por sus mismas palabras le está negando esa calidad. Se dice que es parte formal, *parte*

41 *El procedimiento penal mexicano*.

42 *Op. cit.*

43 *Trayectoria del derecho penal contemporáneo*. Pág. 196.

44 TOLOMEI dice: Según nuestra opinión, *de lege ferenda*, debería quitarse al ministerio público el carácter de parte; *I principii fondamentali del processo penale*. Pág. 99.

*pública, parte social, cuasi parte o parte "sui generis".*⁴⁵ Para que sea parte en el juicio penal, cuando proceda por vía de acción, le falta el atributo, esencial a la acción pública que representa el ministerio público y que es el interés en el obrar, la *legitimidad* y la *titularidad de ese interés* que CHIOVENDA⁴⁶ llama elemento específico de la acción.

Y no se diga que en la acción pública se contiene *el interés público* como atributo específico, pues ya anteriormente tuvimos que encarnarnos con la tautología a que se llega al sostener que el interés público es un interés desinteresado. Es que la acción pública y el órgano agente de su representación llevan en su esencia y en su ser el desinterés de que se aplique la ley exactamente con los caracteres de una exigencia punitiva. Y esa actividad nunca es la de una *parte* sino la del funcionario que, en la órbita del proceso, es un *funcionario* y una *autoridad* que en su *función de pedir y obrar puede violar garantías individuales* porque no es infalible. Y si para los efectos de la Ley de Amparo, se considera a la *autoridad responsable como parte*, "no por ello se puede concluir que la ley quiera que dicha autoridad responsable pierda su carácter de tal y se convierta en particular". *Parte en juicio y autoridad no son incompatibles; parte en juicio y particular no son sinónimos*, ha dicho en forma relevante OCTAVIO MEDELLÍN OSTOS.⁴⁷ Agrega éste, que las actividades del ministerio público tienen dos aspectos: "actos que por sí no son definitivos para crear o decidir una situación de derecho —y aquí se acerca a la actividad del particular— y que necesitan la decisión del juez para que la situación de derecho se cree; y *actos que por sí solos* crean una situación jurídica (tal como el desistimiento de la acción penal que estamos estudiando) y este es el caso típico del acto de autoridad. Que contra los primeros no se acepte el amparo, no importa; porque ni benefician ni perjudican a los particulares, puesto que requieren la intervención del juez para crear o extinguir una situación de derecho. Pero contra los segundos (*desistimiento de la acción*) el amparo es indiscutiblemente procedente".

45 También el ministerio público es *parte*, pero *parte sui generis*, en cuanto su función es desinteresada, objetiva, informada exclusivamente en criterios de verdad y de protección y su posición procesal no es igual a la del imputado, sino preeminente. MANZINI, *Istituzioni di procedura penale*. Padova, 1931. Pág. 20.

46 *Op. cit*

47 Citado por J. V. CASTRO, *Funciones y disfunciones del ministerio público en Méx.* Pág. 32.

b) En cuanto a la segunda cuestión o sea que la Corte Suprema no puede ser el órgano externo de control del no ejercicio de la acción penal porque sería tanto como entregarla de nuevo en manos de un juez, debemos hacer un distingo de gran importancia y muy digno de tenerse en consideración. El amparo no puede ser control externo de revisión de los actos del ministerio público en aquellos casos que, ya en la iniciación de la acción o en el curso del proceso, la abstención, el desistimiento o la no acusación, sólo afectan intereses públicos que pueden turbar la conciencia social. En este caso, no hay parte agraviada por lesión de los derechos y garantías individuales. En cambio, el amparo sí es un control mínimo externo, cuando el desistimiento, la abstención o no acusación del ministerio público, lesiona los derechos de una víctima implorante como parte agraviada, que tiene y debe tener todo derecho, para hacerlos valer por medio del juicio de garantías.

En el primer caso, el no ejercicio de la acción necesita del órgano interno del Procurador y necesita del externo, que en el caso no sería el amparo, especialmente para obligar al ministerio público a seguir el proceso para la imposición de los sanciones penales y pecuniarias, precisamente en aquellos casos en que las víctimas no tienen voluntad de exigir la reparación del daño en que no aparece parte agraviada, pues entonces obra el ministerio público de acuerdo con la ley (principio de legalidad) como un *substituto procesal* bien definido. (Art. 35 del Código Penal del D. F.)

c) Pero el punto más especioso de la cuestión que analizamos, es aquel que trata de poner de resalta la confusión del ministerio público y la del juez en una misma actividad si, como se pretende, por medio del amparo es la Corte Suprema la que puede obligar al ministerio público, bien a no abstenerse de investigar y de iniciar un proceso, o ya constriéndolo a cumplir con su deber de acuerdo con la ley, continuando un proceso.

