

considerada por algunos autores como elemento del delito, otros la estiman consecuencia del delito. En breve disgresión se sostiene que es indebido hablar de elementos del delito, como si éste se integrase con partes al modo de un ácido, una sal o cualquier compuesto químico. Los decantados "elementos" no son otra cosa que "condiciones de lo que en teoría del Derecho es el supuesto jurídico".

Villareal Moro recuerda a continuación la estructura de la norma del Derecho, que entraña un juicio hipotético: "Si A es (supuesto), debe ser B (consecuencia normativa)", gráfica bien distinta de la ley de la naturaleza: "Si A es tiene que ser o muy probablemente será B".

Es interesante observar la opinión del autor, cuando manifiesta, que en el caso del orden penal "no sólo se requiere de las condiciones que la dogmática más aceptada pudiera exigir respecto de su supuesto —el delito— del que sostiene que es una conducta típicamente antijurídica y culpable, pues para que existan únicamente dichos caracteres, se requiere, de modo necesario, el proceso jurisdiccional que resulta creador de dichas condiciones".

A través de un procedimiento penal, y por medio de la punibilidad, es como se crea un delito.

Las mismas ideas son aplicadas a la antijuridicidad. Se comienza por señalar que esta última expresión es inadecuada: no hay conducta antijurídica; la conducta humana sólo puede guardar tres relaciones respecto a la norma jurídica: de actividad en el derecho subjetivo, de sumisión en el deber jurídico y de indiferencia en la esfera de la libertad. Dice el autor: "Si nos preguntamos cómo, o bajo qué condiciones, es que existe un acto antijurídico —delito—, tendremos que concluir que el mismo se constituye en la sentencia judicial firme . . . El fallo jurisdiccional . . . origina no sólo al acto antijurídico, sino la propia responsabilidad criminal."

Por demás está decir que la tesis contenida en este trabajo es sumamente discutible.—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

DERECHO PROCESAL

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Exposición, por un profesor continental europeo, de un curso angloamericano sobre evidencia*. "Revista de Derecho Puertorriqueño", año VI, núm. 23, enero-marzo de 1967, pp. 243-267. Ponce, Puerto Rico.

Como en todos sus trabajos, el distinguido procesalista español analiza con profundidad, claridad y erudición el difícil tema de la posibilidad de exponer un curso angloamericano sobre materia probatoria, desde el punto de vista continental europeo, que el mismo jurista desarrolló durante su fructífera estancia en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Puerto Rico.

Dicho país está regido por un ordenamiento jurídico en el cual se dan encuentro la tradición española, de filiación continental, con las orientaciones angloamericanas, y por ello resulta fructífero el examen de los puntos de contacto de estas dos grandes corrientes jurídicas de nuestra época (una tercera sería la socialista), que son mayores que los que a primera vista pudiera advertirse.

En primer término se pone de relieve que una de las dificultades, aunque no insuperable, para el análisis comparativo de estos dos sistemas, es el de carácter terminológico —aunque también se presenta dentro de las variantes de los diversos ordenamientos continentales— ya que existen instituciones que no pueden traducirse literalmente, y éste es el caso de lo que se ha denominado “evidencia” en el derecho puertorriqueño, como una versión literal de *evidence*, que equivale a prueba, ya que el primer nombre da lugar a confusiones. Se trata en realidad de derecho probatorio.

Señala el autor con gran agudeza varios aspectos que tradicionalmente se han considerado rasgos distintivos del sistema angloamericano, pero que en realidad no son tan diversos de los del continental, como ocurre con el predominio del derecho consuetudinario (*common law*) sobre el legislado, pues debe tomarse en consideración que en la actualidad, debido al arrollador expansionismo del Estado, la legislación es cada vez más abundante en los regímenes angloamericanos, aproximándose así al propio derecho continental; tampoco el jurado puede considerarse actualmente con un aspecto de diferenciación ostensible entre ambos sistemas, pues además de que también se ha implantado, en cierta época, en los derechos continentales, tiende a disminuir en los países de *common law*, en los que se ha limitado y casi suprimido en materia civil y tiende a restringirse en lo penal; y lo mismo puede decirse de la obligatoriedad de la jurisprudencia; de las facultades de los tribunales para legislar en materia procesal, etcétera, e inclusive el sistema de enseñanza, que sigue el *case method* en Estados Unidos y el conceptualismo en los países continentales, no es tan radical como se supone, pues con independencia de los inconvenientes de los extremos de ambos puntos de vista, se han combinado en la práctica.

Se pone, pues, de relieve que las divergencias entre el *common law* y *civil law* no son irreductibles, así como que la utilización de casos prácticos no lo han ignorado los cultivadores del método sistemático, de manera que un curso sobre “evidencia” o derecho probatorio desde el ángulo del derecho continental resulta perfectamente viable respecto del derecho puertorriqueño, y en efecto, así ocurrió, como lo anota el profesor Alcalá-Zamora en el colofón de su excelente estudio comparativo, al cual acompaña, como anexo, el programa que siguió para el citado curso sobre “evidencia”.—Héctor Fix ZAMUDIO.

BENNET, Dale E. *The 1966 Code of Criminal Procedure*. “Louisiana Law Review”, vol. 27, núm. 2, febrero, 1967, pp. 175-230. Baton Rouge (Louisiana), E.U.A.

Expresando la necesidad presente de que las normas que regulan el procedimiento sean expuestas de la manera más clara posible para que por ese medio y a través de la flexibilidad de las propias normas, se encuentre el juzgador en posibilidad de adecuarlas a los casos concretos, hace el autor un comentario en torno al Código de Procedimientos Penales de 1966, de Louisiana, refiriéndose a las normas que han aportado variantes a la situación preexistente.