Es la Corte Suprema, a no dudar, un juez que representa desde luego, la más alta jurisdicción del país; pero no es un tribunal de justicia común, que por medio de su arbitrio, valora acciones, pruebas y personas para aplicar las leyes con el conocimiento *inmediato* de los hechos que acontecieron en su jurisdicción. Es en cambio, la Corte Suprema, un *tribunal de garantías constitucionales* que, dejando aparte y respetando la soberanía de los jueces del orden común de cada Entidad Federativa, en la estimación legal de la acción y la apreciación de las pruebas,

solamente juzga a través del amparo, si con motivo de los actos de autoridad, sea ésta judicial, legislativa o administrativa, se han conculcado o no los derechos del hombre garantizados por la Constitución, amparando o negando esa protección en cada caso concreto.

Por eso es que el Poder Judicial que representa la Corte Suprema, además de ser un tribunal de garantías, es fundamentalmente un poder regulador que en su funcionamiento tiene el cometido de limitar a los demás poderes, mediante el noble y generoso juicio de garantías constitucionales, y proteger y amparar al hombre y al ciudadano en la individuación de una persona humana agraviada contra las *leyes o actos de toda autoridad* que vulnere o restrinja esos derechos públicos subjetivos. Este poder del amparo, no es *poder derogatorio de leyes*, sino el que anula en casos concretos, el acto materia de la queja, sin hacer declaraciones generales de inconstitucionalidad, lo que corresponde al poder que formula la ley, quien se ve obligado a derogarla, ante la evidencia de la verdad legal, mostrada por el poder que la aplica, en la actuación de un caso concreto, “a golpes de jurisprudencia”, como dice RABASA. La Corte Suprema es un tribunal de garantías que se autolimita y limita a los otros poderes. Como tribunal de garantías, no es una tercera instancia para *rever* las sentencias sustituyéndose y suplantando a los jueces naturales: “El amparo, dice VALLARTA,⁴⁸ juzga de la *constitucionalidad* de los actos de las *autoridades*, no de la *injusticia* de esos mismos actos...” “Si bien el juez federal juzgará de los procedimientos de un juez común cuando éstos violen una *garantía individual, nada tendrá qué hacer* cuando este mismo juez obre con injusticia, falte a sus deberes, se deje cohechar, etc., etc.;... Nosotros, pues, no sólo proclamamos el principio de que el amparo no fué instituido *para entorpecer* el curso de la justicia, ni para establecer la anarquía en los procedimientos judiciales, y aun en el orden jerárquico de la Magistratura, ni para subvertir todo orden y toda ley, sino que lo practicamos, dándole vida en nuestras mismas leyes, señalando el límite hasta donde la justicia federal puede llegar, amparando garantías, y límite que respeta el ancho campo en que se ejerce la jurisdicción ordinaria”.

¿Se podría pedir mayor autoridad para dejar sentado definitivamente que el juez federal, que conoce de la constitucionalidad de los

48 *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*. Pág. 289.

actos de toda autoridad, no es el juez del proceso que **decide** sobre la justicia o injusticia en el cual **forma** parte activa el **ministerio público**? Se dirá que el suplir la deficiencia de la queja en el **amparo penal** es una aplicación del principio de la investigación de la **verdad real**, material o histórica; pero esta institución no tiene en verdad una aplicación en la sustancia del proceso penal, sino sólo en cuanto el juez federal se sustituye al agraviado, para hacer valer exclusivamente la realidad jurídica generadora de una violación de garantías, que por **torpeza**, el defensor del acusado deje de hacer valer en la demanda propuesta, al entablar el juicio de amparo.

Si como queda demostrado, la Corte Suprema, es un poder de control de las garantías constitucionales susceptibles de violarse por toda autoridad supuesta responsable, asegurando así la **unidad jurisdiccional** sobre todos los demás poderes, solamente un **simplicismo ajurídico**, o una tendencia a *outrance* de conservar la **omnipotencia actual** del **ministerio público**, podrá continuar sosteniendo que el juez del amparo de garantías, al controlar los actos del **ministerio público** como los de cualquiera otra autoridad, reúne las funciones de acusador y de juez en el proceso penal, con detrimento del sistema acusatorio, lo cual **FRANCO SODI** no lo estima como argumento de buena fe.

Y no puede serlo, toda vez que el efecto del amparo contra actos por omisión del **ministerio público**, en su función procesal, no es el de que el juez federal lo obligue a acusar, fijándole hasta la clasificación del delito, modalidades y aún la pena aplicable, toda vez que la concesión del amparo sólo significa: que por medio de un *juicio concentrado de anulación*, como es el amparo, se invalida el acto reclamado por inconstitucionalidad y esta anulación no trae como consecuencia inmediata el obligar al **ministerio público** a que obre en determinada forma, pues esto podrá ser, en todo caso, una consecuencia mediata, según su criterio, para seguir en su actividad procesal, un camino diverso del inicial que le ha sido cerrado, por violatorio de la Constitución. Y esto, que es el A, B, C, del juicio de garantías no reclama mayor insistencia.⁴⁹

d) La postrera cuestión del **aquiliano** argumento, completa el cuadro de falacias esgrimidas por los sostenedores de la **subrepticia jurisprudencia** de la Corte Suprema, que se traduce en una perfecta **dene-gación de justicia**, al declarar improcedente la demanda de amparo de

49 Véase: **MATOS ESCOBEDO** en *Criminalia*, año VII, núm. 2, Pág. 66 y siguientes.

las víctimas del delito, como ya lo hemos considerado antes. A pretexto de los intereses patrimoniales, privados, se dice, la parte civil o coadyuvante, pretende manejar la acción pública y al ministerio público. Para evitarlo se depositaron en éste ambas acciones, y a fin de lograrlo, se le puso el nombre de *pena pública* a la acción civil proveniente del ámbito del delito. De allí en más será el Representante Social quien tenga que cargar en sus espaldas con el interés privado y con la acción pública. Repetimos que este sistema no es nuevo y fué ensayado en Italia y derogado más tarde por el Código vigente que volvió al sistema de la Parte Civil.

C A P Í T U L O I I I

La Acción Penal y la Reparación del daño en el Código vigente

A).—Actividades del ministerio público inconciliables con su facultad procesal constitucional.

Los autores de los Códigos penales del 31 motivan su creación legislativa sobre la reparación del daño, en forma que no deja lugar a dudas respecto de su preocupación grandemente atendible y justificada, al observar que la sanción de reparación civil, tan importante por su fuerza preventiva del delito, no se imponía, ni se hacía efectiva por circunstancias idiosincráticas de una conciencia colectiva que estimaba fuera del comercio la económica valoración del honor, de la reputación, el dolor, en suma, porque no arraigaba la cuantificación del daño moral en nuestro medio mexicano. De las tres formas que contiene la acción civil proveniente del delito, *restitución*, *reparación* e *indemnización*, el *an debetur* y el *quantum debetur*, si se debe, lo que se debe y cuánto se debe; muy contados fueron los casos en que, conforme al Código de Martínez de Castro, se llegaron a hacer efectivas las acciones civiles.

El legislador de 31 que logró introducir, entre muchas otras instituciones modernas, la *condena condicional*, exigió, en el artículo 90 del Código Penal, la garantía de pago de la reparación como uno de los requisitos para su otorgamiento, y por ello hemos visto aumentar el número de casos en que se hizo efectiva la reparación del daño y esto es sin duda un éxito.

Por otra parte, la conciencia social en este punto, ha cambiado, a la par de las necesidades de una época *un tanto materialista*; hoy son muy pocas las víctimas que renuncian a la reparación. Pero el ministerio público encargado o titular de la acción respectiva no siempre rinde las pruebas sobre el monto y existencia del daño y frecuentemente hemos hecho notar que, si bien en las sentencias se condena a penas corporales mayores de dos años, se absuelve al reo de la reparación por falta de pruebas, y esto es grave, porque una sentencia que absuelve del pago del daño, impide, como cosa juzgada *erga omnes*, llevar esa acción civil a la jurisprudencia respectiva. El remedio está en dejar expeditos sus derechos a las víctimas cuando quieran hacerlos efectivos por sí mismas.⁵⁰

B).—Acción que compete a la víctima y al ministerio público sólo como sustituto procesal.