Los títulos del Código indicado son los siguientes: Título I, Disposiciones preliminares y competencia general de los Tribunales; Título II, Procurador

General de Justicia y Agentes del Ministerio Público; Título iii, Médico Forense y otros funcionarios de la investigación; Título iv, Órdenes de cateo; Título v, Apreensión; Título vi, Extradición; Título vii, Interrogatorio preliminar; Título viii, Fianza; Título ix, "Habeas Corpus"; Título x, Instrucción criminal; Título xi, Capacidad y selección del Gran Jurado y Pequeño Jurado; Título xii, El Gran Jurado; Título xiii, Acusación e información; Título xiv, Derecho a la defensa; Título xv, Pedimento de anulación; Título xvi, Acusación y alegato en defensa; Título xvii, Términos legales; Título xviii, Pedimento de "Double Jeopardy"; Título xix, Jurisdicción y competencia; Título xx, Traslado de jurisdicción; Título xxi, Procedimiento para el caso de insanidad mental; Título xxii, Recusación a Jueces y Agentes del Ministerio Público; Título xxiii, Sobreseimiento del proceso; Título xxiv, Procedimiento anterior al Juicio; Título xxv, Proceso obligatorio; Título xxvi, Procedimiento en el juicio; Título xxvii, Comparecencia del acusado; Título xxviii, Excepciones; Título xxix, Pedimento de nuevo Juicio y Pedimento de detención del fallo; Título xxx, Sentencia; Título xxxi, Apelación.—Gustavo MALO CAMACHO.

BETTIOL, Giuseppe. *Noções sobre processo penal italiano*. "Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais", 2, julio-diciembre de 1966, pp. 11-25. Baurú, São Paulo, Brasil.

No obstante el título que ostenta, este trabajo no alude en concreto al Derecho procesal penal italiano, sino a temas generales de alcance universal, como son las relaciones que median entre proceso penal, por una parte, y cultura, filosofía y Estado de Derecho, por la otra.

Señala el distinguido profesor Bettiol que rara vez el régimen procesal es producto de una sola dirección de pensamiento; en su determinación intervienen, más bien, encontrados factores, que han de conciliarse para dar lugar, a lo sumo, a una determinada tendencia prevaleciente en el sistema procesal. Esta situación de compromiso se vuelve tanto más necesaria en la medida en que es mayor la intervención de la opinión pública, a través del Parlamento, en el proceso legislativo y, en definitiva, en la medida en que es mayor el ingrediente democrático en el procedimiento penal. Esta cuestión no se suscitaba bajo el imperio del autoritarismo.

El proceso penal es lugar de encuentro entre el interés y los derechos individuales y el interés y los derechos colectivos. De ahí que el proceso penal —cuyos principios se encuentran constitucionalmente formulados— sea una de las más típicas expresiones del grado de civilización alcanzado por un pueblo: civilización y proceso son términos correlativos. De ahí, también, que el proceso deba ser estudiado en conexión con la política y con la cultura, y no solamente con base en postulados lógico-formales. El conceptualismo es la tumba de la ciencia procesal, dice el maestro italiano.

También se encuentra el proceso penal impregnado de consideraciones filosóficas, tanto lógicas como valorativas. Dado que la filosofía tiende a la búsqueda de lo universal y a la interpretación de la realidad y de la vida, asume decisiva importancia para el proceso penal, en cuanto al conocimiento de su génesis, del espíritu de su estructura y del objetivo que desea alcanzar.

Al referirse a proceso penal y Estado de Derecho, Bettiol apunta que el

primero es instrumento de tutela de los valores éticos sobre los que reposa el Derecho y cuyo desconocimiento conduciría a la arbitrariedad o al terror, y señala la necesidad del proceso —la venganza es siempre, incluso históricamente, extrajurídica— como medio para la aplicación de penas.

Un interesante problema, “el enigma del proceso penal”, se suscita al tomar en cuenta de que si el Estado es siempre sujeto pasivo de todos los delitos y el juez penal es un órgano del Estado, el mismo juzgador en lo criminal pierde su condición de imparcialidad y juzga sobre causa propia. La antinomia se resuelve recurriendo a la división de poderes: el pasivo del delito es el Estado-administración, no así el Estado-legislador o el Estado-juzgador.—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

CIESLAK, Marian. *Le régime des droits de l'inculpé dans le procès pénal de la République Populaire de Pologne*. “Revue Internationale de Droit Pénal”, 37º año, 1966, núms. 1-2, pp. 207-235. París, Francia.

El Código de procedimiento penal polaco, de 19 de marzo de 1928, inspirado desde sus orígenes por principios liberales de protección al inculcado, ha sido objeto de profundas reformas en el curso de su vigencia: en la época de tendencia totalitaria (1932-1939, principalmente) se restringieron los derechos del imputado; a partir de 1944, se reestructuró el Código conforme al Derecho del proceso penal socialista. Además de este texto, otros varios contienen materia procesal penal: Código de enjuiciamiento militar de 23 de junio de 1945, ley de 13 de abril de 1960 sobre represión penal fiscal, ley de 20 de julio de 1950 modificativa de diversas disposiciones procedimentales, decreto de 16 de noviembre de 1945 en torno al procedimiento sumario, ley de 29 de mayo de 1957 acerca de libertad condicional, ley de 22 de mayo de 1958 relativa a responsabilidad penal agravada por el delito de *hooliganismo*, y ley de 2 de diciembre de 1960 concerniente a procesos promovidos por acusación privada.

Los derechos del inculcado se encuentran regidos por diversos principios: igualdad ante la ley, administración judicial de la justicia (recientemente se ha producido un incremento en la esfera de conocimiento de órganos administrativos, al ser despenalizadas varias conductas para quedar dentro de la categoría de las contravenciones), independencia e imparcialidad del tribunal (notas que también se reclaman del Ministerio Público), publicidad de la instrucción y derecho a la defensa.

Aun cuando la presunción de inocencia del sujeto a procedimiento no existe *expressis verbis* en el Derecho polaco, se la considera como algo obvio e inquestionable. Dos interpretaciones se han aportado en la doctrina jurídica acerca de tal presunción: la objetiva, que se traduce en señalar que la carga de la prueba recae sobre el acusador, y la subjetiva —prevaleciente en los tribunales polacos y apoyada por el autor de este trabajo—, que implica, además, una posición definida de los órganos del proceso frente al inculcado.

Es interesante retener el valor secundario que se asigna a la confesión, entregada a libre estimación por parte del juzgador. Desde luego, se rechazan la violencia y las promesas como medios para obtener la declaración del sujeto, que legalmente tiene derecho a no responder a los interrogatorios que se le dirijan. No se acepta, en cambio, que el imputado tenga derecho a mentir.

Si en su declaración éste incurre en falsedades, tal cosa puede aparejar responsabilidad penal (difamación, calumnia, etcétera), salvo que, en vista de las circunstancias del caso, el tribunal llegue a la conclusión de que la falsedad del declarante se puede interpretar como necesidad legítima. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas en cuanto al narcoanálisis y al detector de mentiras, que mayoritariamente se rechazan, objetando tanto su eficacia para descubrir la verdad, como su admisibilidad a la luz del Derecho polaco.

En Polonia se acepta la revisión (extraordinaria) de la sentencia firme en perjuicio del absuelto, si no han transcurrido más de seis meses desde que se produjo la absolución. Asimismo, se admite la reapertura del procedimiento, inclusive cuando el cierre de éste se debió a la absolución del inculcado. Desde luego, son mayores las posibilidades y vías de ataque a la cosa juzgada en los casos favorables al sujeto que en aquellos que le son perjudiciales.

En cuanto a las medidas precautorias personales, el autor menciona: detención, prisión preventiva, asignación a un determinado domicilio, vigilancia por la milicia u otra autoridad y colocación del individuo en un establecimiento médico especializado. La detención y la prisión preventiva se encuentran sujetas a plazos en cuanto a su duración.

En Derecho polaco se reconoce el derecho del procesado o detenido injustamente a indemnización a cargo del Estado. Si el derechohabiente ha muerto, sus herederos pueden reclamar del Fisco la reparación mencionada.—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

DA COSTA TOURINHO FILHO, Fernando. *Unidade ou dualidade do Direito processual?* "Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais", 1, enero-julio de 1966, pp. 111-119. Baurú, São Paulo, Brasil.

El párrafo inicial de este trabajo, en que el autor sigue, en apreciable medida, las enseñanzas de Carnelutti y de Alcalá-Zamora y Castillo, revela con claridad la tesis que se sustenta: "El proceso, como instrumento compositivo del litigio, es uno solo. Es a través del proceso como el Estado desarrolla su actividad jurisdiccional. Así, el Derecho Procesal Civil y el Derecho Procesal Penal no pasan de ser aspectos de un mismo fenómeno, ramas de un mismo tronco que crecen separadas."

Esta toma de posición no es frecuente en quienes, como Da Costa Tourinho, ejercen cátedra de Derecho procesal penal, especialidad que es la fuente de la tesis dualista. Por lo demás, el autor observa que la pluralidad ha sido defendida, más bien que por procesalistas, por profesores que son, a un tiempo, penalistas y procesalistas, cuales son los casos de Manzini y de Florian.

Las estructuras esenciales y los conceptos principales son idénticos en ambas áreas del proceso. Unos solos son, en efecto, el concepto y la naturaleza de acción, jurisdicción, recursos, excepciones, medios de comunicación, sentencia, prueba.

La unidad resulta diáfana a la luz de ordenamientos positivos que comprenden tanto la materia del procedimiento civil como la del procedimiento penal: el Retspleje lov dinamarqués de 1919, el Código sueco de 1942 y la antigua legislación brasileña para Bahia, Santa Catarina y el Distrito Federal.

De la siguiente forma se responde a los argumentos esgrimidos por quienes patrocinan el dualismo: 1) salvo casos excepcionales, en el ámbito civil no existe deber de ejercitar la acción, al paso que en el penal dicho ejercicio es una obligación funcional del Ministerio Público (Manzini): esta afirmación sólo tiene validez —y relativa— para el Derecho italiano, pero no para los sistemas que aceptan la acción penal privada, que se gobierna, es claro, por el principio de oportunidad; 2) el proceso penal es indispensable para la solución de contiendas de naturaleza criminal, en tanto que las de carácter civil admiten composición extraprocesal (Florian): esta diferencia deriva de la relación material controvertida y no de la sustancia del proceso; 3) en el proceso penal se encuentra muy restringido el poder dispositivo de las partes, contrariamente a lo que acontece en el proceso civil (Florian): a esta aseveración se formula el mismo comentario que a la anterior; y 4) en el proceso penal rige el principio de la verdad real y en el civil el de la formal (Manzini): no es cierto que el imperio de la verdad material sea exclusivo del enjuiciamiento criminal, como se colige del artículo 117 del Código Procesal Civil, y, por otra parte, tampoco es exacto que en aquél prevalezca siempre la verdad material, pues la cosa juzgada penal, en sentencias absolutorias, no cede aun cuando se presenten pruebas fehacientes de la responsabilidad del absuelto.

Establecida la esencial unidad, sin desconocimiento de importantes diferencias entre ambas especies procesales, cabe hablar legítimamente de una Teoría General del Proceso, cuya enseñanza debe ser implantada en las Facultades de Derecho de Brasil, y que puede abarcar capítulos correspondientes a litigio, pretensión, formas compositivas del litigio, acción, jurisdicción, proceso, procedimiento, presupuestos procesales, sujetos procesales, principios constitucionales del Derecho procesal, organización judicial, actos procesales y vicios de los mismos, etcétera.—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

DAVIS. *Administrative Arbitrariness Is not Always Reviewable*. v. DERECHO ADMINISTRATIVO.

DUSSAULT. *Judicial Review of Administrative Action in Quebec: Criteria and Scope*. v. DERECHO ADMINISTRATIVO.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Exposición crítica del sistema procesal penal chileno*. "Revista de Ciencias Penales", tomo xxiv, núm. 1, enero-abril de 1965, pp. 78-84. Santiago de Chile, Chile.

El autor afirma que el procedimiento penal constituye un modo de apreciar el verdadero grado de civilización de un pueblo, y recuerda algunas de las notas preeminentes de los respectivos regímenes en Inglaterra, Alemania, Austria, Suiza y Francia. Etcheberry apunta, enfáticamente, que el sistema procesal penal chileno y la manera de ponerlo en práctica no constituyen ni una garantía de defensa de los derechos del ciudadano ni un rasgo de la vida nacional que se pueda exhibir con orgullo ante propios y extraños.

En una sociedad democrática, el proceso penal debe atender al doble fin de asegurar el imperio del derecho, defendiendo el interés social, y proteger los derechos y libertades del individuo, propósitos que en Chile resultan mal

servidos, pues ni se respetan debidamente los derechos ciudadanos ni es eficaz la represión criminal.

En su examen crítico, el autor se refiere por separado a los vicios emanados de la estructura misma del procedimiento, y a los que son consecuencia del carácter anticuado de éste. Entre los primeros se cuentan: a) el verdadero juicio se contiene en el sumario, que es secreto, puede durar indefinidamente con grave perjuicio para la libertad del preso preventivamente, y en el que a los actos del procedimiento y medios de prueba producidos en secreto sin intervención de las partes, se les acuerda valor probatorio pleno; b) la declaración indagatoria es deficiente, ya que se la concibe más como otro medio de prueba que como respuesta del inculcado a los cargos, los cuales no le son dados a conocer durante el desarrollo de este acto procesal; c) la prisión preventiva es la regla y la libertad provisional apenas constituye una facultad discrecional del tribunal, además de que puede verse agravada aquella por medidas de rigor tales como la incomunicación del detenido; d) el procedimiento en el sumario es escrito y no contradictorio, y en él rige el principio legal en cuanto a la admisión y valoración de la prueba; e) la eliminación del Ministerio Público en la primera instancia sitúa al juez en un triple papel, con gravísimos inconvenientes para la natural imparcialidad de su función: instructor, acusador y sentenciador, tripartición absurda y peligrosa; y f) se censura la existencia de delitos para los que no cabe acordar la libertad provisional al inculcado.

En cuanto al carácter anticuado del procedimiento penal chileno, se mencionan: a) el rígido sistema de regulación de la prueba obliga a prescindir de muchos medios probatorios aportados por la ciencia y la técnica modernas; b) el juez carece de movilidad para trasladarse de un lugar a otro del territorio nacional y los medios de comunicación entre los juzgadores son lentos y engorrosos; y c) no existen métodos modernos para registrar y reproducir las declaraciones y deposiciones.—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

FALLETTI, Francesco y BUGGE, Alberto. *Nuovi problemi del processo del lavoro*. "Rivista di Diritto Processuale", año XXI, (II Serie), núm. 4, octubre-diciembre de 1966, pp. 610-635. Padua, Italia.

Este trabajo, en realidad, está integrado por dos comunicaciones que sus autores redactaron para la reunión de estudio sobre los problemas actuales del derecho del trabajo, que se efectuó en la ciudad de Como, Italia, durante los días 8 a 9 de octubre de 1966.

En las dos se toman en consideración, fundamentalmente, los problemas procesales que plantea la Ley núm. 604, sobre despidos individuales, promulgada el 15 de julio de 1966, y en la cual, después de apasionados debates doctrinales y legislativos, se tomó la dirección de confiar a los jueces ordinarios, y con mayor precisión a los pretores, la resolución de los conflictos surgidos con motivo de los referidos despidos individuales, triunfando así esta tendencia sobre las otras dos que se habían planteado, o sea: conferir esta jurisdicción, restableciéndola, al famoso colegio de los *probiviri*, que surgió en Italia con la ley del 15 de junio de 1893, pero suprimida por la ley de 3 de abril de 1926, núm. 563, con motivo de la implantación del régimen corporativo —organismo de jueces no letrados, que en cierta medida existe todavía

en Francia, Bélgica y Luxemburgo—; o bien, por otra parte, estableciendo tribunales especializados en materia laboral, que parece ser la tendencia que actualmente se advierte en numerosas legislaciones modernas.

De cualquier manera, aun cuando se confía el proceso laboral individual, con motivo del despido, a los pretores, como jueces ordinarios y no especializados, el procedimiento que al respecto establece la citada ley Nº 604 se aparta del de carácter ordinario civil para asumir características en cierto modo peculiares, dirigidas a una mejor tutela de los intereses de los trabajadores, y además, no excluyendo la posibilidad de un arbitraje de carácter voluntario. Héctor Fix ZAMUDIO.

FRASER, George B. *Jury trials in declaratory judgement actions*. "Iowa Law Review", vol. 52, núm. 4, febrero de 1967, pp. 609-625. Iowa City, E.U.A.

La trascendencia de la acción, o con mayor precisión, sentencia declarativa, ha aumentado notablemente en los Estados Unidos, como un instrumento novedoso respecto del tradicional sistema angloamericano, para resolver controversias presentes o prevenir las futuras, a tal extremo que se ha legislado ampliamente sobre la materia, a través de una Ley Uniforme (*Uniform Declaratory Judgements Act*) aplicable por los órganos judiciales de las diferentes Entidades Federativas, y la Ley Federal (*Federal Declaratory Judgement Act*), que establece las reglas procesales que deben seguir los tribunales de la Federación.

Debido a que este instrumento viene a innovar los de carácter tradicional, han surgido una serie de dudas e imprecisiones en la interpretación de las disposiciones respectivas y uno de los sectores en los cuales se presentan mayores interrogantes es en el de la determinación de la necesidad de un jurado o si la controversia —nos referimos a materia civil— puede ser decidida únicamente por el tribunal.

El esclarecimiento de esta materia es importante, tomando en cuenta que casi la totalidad de las Constituciones Locales y así como la Federal, establecen la intervención del jurado como un derecho de las partes en las controversias civiles, particularmente cuando se trata de el ejercicio de pretensiones calificadas como "legales" o bien inclusive de las estimadas de "equidad" si resulta preciso determinar el aspecto fáctico del litigio.

Ahora bien, como lo pone de relieve el profesor Fraser, la solución resulta complicada por la circunstancia, de que en esencia, la instancia para solicitar una sentencia declarativa no puede estimarse como "legal" o de "equidad", sino como de carácter autónomo, si bien debe tomarse en consideración, que la sentencia declarativa puede considerarse como alternativa respecto de las tradicionales, o bien las últimas son inadmisibles, y sólo es posible acudir a la primera.

Es posible configurar un criterio para determinar si resulta necesaria la intervención del jurado, de acuerdo con la naturaleza de la protección solicitada, es decir, si la pretensión se ha ejercitado en sustitución de una de carácter legal, o de equidad, siguiendo las reglas aplicables a estas últimas, y cuando se hace valer de manera autónoma, especialmente para establecer la conducta futura de las partes, se debe atender a la necesidad de determinar los hechos base del litigio.—Héctor Fix ZAMUDIO.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La acción en el proceso penal*. "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. xvii, núm. 65, enero-marzo, 1967, pp. 133-172. México, D. F.

Presentado como ponencia al Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, convocado por el Instituto Mexicano de Derecho Procesal, y que se efectuó en la ciudad de Zacatecas del 7 al 11 de agosto de 1966, este trabajo está destinado al examen de algunos aspectos de la acción en el proceso penal mexicano, arrancando de los artículos 16, 21 y 111 constitucionales para descender a las prescripciones de los códigos de procedimientos penales y las leyes orgánicas del ministerio público.

Desenvuelto en doce rubros, incluido el de conclusiones, es en éste que se resumen los puntos de vista del autor, mismos que cabe reproducir brevemente y que expresan: a) el emplazamiento de las normas sobre la acción debe mejorarse en su agrupamiento y la exclusión de disposiciones que no corresponden a ella; b) debe subsistir el monopolio de la acción penal en manos del ministerio público, con la excepción que se infiere del artículo 111 constitucional, estableciendo condiciones precisas para su debido ejercicio; c) la consignación ha de tener como supuesto el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; d) es preciso suprimir las hipótesis anormales de consignación permitidas por el Artículo 49 del CDF y el Artículo 134 del CF; e) el sobrecimiento administrativo debe fundarse en la falta de participación del indiciado, en la ausencia de conducta o de tipicidad, los eximentes han de quedar a la decisión del juez, en caso de duda el ministerio público debe regirse por el principio *in dubio pro societate*; f) cabe aceptar la definitividad del sobrecimiento administrativo por carencia absoluta de elementos para consignar, en la imposibilidad de prueba del delito o en la extinción de la pretensión, y sería posible la simplificación de la prescripción cuando el archivo esté determinado por carencia de prueba del delito o de la responsabilidad; g) las leyes mexicanas deben ajustarse al principio de legalidad en el ejercicio de la acción; h) es improcedente el amparo en los casos de no ejercicio de la acción, desistimiento de ella o formulación de conclusiones no acusatorias; i) la acción popular ofrece ventajas para la persecución de delitos perpetrados por funcionarios; del derecho vigente se desprende que el particular puede ser actor en la fase ante la Cámara de Diputados y puede otorgársele la coadyuvancia en el plenario ante la de Senadores; j) la fijación del contenido de la acción corresponde a la doctrina y no a la ley, convendría decir que tiene por objeto el pronunciamiento sobre la pretensión del ministerio; k) la reparación del daño es una obligación de naturaleza civil y no debe ser pena pública; l) es conveniente la vía civil para demandar el resarcimiento cuando la sentencia absolutoria se funde en atipicidad de la conducta, inimputabilidad, inculpabilidad o excusas absolutorias; m) el desistimiento y conclusiones no acusatorias se rigen por la legalidad.—Humberto BRISEÑO SIERRA.

GRAVEN, Jean. *La protection des droits de l'accusé dans le procès pénal en Suisse*. "Revue Internationale de Droit Pénal", 37º año, 1966, núms. 1-2, pp. 237-291. París, Francia.

El estudio del proceso penal en Suiza tropieza con graves obstáculos debido al federalismo que continúa prevaleciendo en este ámbito del Derecho positivo, no obstante haberse centralizado la legislación penal sustantiva a través del artículo 64 bis de la Constitución Federal, aprobado en consulta popular el 30 de junio de 1898. Dice Graven, con palabras que fácilmente pudieran aplicarse a México, que ni la prolijidad es riqueza ni el particularismo representa ventaja, cosa que es preciso reconocer aunque se sea "federalista de alma". Así pues, no existe "un" proceso penal suizo, por lo que el trabajo que aquí reseñamos gira principalmente en torno de la Ley de procedimiento penal federal de 1934, y de los Códigos cantonales a los que sería posible calificar de "pilotos", como los de Berna de 1928 y Neuchâtel, de 1945.

Al igual que en casi todos los países, en Suiza se mira con cierta desconfianza a la policía, por lo que sus atribuciones se encuentran fuertemente restringidas. La policía judicial, criminal o de seguridad puede proceder a la práctica de detenciones y cateos en casos de urgencia o de flagrancia, conceptos que cuentan con definición legal. Es posible, inclusive, que el juez instructor delegue algunas de sus atribuciones (visita domiciliaria, inspección judicial, secuestro, recepción de testimonios) en oficiales de la policía. Cabe que en casos de impedimento del juez instructor o del procurador general, estos magistrados deleguen atribuciones, por escrito, en el jefe de la policía, un oficial del mismo cuerpo o un alcalde, en las comunidades suburbanas.

Tanto la detención como la prisión preventiva se encuentran celosamente reguladas. Al paso que en los Códigos influidos por el sistema francés el juez instructor dispone de amplio arbitrio para apreciar las hipótesis de privación cautelar de la libertad, en los informados por el régimen alemán se prevén taxativamente los supuestos que dan lugar a detención y prisión preventiva. Definidas garantías protegen también el domicilio y la comunicación. Por lo que respecta a esta última, ligada al "derecho a la esfera íntima", las leyes federales acerca de los servicios de correos y de telégrafos vedan la intercepción, salvo en los casos en que se trate de indagar o de evitar la comisión de un delito.

Mucho se ha discutido en Suiza acerca del empleo del narcoanálisis y el detector de mentiras como medios para obtener declaración veraz del inculcado. Ambos sistemas han sido rechazados. En cambio, se suele admitir la legitimidad de la colocación de líneas de escucha o grabadoras, pese a que en 1949 la Corte Suprema de Berna condenó el empleo de éstas, estimándolas como aparejadoras de métodos de coacción físico-psíquica "indignos de un Estado fundado en el Derecho".

La defensa se protege en su doble dimensión: como derecho a contar con la asistencia de letrado y como derecho a ser informado de manera precisa sobre los cargos imputados. En su primer sentido, la defensa implica posibilidad de comunicación con el abogado, que se impide, empero, cuando el detenido se encuentra bajo orden de incomunicación, instrumento cautelar que no es conocido en todos los cantones. Es menester indicar que la defensa del inculcado se encuentra gravemente coartada, cuando no francamente desplazada, durante la fase de instrucción, debido a la naturaleza inquisitiva que prevalece en este periodo procedimental, en el que ya se abre camino, lentamente, la idea de prestar algún o mayor margen a la contradicción propia del acusatorio.

La presunción de inocencia del imputado, estampada en algunas Constituciones y en varios Códigos cantonales, se refuerza en la práctica por medio de la disposición de poner igual esmero en la reunión de los elementos favorables al inculcado, que en el acopio de los que le perjudican. Expresamente ordena el artículo 31 del Código procesal penal de Zurich que "la instrucción en cuanto al descargo no se haga con menor cuidado que la conectada a los cargos".

Entre los principios que informan la fase de plenario se cuentan los siguientes: derecho a ser juzgado por el juez natural y consecuente exclusión de los tribunales excepcionales, oralidad, publicidad, libre apreciación de la prueba (pero expresamente se prohíbe la arbitraria valoración), intermediación (la previa al plenario suele ser mero formulismo), búsqueda de la "verdad material" (con activa intervención del tribunal en esta búsqueda) y motivación de la sentencia (prevista por un proyecto ginebrino de 1957 aun para el juicio por jurado).

Es importante observar que el Derecho federal y los cantonales, o al menos varios de éstos, establecen la obligación del Estado de reparar los daños injustamente causados al acusado cuando se dictan en el procedimiento resolución de no ha lugar o sentencia absolutoria, así como cuando el reo se ve favorecido por la decisión que recae al recurso extraordinario de revisión.—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

HERRERO TEJEDOR. *Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español*. v. DERECHO ADMINISTRATIVO.

REILLY. *Declaratory Orders under the APA. The Need for Legislation*. v. DERECHO ADMINISTRATIVO.

SAX, Joseph L. y HIESTAND, Fred J. *Slumlordism as a tort*. "Michigan Law Review", vol. 65, núm. 5, marzo de 1967, pp. 869-922. Ann Arbor, Michigan, E.U.A.

Una de las preocupaciones fundamentales del legislador en los Estados Unidos en los últimos tiempos, ha sido el de corregir, hasta donde ello es posible, los nocivos efectos de la habitación inadecuada y de los barrios miserables, poniéndose de relieve que la ciudad de Nueva York, una de las que más padece este problema, inició un programa público de viviendas desde el año de 1937, expidiendo una ley especial al respecto, sin resultados apreciables.

Los autores consideran que el criterio imperante de corregir los defectos de las viviendas miserables presionando a los propietarios a través de multas, obligación de reparaciones que inclusive puede realizar coactivamente la autoridad, etcétera, no son suficientes, ya que significan un concepto paternalista, a través del cual el gobierno afecta a los propietarios de los predios, sin tomar en cuenta a los inquilinos, los cuales no reciben un provecho directo de las medidas oficiales, e inclusive pueden sufrir perjuicios, ya que cuando una finca se restaura, aumenta de valor y sube el precio del alquiler.

Por tanto, para complementar los remedios anteriores, se propone la aceptación, por parte de los tribunales, de un instrumento procesal apoyado en la

responsabilidad del propietario de una habitación ruinosas, que pueda hacer valer el inquilino para obtener una reparación de los perjuicios que sufre por el estado de la vivienda, siempre que su conducta no hubiese sido coadyuvante de esa propia situación.

Los autores apoyan su tesis en el concepto tradicional de *tort*, que se ha ido extendiendo a los perjuicios de carácter moral, citando el criterio aceptado por la jurisprudencia y aun por la legislación, sobre los daños causados por una conducta estimada como intolerable en una comunidad civilizada (*intentional infliction tort*), que deberá aplicarse a los propietarios de las habitaciones miserables, en beneficio de los inquilinos, estimándose que este nuevo instrumento no se opone a los principios tradicionales y puede ser establecido por los tribunales, que ya han demostrado una labor constructiva en beneficio de los derechos civiles.—Héctor Fix Zamudio.

SCHAPIRA. *L'article 85 du Traité de Rome devant la Cour de Justice des Communautés*. v. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

SCHWARTZ, Louis B. *Excluding Evidence Illegally Obtained: American Idiosyncrasy and Rational Response to Social Conditions*. "The Modern Law Review", vol 29, núm. 6, noviembre de 1966, pp. 635-638. Londres, Inglaterra.

En los Estados Unidos, desde hace algún tiempo, ha existido la regla de que las pruebas obtenidas en forma ilegal para determinar la culpabilidad penal de una persona no pueden ser estimadas por ningún jurado o tribunal y que, si eran esenciales en cuanto a dicha responsabilidad criminal, el acusado debe ser dejado libre. La razón principal de que se haya mantenido esta tesis es que la experiencia americana ha demostrado que las medidas disciplinarias colaterales para limitar los actos ilegales de la policía, para evitar cateos no autorizados, torturas, etcétera, han sido totalmente ineficaces. El Ministro Clark lo ha dicho: (*Mapp v. Ohio*) "... otros remedios han fallado completamente para obligar a la policía a cumplir con las provisiones constitucionales..." Es claro, como lo dice el profesor Schwartz, que difícilmente un policía que el lunes es considerado un héroe por haber capturado a un peligroso criminal, el martes vaya a prisión por haber efectuado el arresto ilegalmente.

Sin embargo, la opinión inglesa sobre este problema ha sido muy variada. En algunos casos se ha aceptado y en otros no. En los mismos Estados Unidos en algunos casos se aceptan, en ciertos Estados de la Unión, pruebas obtenidas por la policía por medios ilegales. En otros casos la situación es dudosa o se apega más bien a las sentencias tradicionales de la Suprema Corte americana, como en las investigaciones del F.B.I. En la práctica resulta casi imposible dejar libre a una persona que se sabe es culpable aunque las pruebas hayan sido obtenidas ilegalmente.

Este estudio resulta de especial interés en México, en donde las confesiones obtenidas durante el procedimiento investigatorio del Ministerio Público son frecuentemente ilegales y en donde las tesis de la Suprema Corte de Justicia han sido variables a este respecto.—Lucio CABRERA ACEVEDO.

SOROUR, Ahmet Fathi. *A propos de l'application de la loi pénale dans le temps: la règle de l'unanimité dans la condamnation en RAU*. "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", núm. 4, 1966, pp. 821-825. París, Francia.

La ley Nº 107 de 1962 modificó el segundo párrafo del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de la RAU, en el sentido de exigir la unanimidad de los integrantes de la *corte de assises* para el pronunciamiento de una condena a muerte.

Antes de esta norma, el Derecho egipcio reconoció ciertas garantías conec-tadas a la disposición de la pena capital: así, la exigencia de confesión del inculcado o de declaración de dos testigos *de visu*, conforme a la ley penal de 1883; el requerimiento de opinión por parte del consejero musulmán (Mo-fti), según la ley de la *corte de assises* de 1905 y el Código de Procedimiento Penal, o la posibilidad de revisión de la causa, dentro de ciertos supuestos, a instancia del Ministerio Público, de conformidad con la ley Nº 57 de 1959.

El autor se interroga acerca de si la norma en estudio constituye una dis-posición penal o procesal. Apunta, al respecto, que la regla penal puede ser directa o indirecta: en el primer caso está aquella que debe ser aplicada para pronunciar la pena; en el segundo, en cambio, la que actúa sobre la pena por medio de su influencia con respecto a otras reglas penales directas. En estos términos, se trata, pues, de una regla penal, si bien no queda claro el pensa-miento del autor sobre si es regla directa, como se anota en la página 823, o indirecta, como se consigna en la página 824.

La consecuencia inmediata del punto de vista de Sorour, que coincide con el sustentado en 1962 por la Corte de Casación de Egipto, es la retroactividad (favorable al reo) de la reforma que demanda unanimidad de votos para el pronunciamiento de la pena capital. Empero, la Corte de Casación de la RAU ha sostenido una opinión contraria, por cuanto considera que la regla de la unanimidad tiene exclusivo carácter procesal, y que el artículo 5 del Código Penal egipcio, que previene la retroactividad de las leyes penales favorables a los inculcados, gobierna las materias de fondo y no las cuestiones de procedi-miento, por lo que cualquier acto procesal que ha sido realizado válidamente bajo el imperio de cierta ley, conservará su eficacia y continuará regido por la misma ley.—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

STEPAN, Jan. *La protection des droits et la défense des accusés et condamnés dans la procédure pénale tchécoslovaque*. "Revue Internationale de Droit Pénal", 37º año, 1966, núms. 1-2, pp. 293-318. París, Francia.

Desde la derogación del Código austriaco de 1873, por lo que respecta a Bohemia y Moravia, y del húngaro de 1896, por lo que toca a Eslovaquia, la legislación procesal penal checoslovaca ha experimentado numerosos cam-bios: el Código de procedimiento penal de 1950 fue sustituido por el de 1956 y éste por el de 1961, que a su vez resultó profundamente reformado en 1965. Si bien es cierto que este constante movimiento lesiona la necesidad de esta-bilidad jurídica, también lo es que semejantes cambios obedecieron al impera-tivo de ampliar y asegurar de mejor manera los derechos del acusado y pro-gresar en el camino de la democratización del enjuiciamiento penal.

En este trabajo se examina someramente el Derecho procesal penal checoslovaco, aportando noticia y comentarios acerca de los puntos siguientes: presunción de inocencia, legalidad en el procedimiento, garantías conectadas a la prisión preventiva y derecho a la defensa.

La presunción de inocencia del imputado se encuentra inscrita en el artículo 2 del Código de procedimiento penal, precepto que, dicho sea de paso, enuncia en catorce fracciones los principios generales inspiradores del Código, de donde se siguen ciertas ventajas en orden a la interpretación de las instituciones y preceptos de éste. De la presunción de inocencia se deduce el principio *in dubio pro reo*, no contenido *expressis verbis* en el Código.

Los medios de prueba han de ser reunidos conforme a las prescripciones legales; en caso contrario, carecerán de valor procesal. Tal norma, consignada desde 1963 en el "Manual universitario sobre el procedimiento penal", tropezó de momento con la resistencia de la judicatura, que se desvaneció, por lo demás, al ser aceptada en 1965 por el Colegio Penal de la Corte Suprema.

Dos actos procesales de suma importancia contempla el Derecho checoslovaco, a saber: la decisión sobre apertura de la persecución penal, momento inicial del procedimiento (instructorio), y la resolución de incriminación (muy semejante al auto de formal prisión del Derecho mexicano), en la que se detallan el hecho incriminado y la identidad del responsable, así como la calificación jurídica del delito. En caso de que a lo largo del procedimiento apareciese necesario modificar los hechos por los que se enjuicia al sujeto o agregar nuevos actos incriminables, será necesario expedir otra resolución de incriminación. Conviene tener en cuenta, asimismo, que a partir de la producción de este acto el imputado tiene derecho a contar con asistencia jurídica de abogado.

Es importante observar que en ciertas hipótesis (delitos de menor cuantía) la instrucción se sigue ante los órganos administrativos de la llamada Seguridad Nacional, cuyo control se confía al Ministerio Público.

En la doctrina checoslovaca se ha debatido acerca de los fundamentos de la citada resolución de incriminación, que al tenor del artículo 163, tercer párrafo, del Código de procedimiento penal, se ha de dictar sin demora, cuando se encuentra "suficientemente" acreditado que el delito ha sido cometido por una persona determinada. La opinión mayoritaria (y particularmente la doctrina de la URSS) se pronuncia en el sentido de que esta suficiencia se refiere al convencimiento del juez acerca de la culpabilidad del sujeto, tesis que el autor impugna.

Tanto la detención como la prisión preventiva se encuentran sujetas a plazos. Para que opere la segunda no se toma en cuenta la penalidad legal correspondiente al delito, sino otras circunstancias vinculadas al éxito de la averiguación o a la peligrosidad del justiciable. La libertad provisional no se supedita a caución.

En cuanto a la defensa, ésta se asegura a expensas del interesado o de modo gratuito (de oficio), a cargo del Colegio de Abogados, entidad con la que se establece la relación del imputado (no se finca, pues, directamente con el defensor).—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

TIMBERS, William H. y otros. *Judicial Perspectives on the Operation of the Criminal Justice Act of 1964*. "New York University Law Review", vol. 2, núm. 1, marzo 1967, pp. 55-81. New York (N.Y.) E.U.A.

Se refiere el artículo a un comentario compuesto de cuatro informes, cada uno de los cuales, rendidos por jueces de amplia experiencia (William H. Timbers, Charles H. Carr, Robert A. Ainsworth y Wallace S. Gourley), hace una relación de los resultados del llamado "Plan de Connecticut". El mencionado plan, acordado en el año de 1964, se refiere a un programa particular de operación para la actuación de la defensoría de oficio, por cuyo conducto se intenta solucionar la dificultad, en ocasiones presentes, de encontrar al adecuado representante legal para los individuos de escasos recursos económicos.

El plan estableció que los abogados dispuestos a constituirse en defensores de oficio, fuesen incluidos en listas formuladas por las Asociaciones de Abogados de las localidades y designados para los casos concretos por nombramiento de los *United States Commissioners*. Según indica Ainsworth en su relación, refiriéndose a su propia jurisdicción, la asignación de los casos en la realidad se presentó así: un 29% designados por los *Commissioners*, un 68% por los jueces del Tribunal correspondiente y un 3% por las Salas de Apelación.

Según se indica en el propio artículo, el plan ha facilitado el problema de localización de los defensores sin haber perjudicado su calidad; no obstante, han quedado algunos aspectos sin suficiente aclaración. Así, por concepto de honorarios y otros gastos consecuencia de las diligencias efectuadas, cuestiones que han buscado solución en la práctica, según se deriva de cada uno de los informes, Gourley indica que se pagan de 15 dólares hora para actividades desarrolladas en el Tribunal y 10 dólares para actividades fuera del mismo, con la salvedad de que tal cantidad no debe superar la cifra de 500 dólares en procesos por delitos mayores y 300 dólares en los menores o sencillos.—Gustavo MALO CAMACHO.

TREVES. *Norme dispositive e inderogabili di diritto internazionale privato, ordine pubblico e delibazione di sentenze straniere*. v. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

DEL VECCHIO, Giorgio. *La vida del Estado y sus problemas*. "Revista de Derecho Español y Americano", año XII, II época, enero-marzo de 1967, pp. 27-38. Madrid, España.

Considera Del Vecchio que el concepto de sociedad es más extenso que el de Estado. La sociedad consiste en una forma de vinculación que se refiere a distintos fines, y toma diversas estructuras tales como la religiosa, la económica, la familiar, etcétera.

El Estado encuentra su fundamento en la juridicidad.