Lo que hemos dicho sobre la interdependencia y colaboración de las dos acciones mellizas, nos permite pensar que la reparación del daño, no obstante ser una sanción privada, tiene como se dijo, un *substractum* de derecho público por su origen, esto indica que el Estado y la sociedad tienen interés en que se apliquen todas las sanciones y no pueden consentir en el abandono de las civiles. Y si por otra parte, hemos sostenido que el dañado, aún no constituyéndose en parte civil, es un "litis consorte voluntario del ministerio público", al decir de MORTARA,⁵¹ debemos concluir estimando, que, cuando la víctima no tenga esa voluntad de litigar ni acepte la reparación, entonces, y sólo entonces el ministerio público, como un sustituto *procesal*, tiene derecho a exigir la relativa al daño en beneficio del Estado que tiene inmensas necesidades económicas que cumplir en sus fines de salubridad y de asistencia social. (Artículo 35 del Código Penal vigente).

C).—Necesidad de un órgano de control externo.

Conciliando así los fines de ambas sanciones, se impide por una parte, que se niegue a las víctimas del delito su intervención plenaria en el proceso penal, pues negarles esa intervención, no va de acuerdo

50 Véase mi estudio: *La reparación del daño*, Revista Mexicana de Derecho Penal, febrero de 1934.

51 FLORIÁN, *op. cit.*, pág. 25. En el mismo sentido véase MASSARI, *Lineamenti del proceso penale italiano*, 1ª parte, XIII-6.

ni con la Constitución que protege los derechos patrimoniales, ni con las mismas disposiciones penales (*ope legis*) que, por una parte, les conceden derecho de allegar pruebas en el proceso y el de apelar de las resoluciones que afecten sus intereses; derechos que la Ley de Amparo garantiza en sus artículos 5º y 10 y cuya efectiva y racional observancia requiere una interpretación más objetiva de la Corte Suprema de Justicia, que armonice con la ley y la doctrina señalada.

De una vez por todas diremos, que cuantos sean los medios legislativos y jurisprudenciales para atemperar, suavizar, y aun impedir los excesos vengativos de las víctimas, son necesarios y laudables; mas esto no autoriza la eliminación de la parte civil, fruto de un abolicionismo inconsulto e indocto que abre las puertas de la acción directa, de la autodefensa, por un estado de necesidad que inútilmente se crea, y conduce al primitivismo de la justicia, a la venganza privada y al talión, precisamente a lo contrario de lo que se proponen los abolicionistas de la parte civil, que pretenden eliminar del proceso los intereses sagrados de las víctimas, olvidando, que el hombre tiene pasiones que sólo se dominan y canalizan sus efectos aceptándolas como una realidad fuente de la vida y no suprimiéndolas, despreciándolas, o ignorándolas.

La alta autoridad de VALLARTA, nos mueve a transcribir áureas palabras que fijan su pensamiento en esta materia. Después de enaltecer al ministerio público como un *opinante social significado*, representante nato de la Nación y el Estado, agrega: “Pero esa intervención debe limitarse a sostener el interés público, *sin sojuzgar al individual de que en el amparo se trata*... así como es en mi sentir inconstitucional, absurdo, seguir de oficio un juicio en que ha desaparecido *la parte* y no entendiéndose más que con el promotor fiscal, *que nunca puede* asumir la representación de ésta, así es también en mi concepto injusto, inicuo, que en el amparo se niegue la audiencia a quien tenga *interés legítimo* en contradecirlo; *al acusador* en los negocios criminales; al acreedor o tercer interesado en los negocios civiles”. “El que persigue a un acusado ejercitando una acción legítima, tiene ese derecho no sólo en el juicio criminal, sino en todos aquellos en que se trate de dejar sin efecto esa acción, como sucede en el amparo”, etc.⁵²

En las palabras de VALLARTA cobran su imperio los principios eternos de *igualdad de las partes y del contradictorio en el proceso*, y

52 Op. cit. Págs. 161 y 162.

por ende es *él quien me sugiere la intransmutabilidad de las esencias procesales*.

La procedencia del amparo de garantías, contra actos del ministerio público en el proceso penal, actos que crean situaciones jurídicas sobre el patrimonio de las víctimas, la hemos visto de modo evidente; cualesquiera que ellas sean: desistimientos, no acusación, etc., etc. Mas, es indispensable negar el amparo, siempre que se trate de actos pura y simplemente públicos penales, como son el grado de responsabilidad y el monto de la pena de acuerdo con las reglas del arbitrio judicial y el valor de las pruebas rendidas; porque ya lo hemos dicho y no nos cansaremos de repetirlo: el juicio de amparo sólo juzga de la inconstitucionalidad de un acto y no de la injusticia del mismo, apreciado y apreciable sólo por la recta conciencia del juez, cuya soberanía debe ser respetada siempre como un *desideratum* de la justicia federal.

Desde todo punto de vista, el caso de mayor importancia, es la consideración de la procedencia del juicio constitucional de garantías, contra los actos del ministerio público en el período *pre-procesal*, o de *inquisición de los hechos* en la investigación previa practicada por él y la policía judicial. ¿El querellante, el denunciante, la víctima, en los casos de persecución de parte o de oficio, pueden ocurrir al amparo por la negativa del ministerio público a consignar el caso ante la autoridad judicial?

Aquí es donde en auxilio de las víctimas tenemos que llamar al sacratísimo principio, invocado constantemente como un numen: *el principio del sistema acusatorio*, invocado precisamente para defender y fundamentar, ¡quién lo creyera! los escandalosos desistimientos de la acción penal por parte del ministerio público y que han servido para dejar impunes numerosos crímenes en toda la República...

Ni el sistema acusatorio, ni el inquisitorio existen en forma absoluta en ninguna legislación moderna. El procedimiento inquisitivo fué superado por el sistema acusatorio; pero no abolido. Ni el juez ni el ministerio público han dejado del todo la inquisición del hecho delictuoso, para cerciorarse de la verdad real por la *inmediación* personal, dentro de sus respectivos poderes autónomos. El sistema acusatorio, dejó hace tiempo de ser un principio absoluto para convertirse en sistema de síntesis, o mixto.

Volviendo a ese período pre-procesal de investigaciones previas de la policía judicial y el ministerio público, cabe preguntarse: ¿cons-

tituyen un sistema inquisitorio o acusatorio? ¿Esa confesión judicial que estima como plena el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, cuando se hace ante el ministerio público y la policía judicial, es procedimiento acusatorio o inquisitorio? Y contestamos: la función judicial del ministerio público es *inquirente* y *requiriente*, ya lo hemos demostrado; inquiera los hechos y requiere la ley para presentar su tesis de ejercicio de la acción ante el juez o de no ejercicio ante los órganos de control del Estado, cuando no se llenan los requisitos constitutivos de la misma, los presupuestos procesales, ni las condiciones de procedibilidad o punibilidad contenidas en los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, que constituyen una garantía individual *lato sensu* para el acusado y también para la víctima *a contrario sensu*.

La Constitución, en dichos preceptos, contiene una exigencia punitiva de la ley para consignar los hechos delictuosos a un juez; y contienen también en concomitancia, una *pretensión punitiva* por parte de la víctima del delito, para pedir la consignación en vía de acción de resarcimiento del daño.

Es el principio de legalidad el que impera y prevalece sobre el principio de oportunidad, o de discrecionalidad, sin que este principio sea del todo anulado sino tan sólo atemperado, puesto que queda a la discreción y rectitud del Representante Social, la apreciación de los presupuestos y condiciones de procedibilidad y punibilidad; y es precisamente, contra la determinación de no investigar, o de no consignar que se han propuesto órganos estatales diversos de control, ya sea el interno jerárquico del ministerio público, o el externo según la legislación que se considere; ya para garantizar la paz jurídica y social turbada por el delito o bien, creando medios de impugnación en favor de los intereses de las víctimas (derechos civiles), aun cuando indisolublemente unidos al interés público en la forma como lo hemos considerado con anterioridad (por estar en función una sanción respecto de la otra).

Ese medio externo de impugnación para controlar la inactividad del ministerio público, agotado el medio interno jerárquico del Procurador, es el juicio de garantías como ya vimos que lo estableció el artículo 26 de la Ley Orgánica del Fuero Común de 1919, prístina y llana interpretación del legislador, sobre el alcance del artículo 21 constitucional; ley que no por haber sido derogada, deja de ser un antecedente y explicación de los artículos 5º y 10 de la Ley de Amparo vigente, que

otorgan el mismo derecho a las víctimas del delito; sin que pueda caber duda alguna, de que el ministerio público no sea parte, toda vez que, este funcionario, en el período pre-procesal sólo obra como autoridad, respetabilísima, y responsable de todos sus actos, hasta para los efectos del amparo.

El poder siempre creciente, pujante y prepotente del ministerio público, se encuentra cuando procede por vía de acción pública representando a la Sociedad; o representando al Estado en sus derechos patrimoniales; bien representando a los débiles, ausentes o desamparados, menores, incapacitados, tanto en juicio como fuera de él, en función de salubridad y asistencia; todo lo cual ha movido a un joven jurista⁵³ a considerarlo como nuevo Argos de moderna mitología, que todo lo ve y en todo interviene como alma de los intereses generales más altos de la Sociedad.

MONTESQUIEU enseñó que todo poder tiende al abuso y que menester es limitarlo. Así fundó su doctrina de positiva realidad. Nuestro sistema constitucional es un trasunto de ese principio de limitación de poderes que se realiza entre nosotros por medio de la supremacía judicial y que se resume finalmente en la supremacía de la Constitución, como lo dijo un gran Magistrado mexicano en frase insuperable:⁵⁴ "Sobre la Constitución, nada; sobre la Constitución, nadie".

S I N T E S I S :

El artículo 21 de la Constitución contiene una doble garantía procesal: la de que el juez no se convierta nunca en perseguidor de delitos; pero también, que el ministerio público, jamás pueda transformarse en juez, abandonando la acción penal contra los principios de legalidad, inmutabilidad del objeto del proceso, o sea, la irrevocabilidad o irretractabilidad de la acción penal obligando a los sujetos procesales, a esperar a que se pronuncie una resolución judicial que tiene por naturaleza el ser impugnabile o recurrible. Las funciones del juez y del ministerio público son, por esencia, intransmutables.

53 JUVENTINO V. CASTRO. *Op. cit.*

54 PARADA GAY, *Breve Reseña Histórica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Pág. 61.

En consecuencia, son inconstitucionales todas las disposiciones legales que autorizan el desistimiento de la acción penal por parte del ministerio público, y los sobreseimientos que en dicho acto se fundan y a los que se da efectos de sentencias absolutorias ejecutoriadas porque sólo el juez posee la función decisoria, que es función de soberanía y que le corresponde con exclusión de cualquiera otra autoridad.

El juez, el ministerio público, la parte civil y la defensa, son sujetos ineludibles en la relación procesal, y sus poderes autónomos, propios, y característicos, deben fijarse y respetarse, delimitando sus campos de acción respectivos. El abolicionismo del ministerio público, y el abolicionismo de la parte civil, no tienen fundamento ni en la Constitución, ni en las leyes procesales, ni en la doctrina.

Los derechos patrimoniales de la víctima del delito, están ampliamente protegidos en las legislaciones penales del país, que adoptaron el sistema de los Códigos Penal y de Procedimientos de 1931 para el D. F., puesto que permite en el artículo 9º de la ley adjetiva, la constitución de “parte ofendida” para poner a disposición del ministerio público y del juez todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño; y aun le concede el derecho de apelar de las resoluciones que afecten sus derechos patrimoniales conforme al artículo 417, pudiendo continuar la apelación personalmente y ocurrir, por último, al juicio de garantías conforme a los artículos 5º y 10 de la Ley Reglamentaria del Amparo.

El artículo 29 del Código Penal dispone que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño; esta última *sanción de reparación tiene* el carácter de *pena o sanción pública*; y, conforme al artículo 34 debe exigirse de oficio por el ministerio público; pero de acuerdo con el artículo 35 del mismo Ordenamiento, el importe de la reparación se aplicará a la *parte ofendida*, y sólo en el caso de que esta parte renunciare a dicha reparación se aplicará al Estado.

De todas las disposiciones citadas con anterioridad se desprende que la preocupación palpitante del legislador del 31 fué la de hacer efectivas las sanciones penales y las civiles provenientes del delito. Para ello, entregó al ministerio público la facultad de demandar la sanción de resarcimiento como *pena, o mejor dicho como sanción pública*, considerando, seguramente, que la acción de reparación no obstante ser de *esencia privada, contiene*, un fuerte *abstractum* de derecho público, que obliga al Estado y a la sociedad a exigir, por medio de sus órga-

nos, su imposición, ya que, muchas veces, tiene mayor fuerza preventiva del delito que las mismas penas corporales; pero jamás quiso desnaturalizar su esencia civil privatística.

Al elevar a la categoría de sanción pública la reparación del daño, nunca pretendió el legislador del 31, quitarle su personalidad de *parte ofendida* en el proceso penal, a la víctima del delito, ni mucho menos pretendió desposeerla de sus derechos patrimoniales; y si puso en las manos del ministerio público, las dos acciones, la penal y la de reparación, lo hizo considerando a éste tan sólo como un *substituto procesal* que tiene *facultades de promovilidad*, mas no derechos de propiedad, ya que sólo puede aplicarse al Estado el importe de la reparación del daño por renuncia expresa de la víctima.

La parte civil o parte ofendida, tiene expeditos sus derechos, *ope legis*, para pedir amparo en contra de actos u omisiones del ministerio público que crean situaciones jurídicas que afecten sus intereses, ya sea dentro del proceso penal, o en los casos en que se niegue a consignar o a investigar los hechos delictuosos denunciados por querrela, o que deban perseguirse de oficio; siempre y cuando se llenen los presupuestos procesales y condiciones de procedibilidad y punibilidad, que se contienen en los artículos 16 y 19 de la Constitución, como una *exigencia* de la suprema ley y como pretensión *punitiva de las víctimas*.

El ministerio público, *no es parte sustancial* en el proceso porque le falta el interés en el obrar; y si es parte pública, cuasi parte, parte formal, o parte *sui generis*, son estos nombres, palabras que indican la negación del concepto de parte sustancial, precisamente porque, el interés público de que se aplique exactamente la ley, lo caracteriza como un sujeto desinteresado en el proceso, como un funcionario y como una *autoridad* respetada y respetable, que no pudiendo ser infalible en su actividad, como responsable de sus actos, está sujeto a la unidad jurisdiccional de la Corte Suprema cuando viole garantías individuales protegidas por nuestra Carta Fundamental.

Solamente una equivocada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicho sea con todo respeto, ha podido anular los derechos de la parte civil o parte ofendida, en muchos casos, fundándose en leyes secundarias inconstitucionales, o interpretando indebidamente las leyes penales; constituyendo una verdadera denegación de justicia, al impedir a las víctimas o a sus causahabientes el ejercicio de los derechos patrimoniales que, aun no constituidos en parte civil conforme al Código Penal de 71, procede su constitución como coadyuvante, parte ofendida

o litisconsorte del ministerio público, de acuerdo con el Código Penal del 31 como lo tenemos demostrado.

Si como se sostiene generalmente son muy pocas las víctimas del delito que hacen valer sus derechos como parte civil o parte ofendida, debemos creer que el número de juicios a que dé lugar la procedencia del amparo en esta materia no aumentará considerablemente; pero si así no fuese, tendremos que estimar certera la frase de un Ministro de la Suprema Corte (don Fernando de la Fuente), cuando dice que nunca podremos saber a punto fijo, qué sea mayor en nuestro medio: si el abuso del amparo o el abuso de las autoridades responsables.

Y si el ministerio público por una parte, puede desistirse del proceso en cualquier tiempo y por otra, el juez no convalida personalmente las llamadas confesiones judiciales hechas ante la policía judicial, el ministerio público puede sacar arbitrariamente de la cárcel al hombre más criminal, o poner en presidio al más santo de los hombres, tan sólo con arrancarle con violencia su confesión. El ministerio público, tal como lo vemos funcionar actualmente, es un poder inquietante para las libertades civiles y públicas. En un régimen arbitrario saldrían sobrando los jueces en México, aun los civiles; bastaría con el ministerio público para administrar justicia; porque si el ministerio público tiene en sus manos la honra, la libertad y la vida de los ciudadanos, con más razón tiene su patrimonio.

Para evitar tal hipertrofia de las funciones del ministerio público es menester de *lege ferenda*, crear un órgano de *control externo* de la institución, que, además del amparo, pueda opinar y resolver libre e independientemente sobre el ejercicio o el abandono de las acciones penales, poniendo en colaboración a ciertas y determinadas autoridades u órganos del Estado, con función revisora y medios de impugnación de esos actos, como se practica en otros países. De no hacerlo así seguiremos en presencia de un caso de supremacía del Ejecutivo en vez de supremacía judicial y la supremacía del Ejecutivo es, como dice RABASA, la definición más corta y más cabal de la dictadura.

LIC. TEÓFILO OLEA Y LEYVA,
Ministro de la Sala Penal de la
Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Art. 21 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual

estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días. Si el infractor fuese jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana".