

BIRAGK 9042

Universidad del Cuzco

SUMARIO

RODRIGO DELGADO DE LA FLOR

La Acción Penal

(Tesis para el Doctorado en Jurisprudencia)



Cuzco - 1921.



LIB. IMP. H. G. ROZAS.

SUMARIO:

- I.—**La Acción Penal:** concepto,—antecedentes históricos,—fundamento jurídico,—su división.
- II.—**Formas que reviste La Acción Penal:** acción privada,—acción popular,—acción privada en los delitos exceptuados,—acción pública,—acción subsidiaria.
- III.—**Datos sobre Legislación Extranjera y Nacional Comparada.**
- IV.—**Conclusiones.**



SUMARIO

A LA

MEMORIA DE MI QUERIDO PADRE

Sr. D. ULDERICO DELGADO DE LA FLOR

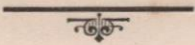
✠ EN AREQUIPA EL 8 DE ABRIL DE 1911.

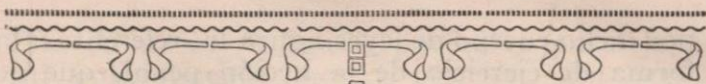
Y

DEDICO CON CARÍÑO Y GRATITUD MUY HONDA

A MI MADRE

Sra. EVANGELINA V. vd. de DELGADO DE LA FLOR





Es un anhelo nacional vivamente sentido, la reforma integral de nuestra legislación penal, que acentuándose cada día más, constituye una necesidad imperiosa para la buena y eficaz administración de justicia; y este deseo se ha convertido en firme convicción para todos los que se dedican á la alta y noble profesión del Derecho, quienes con mayor capacidad y conocimientos técnicos, saben apreciar los defectos y vacíos de que adolece la que nos rige en la actualidad. Se ha modificado un tanto esa necesidad con el nuevo Código de Procedimientos en Materia Criminal, que conforme al decreto Supremo de 5 de Enero del año próximo pasado, empezó á regir desde el 18 de Marzo, en la parte aprobada por la ley N° 4.019, dada por la Asamblea Nacional de 1919; pero dicho anhelo subsiste, puesto que es una reforma parcial; sin que el citado Código nos persuada de su adaptación completa a las exigencias sociales, políticas y económicas del país; á pesar de ser, en el orden legal, un efectivo progreso, esto se debe á la precipitación con que fué sancionado.

Entre las muchas innovaciones introducidas

por dicho cuerpo de leyes figura la referente á la forma de ejercicio de la acción penal, que de manera radical ha modificado el procedimiento anterior; ello me ha sugerido las investigaciones que son objeto del presente estudio; que con audacia pretendo resolver, sin contar con la ilustración y ciencia que ha menester para tratar los arduos problemas de carácter jurídico.

I

Si es lógico y hasta necesario dar un concepto de la acción penal, como preámbulo al presente trabajo, conceptuo provechoso, determinar de manera genérica la noción jurídica de acción, por constituir aquella una modalidad propia de esta.

“La palabra *acción* sirve en el Derecho de expresión á diversos conceptos. En un sentido muy ámplio designa el acto humano perteneciente al orden jurídico y que consiste en hacer [acto positivo], al revés de la omisión que consiste en no hacer. En otro sentido, tiene la palabra acción, en el sistema general jurídico, tres distintas acepciones, que no son más que aspectos ó diversos grados de una misma cosa; así se aplica el nombre de acción: I.—Al derecho legítimo que tenemos para pedir que en virtud de él se nos administre justicia. En este sentido está concebida la definición de la acción que nos ha dejado Justiniano en la Instituta ó sea, “el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe”, concepto que por ser demasiado estrecho ha sido modificado por los autores modernos, según los cuales la acción es “la facultad de perseguir en juicio nuestro derecho”. II.—Al acto de acudir especialmente como demandante, á la autoridad competente para que esa justicia se nos administre y

III.—Al medio otorgado por la ley para ejercer judicialmente nuestra petición. En la primera acepción la acción es un *derecho*, en la segunda un *hecho*, en la tercera un *medio*, una *forma*. Desde el primer punto de vista cae dentro de la esfera del Derecho llamado adjetivo [procesal]”.

La acción jurídica es, por consiguiente el derecho en ejercicio, el medio legal de hacer valer una pretensión ante la autoridad judicial competente. “De nada serviría que la ley consagrara un derecho si no hubiese manera de invocarlo en el oportuno juicio”.

No es mi propósito ocuparme con mayor amplitud de lo referente á las variadas formas que en el Derecho tienen las acciones, ni detallar las múltiples y complicadas clasificaciones que ellas tuvieron en el Derecho Romano, ni menos detenerme en señalar la extensión que le asigna la jurisprudencia moderna, pues, sería labor improba y desorientada al fin que persigo; tanto mas que su estudio es tan amplio que hay juristas que aseguran, no ser el procedimiento otra cosa que el modo de poner en ejercicio una acción; me basta indicar por el momento que de las clasificaciones que se han hecho de las acciones, se distinguen por la materia que versan en *civiles*, *penales* y *administrativas*.

Al parecer la denominación de *acción penal*, es la designación más general con que se usa en el lenguaje jurídico, para pedir una pena á quien ha delinquido.

Sin embargo, García Calderón, hace la distinción siguiente: “Muchas personas creen que la acción penal es la misma que la criminal, en virtud de la cual se pide la aplicación de la pena merecida por un delito. Esto es, en nuestro con-

cepto, un error que se debe corregir para cuidar de la pureza del lenguaje forense”.

“De todo delito nacen dos acciones: la civil y la criminal. La primera tiende á la reparación de daños, restitución de lo usurpado, etc; y la criminal á la aplicación de la pena impuesta al delito. En algunos casos sucede, que la pena impuesta por la ley es una multa á favor del perjudicado y entonces las dos acciones civil y criminal se confunden en una sola que los juristas españoles han llamado la acción penal. Así es que definen la acción penal, el derecho que tenemos para exigir la pena pecuniaria impuesta por la ley á ciertos delitos. La acción penal no es, pues, enteramente lo mismo que la acción civil, ni tampoco puede confundirse con la criminal. Por ejemplo: el que comete estafa por menos de veinte pesos, debe sufrir una multa de dos á diez pesos. (art. 387 C. P.). Esta multa, lo mismo que todas las impuestas por el Código Penal, deben aplicarse á indemnizar la responsabilidad civil. (art. 86 C. P.). Luego cuando el agraviado pide la multa, usa al mismo tiempo, de las acciones civil y criminal, ó lo que es lo mismo usa de la acción que hemos llamado penal”.

La diferencia establecida por el derecho español entre la acción penal y criminal, parece más de forma que sustancial, siendo permitido en el día confundir y hasta identificar ambos términos, puesto que este último debía propiamente referirse al ejercicio de dicha acción solo contra los delitos graves ó crímenes. Ello es un rezago, sin duda de la distinción hecha en la legislación romana referente á las acciones que por su origen se subdividían en Repersecutorias [persecutorias de la cosa], poenales (persecutorias de la pena) y mixtae (ó sean mixtas).

El desenvolvimiento histórico de la acción penal se manifiesta en las faces siguientes:

“En un principio, en las sociedades salvajes, la criminalidad no existía, la moral no había aún nacido.....en tiempo de la guerra de Troya, un homicidio era un hecho privado, con el cual nada tenía que ver la moral pública; se indemnizaba á los parientes del muerto y el reo continuaba marchando con la cabeza levantada”. [Littré].

En época posterior, el delito ha sido considerado como una mancha de sangre; porque los antiguos pueblos habían visto en la pena corporal ó espiritual una purificación.

Entre los Hindus, los Romanos y los Bárbaros, el castigo de los criminales era una súplica, un sacrificio, una ofrenda grata á los dioses.

La creencia en un Dios vengador del delito era general en los pueblos antiguos. Esta creencia de que la divinidad no puede dejar impune el delito se manifiesta en muchas de sus costumbres, como las Ordalias, el Duelo, las Ceremonias expiatorias, etc.

En la infancia de los pueblos la venganza fué la primera forma de Justicia penal; era una necesidad y un derecho, cuando aún no existía el poder social ó era débil para poder garantizar la seguridad pública.

El derecho de venganza era un deber. La familia debía vengar á la víctima con el castigo del homicida, el pariente que vengaba al ofendido llenaba su deber. De allí provino la idea de aplicar al criminal el trato que había hecho sufrir á su víctima, ó sea la ley del Tali6n, que se encuentra en todas las antiguas legislaciones.

En Roma distinguieron los delitos p6blicos

de los delitos privados. Resto de los primeros fué la acusación por acción privada, de igual manera que sucedió en los pueblos hebreo, egipcio, persa y griego, podía ser planteada por todos los ciudadanos, con excepción de los declarados infames, y á su vez todos podían ser acusados por todos, excepto los primeros y más altos magistrados de la República, que solo podían serlo públicamente por delitos de alta traición. La acción de acusar estaba regulada por la ley, que defendía al ciudadano contra la calumnia; el acusador antiguamente no podía retirar la acusación.

La acción privada se mantuvo en Roma durante toda la República, y si posteriormente originó grandes abusos, fué debido á que el pueblo romano perdiera las costumbres cívicas que en un tiempo le adornaban.

En los últimos días del Imperio se sustituyó el procedimiento acusatorio por el inquisitivo y desapareció la acción privada que fué snstituida por la denuncia y las pesquisas.

En cuanto á los delitos privados, solo podían, acusar los interesados ó sus herederos en caso de que la acción fuera trasmisible, pues, esa acción tenía más bien carácter civil.

Como se vé, la acción pública nacida en la jurisprudencia romana, conteniendo el gérmen del Ministerio público, se encuentra de nuevo en las jurisdicciones ejercidas por los condes y justicias señoriales. Aparece el Ministerio público en el siglo III en el procedimiento de oficio, desenvuelto en los siglos XIV, XV y XVI en varias leyes i ordenanzas.

Francia después de su revolución de 1782, conserva en su legislación la acusación pública, consignado este principio desde la Ordenanza de 1670. En Italia la acción penal es pública

encargándose de su ejercicio exclusivo el Ministerio público.

El país donde echó hondas raíces la acción penal privada fué en Inglaterra, que siente desde hace tiempo la imperiosa necesidad de establecer las funciones propias al Ministerio Fiscal y después de constante labor, por fin lo consiguió desde 1880.

El procedimiento penal en España, se desarrolló bajo el influjo del Derecho Canónico y del Romano y por, consiguiente, conservó la acción privada como primera forma de acusación de los delitos; deduciendo como fundamento la venganza, que caracteriza esa época, según lo expresan las Partidas: "profazamiento que un hombre haze á otro ante el judgador, afrontándole de algún yerro que dice hizo el acusado et pidiéndol que faga venganza dél" (ley 1, tit I, Partida 7.). En la actualidad tiene establecido el sistema de acusación mixto.

En nuestra legislación primitiva es difícil precisar con claridad la forma que revistió la acción penal, al respecto opina el ilustre Catedrático de Historia del Derecho Peruano de esta Universidad, que fué pública, encargada á Fiscales y acusadores públicos [Lecciones dictadas por el Dr. Angel Ugarte]. En efecto, "el orden del imperio peruano, mas que el rigor de las leyes, reposaba en la vigilancia del gobierno. La acción de este se hacia sentir á toda hora y en todas partes, por medio de agentes de diversos órdenes, colocados á la cabeza de las diversas fracciones de la sociedad". [Ramón Alzamora] Ello significa que la comisión de cualquier delito ó falta era conocido sin mayor dificultades y sancionado merced á la acción que fué pública. Nada tenemos que agregar con relación á las dos épocas posteriores de su historia, puesto

que el Perú participó de la legislación española, exceptuando su estado actual.

*
* *

Si el Derecho es una norma irrefragablemente obligatoria, si el Estado es el órgano encareado de hacerla cumplir. Esto significa que la acción penal, que no es otra cosa que el derecho en ejercicio, debe cumplirse también por el Estado, mediante uno de sus poderes. Al efecto, dice Vanni: "La tutela represiva se realiza por el Estado en una función especial y por medio de un órgano especial, á saber: la función y el órgano judicial. Por consiguiente, no sólo el derecho presupone el Estado, sino de un modo particular presupone el juez, el cual aplica al caso concreto la norma jurídica, sea dirimiendo las controversias, en cuestiones civiles, sea aplicando la sanción, en cuestiones penales".

Por tanto, queda justificado un principio fundamental de la "doctrina jurídica"; pero inmediatamente surge la necesidad de justificar aún otro principio, en virtud del cual la sociedad, que no puede existir sin orden, ha menester usar de la pena como único medio para restablecerlo, una vez que ha sido alterado por el delito, cual es el *derecho de castigar*. Cuestión vivamente debatida en el terreno de la ciencia penal, dividiéndose su resolución entre varias opiniones ó doctrinas, que se han disputado por fundamentarlo.

En efecto, para los sostenedores de la *utilidad social* "la observación de los hechos que muestran sus exigencias, constituyen uno de los elementos esenciales de las leyes represivas y el fundamento del derecho de la sociedad para castigar".

En cambio, “la justicia penal, dice Fouillée, debe ser *contratable*. La pena debe ser aceptada desde luego, fijada, aún indirecta inmediatamente, por el que la sufre; tal es al menos el ideal. Es, pues, en nombre del *contrato libremente aceptado* como se debe juzgar al individuo que ha procedido con infidelidad respecto del mismo contrato”.

La idea de la *defensa social* ha cambiado desde Bentham y ha sufrido en nuestra época la influencia del desarrollo de las ciencias fisiológicas y naturales; “ella se manifiesta en las formas más elementales de la vida, en el simple protoplasma, como en el vegetal y complicándose cuando se sube por la escala de los seres alcanza las formas más complejas y mas elevadas de la defensa humana individual ó social”, advierte Ferrri; y asimilando la sociedad á un organismo vivo agrega: La vida de este organismo es, como la de otros seres, ya interna ó biológica, ya externa ó de relaciones; á pesar de sus complicaciones, que aumenta la civilización, la vida obedece á la ley fatal y común á todas las existencias y no es más que una serie no interrumpida de acciones y de relaciones que tienden á la conservación de esta existencia; de manera que el delito, ó según una expresión más conforme á la verdad científica, la *ofensa*, que amenaza la vida ó la salud del ser social, lleva necesariamente consigo una reacción que sin razón se califica de *pena*, y que es mas bien una defensa del ser vivo contra el ataque de que es objeto”.

La escuela católica, sintetisa su opinión así: “No investigues mas, pues he aquí el origen de la legitimidad del derecho de castigar: Es la *delegación divina* del derecho de castigar el mal en la medida de la necesidad social” (Luciano Brun). “Los representantes del poder social son

los ministros de Dios para ejercer la justicia en este mundo”.

Bertauld, “ha creído hallar esta justificación en el *derecho de mandar* que pertenece al poder social, llevando este derecho consigo el de adoptar medidas coercitivas y necesarias para asegurar el respeto á las órdenes y á las leyes”.

Algunos publicistas contemporaneos han encontrado en la *reforma moral* y en la *enmienda del culpable* el fin de la penalidad y la razón de ser ó el fundamento del derecho de castigar”.

La escuela *ecléctica ó clásica*, “teniendo en cuenta, con la ayuda de un doble principio el elemento moral y el elemento material del delito concilia de una manera racionalista el interés general de la seguridad pública con las exigencias de la justicia”. Establece, “no castigar más que lo que es á la vez contrario á la ley moral y á los intereses de la sociedad con una pena que no exceda ni la medida de la justicia ni la necesidad de la defensa de sus intereses”. “Tiene la penalidad, dice Ortolán, en cuenta á la medida de las penas, dos límites: el de lo justo y el de lo útil; no puede superar ni el uno ni el otro, nada más que lo que es justo, nada más que lo que es útil, el menor exceso de estos dos límites se suspende para la sociedad el derecho del castigo”. Es en resúmen, la conciliación de la justicia absoluta y el principio de utilidad social.

“La sociedad no puede existir sin un orden, las leyes emanadas de una autoridad que aseguran con sus decisiones su conservación y respeto, constituyendo el principio de la *tutela jurídica*: que estos preceptos tengan una sanción eficaz y no queden en estado de simple concejo, tal es para Carrara la justificación del derecho de castigar”.

“La fórmula propuesta por Helie y Frank ó sea la necesidad de la conservación de la sociedad que la autoriza según ellos para castigar no parece deferir mucho de la idea de utilidad de la defensa”.

De lo expuesto, se advierte con rara uninformidad que la sociedad es la única llamada á ejercer el derecho de castigar (á excepción de los preceptos teocráticos de la justicia absoluta), por lo mismo que cualquier atentado contra su funcionamiento normal, trae como consecuencia la alarma social, ya se trate de un delito que ataque directamente á su organización ó á cualquiera de sus miembros individualmente. Al respecto, dice Vidal, “todos los sistemas relativos al derecho de castigar reconocen la necesidad de la ley penal y el derecho inegable de castigar, y no difieren más que en la manera de justificar este derecho y de calificar las bases de la penalidad; indispensables para que la sociedad funcione”.

Ahora bien, si la sociedad es la única que debe castigar la comisión del delito, sólo ella debe ejercitar la acción persecutoria de la sanción penal, mediante la función especial de que dispone para ello; pero al herir esta cuestión, surge una nueva divergencia de opiniones, como veremos luego, unas que sostienen la acción penal pública y otras la privada.

II

La ofensa que la acción punible ocasiona en el orden establecido afecta incuestionablemente al organismo social, pero con mayor intensidad conmueve al agraviado; conservando, por decirlo así, cierta semejanza este fenómeno, con el que ocurre en el organismo animal, que cuando una excitación exterior impresiona su

sencibilidad, irrita con más fuerza los tejidos que la sufrieron. Ello implica, que no solo la sociedad sino también el individuo sufren las consecuencias del delito y ambas son afectadas por él; explicando la obligación que tienen para exigir la sanción correspondiente. En dicho conflicto mas aparente que real, ¿quién debe ejercer la acción criminal?. Al respecto se conocen varias opiniones divergentes, sin que la ciencia penal haya dado definitiva solución á la cuestión debatida.

Para los publicistas Glaser, Sandelín, Sechandorff y otros el ejercicio de la acción penal debe corresponder al ofendido ó perjudicado. Es decir que la *acción es privada*; basada en el sistema de procedimiento *acusatorio*, que consiste en que ninguno puede ser sometido á juicio, sin una acusación que se dirija contra él por parte de un particular, ora que pida éste el castigo en nombre del interés privado, propio ó ajeno, ora en nombre del interés público, con la obligación de probar la culpabilidad del acusado, para lo cual en algunos países es obligatorio prestar una fianza, sin perjuicio de las responsabilidades penales que puede contraer. Sin que sea permitido instaurar el juicio por acusación oficial lo que daría pretexto á medidas arbitrarias. Su consecuencia es la controversia entre particulares con igualdad de derecho.

“Se funda en que el legislador debe mostrarse, más cuidadoso en defender al individuo contra la opresión de los Poderes públicos que de proteger á la sociedad contra los atentados del individuo; de lo que ha deducido, que no debe haber personas oficiales encargadas de perseguir las infracciones de la ley y que esa persecución ha de encomendarse al interés de todo buen ciu-

dadano que debe tener en que sean respetadas las garantías individuales y sociales”.

En el sistema acusatorio el medio indispensable para poder incoar el procedimiento, es la querrela de parte.

La escuela positivista ha formulado la siguiente crítica al sistema: “Llama la atención esa artificiosa semejanza de los juicios penales y civiles; el acusador y el deudor, el actor y el demandado en éstos; el representante del Ministerio público y el abogado, el acusador y el defensor, en aquéllos; el juez en ambos, dispuesto á afirmar con su sentencia el derecho controvertido. Esa necesidad de las dos partes en la causa no obedece á otra cosa que á las antiguas formas del proceso criminal, nacidas en un tiempo en que la persecución de los delincuentes no era considerada como una función social, porque no se entendía que la ofensa afectase á toda la sociedad. Con arreglo á este criterio, con la igualación que se pide á las partes beligerantes, con las condiciones de la lucha que se prepara, no parece que se trata de averiguar quien sea el culpable, sino cual sea el vencido”. [Nueva Ciencia Penal por Félix Aramburu y Zuluaga).

Son muchas las críticas y objeciones que se han formulado al sistema acusatorio, por lo mismo que es una forma de procedimiento desadaptada á las condiciones actuales del medio social y á las exigencias de la ciencia penal; sin embargo, que en otro tiempo llenó el fin que entonces le asignaron, constituyendo ahora un rezago de épocas pretéritas de tiempos seculares; ya que “ninguna institución jurídica, política, económica, internacional, social, tiene el poder de resistir á la fuerza del tiempo; todo se transforma y se desenvuelve”. Voy á señalar algunas de aquellas:

“La acción penal debe tener como única norma: la justicia, que si es verdad no tiene corazón—no siente amor ni odio, la participación del ciudadano en esta, aparte de que evocaría un pasado lejano, la venganza privada; la acusación respondiente al postulado de la misma venganza, génesis del derecho de castigar en otro tiempo, contraría los factores que informan la institución del Ministerio público; quitarían la calma y serenidad que anima el desenvolvimiento toda de la acción penal, revistiendo los actos instructorios de la odiosidad, la violencia, propia de quien es ofendido”.

“La anomalía orgánica del delito, produce así como la anomalía orgánica en el ofendido y en las personas interesadas, que se mueven siempre, aparte del motivo social, por una causa psíquica y económica. El ofendido no es impulsado jamás por un sentimiento altruista, sino por el egoísmo. Obra por un impulso antisocial, como el odio y la venganza, etc”.

“No puede acariciar, por tanto, la idea de justicia un individuo que por consecuencia del delito cometido, se encuentra en un estado de exaltación psíquica. Suponer calma en el hijo que tiene presente el cadáver de su padre asesinado; en el robado reducido á la pobreza por el robo; en el interesado que asistió á la ruina de la propia familia, es desconocer la naturaleza humana en su realidad, es sentimentalismo puro demasiado violento”.

“La escuela representada por Glaser confunde dos órdenes de ideas bien distintas: la reparación del daño privado y la reparación del daño social; desconfía del Ministerio público, compromete la libertad individual, perturba el sentimiento jurídico en la conciencia de los hombres”

(El Procedimiento Penal y su desarrollo científico por F. Manduca).

Si de los delitos comunes pasamos á los políticos, la acción privada es arma demasiado peligrosa para la estabilidad del orden social, cuando en estos casos no siempre está suficientemente garantida la acción del Ministerio público, ponerla en manos de particulares sería eregir culto al odio, al rencor, la pasión, la venganza i otras innobles aspiraciones, que sirvan de violento ataque á toda garantía y libertad constitucional, para entronizar casi siempre el más duro despotismo; ya nuestra historia patria nos tiene señaladas muy duras enseñanzas. “Los que bajo un Gobierno despótico, anticonstitucional, dice Manduca, se sienten empujados por el fanatismo ó la exageración de un sentimiento político, religioso ó social, acarician ideales retrógados ó anárquicos, y constituyendo facción más bien que partido, son muy peligrosos por su profundo odio y por su salvaje venganza; concederles la acción penal produciría efectos contrarios al fin social á que aquella se encamina”.

* * *

Según Gneist, Geyer y otros, sostienen que, en defecto de la acción del Ministerio público pueda ejercitarse la acción por todo ciudadano en plena posesión de los derechos civiles ó sea por *acción popular*. Su fundamento descansa en que las infracciones de carácter público, no dañan directamente los derechos de particulares, sin embargo, comprometen el orden social, que violando las disposiciones de carácter constitucional ó legales existentes, obligan al ciudadano el cumplimiento de un deber cívico, cual es el de tener que ocurrir en demanda de sanción, por lo mismo

que al tratarse de intereses comunes le afectan como miembro integrante de la colectividad.

Manduca, combate esta forma de acción penal en los siguientes términos: “La escuela capitaneada por Gneist y otros publicistas, nos haría volver al derecho Romano, á las acusaciones injustas, inmorales, vejatorias, tan bien descritas por Tácito y Plinio. La acusación degeneraría en arma de rencores privados, abriría la puerta á molestias injustificadas, alteraría la paz de las familias, quitaría prestigio al Ministerio público, atentaría á los derechos del Estado, el cual por interés colectivo tiene el derecho para su existencia, política, moral, económica y social, á tener un órgano, un funcionario que represente el poder social y ejerza la acción penal para la actuación de la justicia punitiva”.

En cuanto, al derecho de acusar por los *delitos exceptuados*, es principio unánimamente aceptado que el ejercicio del derecho de acusar corresponde al agraviado ó á sus parientes; y al efecto, se aducen razones poderosas, cuyos fundamentos son bien claros, pues, el permitir que el Ministerio público ó cualquier ciudadano se mezclen en asuntos tan delicados é íntimos, constituiría muchas veces una intromisión odiosa; rompería consideraciones sagradas y respetables, llevaría la perturbación, la deshonra y el ridículo al seno de la familia; pondría en peligro lo que el propio interés reserva de ordinario dentro del recinto inviolable del hogar. Tanto más que algunos de esos delitos atañen únicamente á la persona ofendida, sin que perturben la moral ni la tranquilidad social ostensiblemente.

*
* *

Una de las formas mas avanzadas en el procedimiento criminal, sin duda, es la que está basado

en el ejercicio de la *acción pública*, mediante funcionarios encargados de acusar ante los jueces cualquier infracción punible que traga como consecuencia la perturbación social, á fin de que los infractores sean juzgados conforme á los preceptos de la norma jurídica violada y se les imponga la acción á que se han hecho acreedores.

Sin embargo, este principio ha sido debatido, y como hemos visto ya, existen escuelas contrarias que lo impugnan, tratando de hacer prevalecer sus doctrinas, pero ella cuenta con prestigiosos y fervientes mantenedores, entre los que podemos citar á los ilustres publicistas Jan-ka, Manduca y otros, quíenes sostienen que el ejercicio de la acción penal pertenece solamente al Ministerio Fiscal, como genuino representante de la vindicta pública. Por lo mismo que toda infracción del Derecho, siempre que constituya un acto considerado punible, reviste carácter público, con precindencia de los delitos exceptuados, por que el órden social lo mismo se altera por un ataque contra la colectividad ó por uno contra la individualidad. Advirtiéndolo, que debe tenerse presente que el Derecho Penal no tiene carácter privado, es eminentemente público. “En todo juicio penal, dice Banocci, no se trata sólo de la causa de este ó de aquel ciudadano, sino de la causa de todos los ciudadanos y de la sociedad entera”

“El delito, dice el distinguido intelectual Dr. Félix Cosio, por su naturaleza misma, como producto patológico de la sociedad, daña en forma permanente y continua á ésta y solo temporal, asilada y distintamente, en cada vez, á los individuos; y que la reprensión debe también brotar del conjunto social como una función organizada y dosificada, en que la parte dañada se repare como resultado de la reacción general, sin ex-

hibir el encono y la siempre exagerada valuación del daño. Así, pues, ni el antiguo Código excluía la acción pública de acusar, aún cuando permitía la acción privada, que en el vigente (C. P. M. C.) está excluida como peligrosa y anacrónica forma, rezago trasformación de la primitiva venganza." (Revista del Derecho N.-28)

La acción pública para perseguir los delitos ha originado el sistema de procedimiento criminal que se conoce con el nombre de *inquisitivo*, fundado en que la acusación ó indagación oficial encargada al Ministerio público sustituye á la particular; siendo la *denuncia* el medio ó forma de dar comienzo al juicio, y consiste en la manifestación ó aviso que un particular ó autoridad dá al juez, para la correspondiente tramitación, sin que esté obligado á probar los hechos que acusan, ni ser parte en ella. Otro de los medios de dar comienzo á la instrucción es la *dela-ción*, ó sea el aviso secreto que se dá, sin la responsabilidad de la denuncia, y de sus consecuencias.

"El representante del Poder social, además de ser el único funcionario apto para imprimir en el ejercicio de la acción penal los necesarios requisitos de rectitud, seguridad, energía y autoridad, no personifica más que un principio: la justicia; ella no podría serena y tranquila describir su órbita, á fin de asegurar al ciudadano en los sagrados derechos de la libertad individual. A su acción tranquila, plácida, fría; reemplazaría la apasionada, violenta, turbulenta y agitada del ciudadano."

"La justicia colectiva y legal es la que puede garantir, no solo los derechos del Estado, sino también los del individuo, puesto, que unicamente la autoridad se encuentra en condiciones jurídicas, atendida en su función normal de regular

el modo y forma del ejercicio de la defensa social, que tiene por objeto la tutela jurídica.”

“El Estado es solo órgano de la justicia penal. Sentados estos postulados, en buena lógica, ¿se puede defender á todo ciudadano ofendido ó que no lo sea, permitido vengarse bajo el pretexto de la ley, que puede impunemente cometer un asesi- natomorar? ¿Cual de los sistemas es mas estima- ble; el que se apoya en la calma, la serenidad y el amor á la justicia, ó el que se funda en la agita- ción, en la ofuscación moral, en el odio, en la pa- sión, en la venganza? En pocas palabras, ¿cual es el sistema mas aceptable; el de la iniciativa individual, interesada directa é indirectamente en el castigo, ó el de la iniciativa social, que no tiene otra aspiración que la justicia? No duda- mos en escoger el segundo, por que responde á las exigencias sociales” (Manduca).

Como el delito no solo perturba el órden so- cial, ni ataca únicamente los derechos individua- les, sino tambien causa daño material y algunas veces irreparable en el agraviado; es por eso un principio general, el conferido, al damnificado para poder exigir la indemnización del perjuicio que ha sufrido; sin que la acción pública le prive de ejercer ese derecho.

Finalmente, la función del Ministerio Fiscal, tiene como poderoso control el ejercido por la opinión pública y la prensa, en efecto, “la socie- dad tiene medios morales y disciplinarios, como garantía contra los posibles errores del magis- trado acusador y para moderar los efectos de su poder negativo: la opinión pública, la imprenta. En nuestros dias la prensa libre vela más de lo necesario por la tutela de los intereses públicos, dice el profesor Carrara. En nuestros tiempos la opinión pública hace juicio de la historia, es- cribe Rolín Jacquemyne”.

* * *

Existe una propensión común en los sostenedores de cualquier idea, de cualquier doctrina ó convicción: de exagerar los fundamentos y razones en que se apoyan, atribuyéndoles carácter único, exclusivo y hasta absoluto; sin conseguir por este medio dar mayor prestigio del que tienen sus opiniones, parece que más razonado y lógico sería, conservarse en el fiel de la balanza, en la perpendicular de la verdad. Hemos notado esto mismo en lo que llevamos expuesto; que mientras los mantenedores de la acción privada, fundan sus pretensiones en una exagerada libertad individual, y encuentran en el Estado la propensión á enervar la personalidad humana, ha absorber sus derechos y supeditar sus actividades; en cambio para los mantenedores de la acción pública, el delito es un producto de la sociedad á quien directamente ataca, y en su virtud sólo corresponde al Estado ejercer los medios conducentes para reprimir sus consecuencias; puesto, que lo hace en virtud del derecho de castigar, que no se funda en la venganza privada, ni tiene en cuenta las afecciones propias del ofendido.

Lo expuesto anteriormente presenta dos extremos igualmente peligrosos, que son: “la estatolatría ú omnipotencia del Estado y el arbitrio individual”.

Para conciliar ambos extremos, se ha propuesto la *acción subsidiaria* del individuo en la acción pública de acusar los delitos, en los que interviene el Ministerio Fiscal, coadyuvando con él en forma auxiliar á fin de orientar mejor y robustecer su iniciativa.

La fundamentan las opiniones siguientes: La escuela representada por Schutze, propone que

la acción popular puede ser ejercitada mejor en la vía subsidiaria, en libre concurrencia con la acusación del Fiscal. En cambio Cesarini la admite como complemento de la acción principal del ciudadano ofendido ó perjudicado por el delito y como suplemento de la inacción del Ministerio Fiscal en todos los actos que produce daño público inmediato; esta teoría es defendida igualmente por Borgatti y Borsari. Discrepan de los anteriores Carrara y Casareti, negando terminantemente la acción subsidiaria del ciudadano, no ofendido ó perjudicado por el delito.

Participa de la idea que expongo, Holtzendorff, quien manifiesta que “la esencial ventaja de la acción penal como subsidiaria á la del Ministerio público, no está en la extensión de la tutela jurídica del ofendido, sino que consiste precisamente en la creación de una poderosa garantía de defensa del derecho público”.

Además, Borgatti, “declara que la tutela excesiva no es signo de avanzada civilización y de bien entendida libertad; por el contrario; es indicio seguro de infancia social y servidumbre”.

Estoy de acuerdo con los principios que establece el sistema de acción pública y me convienen las ventajas que ella tiene con relación á la forma de acusación privada, pero no creo que debe ser esclusiva en el procedimiento criminal; pues, es innegable que la intervención subsidiaria del agraviado en la acusación del Ministerio público, en vez de ser perjudicial, es provechosa para la indagación del acto punible, contribuyendo siempre con eficacia á su comprobación.

En efecto, la acción subsidiaria no se opone á la acción pública, al contrario la completa, y ambas se armonizan; por que como ya he manifestado, aquella coopera con el Ministerio público, á fin de orientar mejor la secuela del juicio y

aporta datos de más interés para el juzgamiento; no debe, pues, ser confundida con la acción privada, que peca de exclusiva, al dar demasiada intervención al agraviado, no solo para el acto de querrellarse, sino que al considerársele como parte en el procedimiento lo eterniza, prolongándolo á su antojo, indefinidamente; y así obstaculiza y enerva la acción fiscal; aparte de los muchos abusos que en la práctica se notan. Como observa el Dr. Cornejo "la querrela reduce al juez á la pasividad y á la inercia, no siquiera de árbitro, sino de registrador automático de decretos y trámites fijados de antemano. La investigación inquisitorial se agrava singularmente, porque su dirección está en realidad confiada al abogado del querellante, que designa los testigos, que se opone á la libertad y que solo demora el proceso con articulaciones fáciles, convierte la prisión preventiva en pena de presidio que el hambre y la infección de las cárceles, transforma en lucha con la muerte, cuya única liberación es la fuga".

Por otra parte, la inacción del Ministerio Fiscal en acusar los delitos, compromete los derechos de la sociedad y del agraviado, que al dejarlos impunes consiente en el aumento de la criminalidad, este abuso puede ser corregido por medio de la acción subsidiaria del perjudicado.

No se nos arguya, que la acción subsidiaria perturba la penal y muchas veces la debilita y destruye, porque no es cierto, nadie puede proceder con más interés que la víctima, por lo mismo que las consecuencias del crimen le afectan hondamente en su persona y en sus derechos; por eso despliega toda actividad, para conseguir se descubra aquel en toda su magnitud, por mucho que el reo se esfuerce en echar sombras para lograr su impunidad.

Tampoco puede ser la venganza el móvil que induce á la víctima á pedir sanción; como afirman los adversarios de la acción privada, puesto que es el ejercicio de un derecho; aparte de que cumple un deber y una obligación social. Por eso alguien dijo: "el que por una falsa generosidad ó compasión no denuncia el delito de que tiene conocimiento, causa un mal á la sociedad y al mismo delincuente, ya que no favorece su corrección, y aún concediendo que hiciera un bien particular, se opondría el bien general que es superior á aquel". Si consideramos la venganza como causa determinante de la iniciativa individual, lógicamente llegaremos á afirmar, que también lo es para la sociedad; conformándonos en este respecto con Kant, quien cree: "que la ley del talión bien comprendida es la mejor regla para determinar la calidad de la pena". [El Delito y la Pena—Proal]. Si la "venganza fué sinónimo de Justicia" para Platón y constituyó el fundamento de castigar en una época remota, esto no implica que la sociedad y el individuo de hoy procedan por móvil tan estrecho.

Se quiere encontrar motivo suficiente para negar la iniciativa particular, por participar de la influencia de un estado psíquico anormal, debido á la exaltación propia del que es ofendido, como el odio, la pasión, etc; pero debe tenerse en cuenta que su intervención en el juicio no es decisiva, porque al pasar por el riguroso tamíz del criterio judicial, se aprecia su verdadero significado: Tanto más que, él no juzga, ni califica el delito, simplemente coopera en la acción investigadora en forma subsidiaria.

Además, tanto el representante de la ley, como el Juez Instructor, por mucho interés que tengan y actividad que desplieguen en descubrir el acto punible, no pueden conocer las intimidades y de-

talles especiales que lo ha rodeado, que en muchos casos son indispensables para comprobar su autor; si se estima en algo el valor de la prueba indiciaria, encontramos que estos detalles tienen importancia decisiva, y que la víctima y sus allegados están en condiciones ventajosas de conocer mejor.

Pero suponiendo que el Fiscal, debido á su celo y actividad, aporte su contingente en forma eficaz para el juzgamiento del hecho, puede suceder que se trate de un caso aislado, sin que esto quiera decir que siempre esté en condiciones de hacerlo, por no disponer para ello del tiempo necesario; especialmente en nuestro país, donde se ha recargado su labor con múltiples funciones, tanto en el ramo judicial, como en el administrativo.

Luego, si nos apartamos del terreno de los principios y vemos con criterio práctico el asunto, advertimos que el personal del Ministerio público en el Perú, no corresponde á las exigencias del nuevo Código, con relación á la acción pública, puesto que es necesario disponer de un número de profesionales idóneos que representen dicha función en las distintas provincias del territorio nacional, pues, está probado que los cargos de Promotores Fiscales no satisfacen á la alta y delicada función encomendada á empíricos, que no reúnen requisitos de competencia y probidad; ésta necesidad parece que no se puede salvar por ahora, en vista de la crisis económica por la que atraviesa el erario fiscal y por no haber suficiente número de profesionales que desempeñen esos cargos, á pesar de la plétora que en apariencia parece haber. En este caso ó sea en defecto de la acción fiscal, ésta sería reemplazada por la del damnificado.

Con frecuencia ocurre que la inacción del encargado de acusar obedece á influjos de personas de prestigio, de posición ó de dinero, que por ese medio logran silenciar la acción penal ó neutralizan sus efectos posteriores; esto se repite con más frecuencia en las poblaciones de secundaria importancia y en especial en aquellas en que el gamonalismo impera violentamente.

En cuanto al problema indígena, tan movido y debatido en la actualidad, por haber tomado proporciones inesperadas; no parece acertado restringir el derecho que le asiste al indígena para demandar sanción, al contrario, debe dársele amplias garantías; pues, en muchos casos son origen del delito las explotaciones del gamonal, por conseguir un "pedazo de tierra ó obligar á reconocer una deuda imaginaria para convertirlo en sirvo vitalicio de su fondo". Si la acción fuese solamente pública, el aborígena estaría impedido de alcanzar justicia; porque sabemos que no habría autoridad lugareña que dé curso á su acusación, al menos en los distritos y pueblos apartados, donde el gamonal ha sentido sus reales, quien es capaz de poner en juego todos los medios por vedados que están á su alcance sean, para obstruir la labor de esclarecimiento del delito. Esta cuestión me parece de vital importancia y habría que estudiarla con alguna detención, en especial ahora que se pretende dar una legislación indígena.

Así como el sistema de acción privada se formó con el especial propósito de ofrecer protección á los derechos individuales, el de acción pública se ha propuesto ejercer el monopolio del derecho de perseguir el delito; por eso hay que tener en cuenta que no es justo conceder demasiadas prerrogativas al ofendido, ni al agresor; pues, si es sagrada la libertad del uno, también

lo es del la otro, "porque es necesario reconocer, dice Manduca, una fuerte garantía que tenga por objeto impedir que el ejercicio de toda iniciativa y libertad individuales, obra en perjuicio de la iniciativa y libertad ajenas. Esta garantía se encuentra en la acción penal pública auxiliada por la subsidiaria y solo resta al legislador señalarle límites claros y precisos, para así alcanzar este progreso jurídico que deseamos.

Al respecto ha dicho el Dr. Eraúsquin; "la experiencia adquirida en la aplicación de este nuevo Código [C. P. M. C.] en toda la República durante el año transcurrido, revelará si ha sido conveniente la supresión de la querrela del agraviado en los crímenes y delitos graves que no sean contra la honestidad y el honor; y, en consecuencia, si debe subsistir el artículo segundo ó ser reformado, concediendo acción á la víctima para pedir y alcanzar completa reparación del mal causado. Desde luego me inclino, en el sentido de la reforma, abundando en las razones expuestas por el Presidente de la Corte de Ancas, Dr. Antolín Robles, en su memoria del año judicial de 1920 y en virtud de mis propias apreciaciones al conocer de los recursos de nulidad interpuestos por la denominada parte civil. Los inconvenientes de la querrela no son sustanciales y pueden evitarse limitando la intervención del agraviado en forma clara y precisa. (Memoria del Presidente de la Corte Suprema Dr. Carlos Eraúsquin—1921).

III

Las principales características de la acción pública en Francia, son: "El acusador público, instituido primitivamente con el solo fin de completar la acción del privado, prescrita en el anti-

guo Derecho teutónico, ha sustituido por completo al acusador privado, que ya no existe. El Código de Procedimiento Criminal afirma que sólo el acusador público tiene el derecho de iniciar persecuciones criminales. Durante el período de la Monarquía absoluta, los acusadores públicos eran nombrados por el Rey, á cuyo árbitro quedaban, por consiguiente las persecuciones. Después de la revolución francesa, durante el breve período de descentralización, los menos importantes de esos acusadores públicos fueron elegidos por el pueblo. Pero 1800 se abolió la elección y pasó á ser regla el nombramiento”.

Las disposiciones más importantes contenidas en el expresado Código son:

Art. 1^o—La acción para la aplicación de las penas sólo corresponde á los funcionarios á los cuales está confiada por la ley.

La acción para la reparación del daño causado por el crimen, por un delito ó por una falta, podrá ejercitarse por todos los que hubieran sufrido este daño.

Art. 22—A los Fiscales corresponde averiguar y perseguir todos los delitos cuyo conocimiento compete á los Tribunales de policía, correccional y de los Assises.

Italia, participa de iguales caracteres que Francia en su legislación, por lo mismo que ambos países han adoptado la acción penal pública, como se advierte de las disposiciones del Código Penal Procesal italiano, que siguen:

Art. 1^o—Todo hecho punible dará lugar á una acción penal.

Podrá también dar á una acción civil para el resarsimiento del daño causado.

Art. 2^o—La acción penal es esencialmente pública y se ejerce por los funcionarios del Ministerio público en los Tribunales de apelación y de

Assises, en los de primera instancias y Preturas.

Art. 3º—La acción civil corresponderá al perjudicado y á quien le represente. Podrá ejercitarse contra los autores, los agentes principales y los cómplices del delito, entre las personas declaradas civilmente responsables por la ley y contra sus respectivos herederos.

“El antiguo sistema germánico puso en manos de los Tribunales de lo criminal casi completamente todo lo relativo á persecuciones criminales. El procedimiento ante ellos era generalmente un procedimiento inquisitivo que los erigía en persiguidores á instancia de cualquier individuo agraviado por la comisión de un delito”.

El actual procedimiento adopta el sistema mixto, con designación de los delitos en que procede la acción pública y los que son de competencia exclusiva de la privada; como se notan de las disposiciones del Código de Procedimiento Criminal de Alemania, que van en seguida:

Art. 151—La incoación de una instrucción judicial se subordinará á la acción correspondiente.

Art. 152—Corresponde al Fiscal el derecho de promover la acción pública.

Fuera del caso en que disponga la ley lo contrario, tiene el Ministerio público, obligación de perseguir los hechos punibles que caen bajo el imperio de la justicia, en tanto que pueda apoyarse en indicios de hechos suficientes.

Art. 156—La denuncia de hechos punibles ó las querellas se pueden hacer de palabra ó por escrito al Ministerio Fiscal, ó á las autoridades ó funcionarios de policía ó de orden público, y á los Tribunales del cantón. Se llevará acta de denuncias verbales.

Cuando se trata de hechos punibles que no se pueden perseguir sino á instancia de parte, se

deberá presentar la querrela al Tribunal ó al Ministerio público por escrito ó por medio de declaraciones que se les hará constar por diligencia; á las demás autoridades se debe presentar por escrito.

Art. 414.—La persona agraviada podrá perseguir los delitos de injurias y lesiones corporales, contra los que no se puede proceder sino mediante querrela, y entablar la acción privada sin que tenga que invocar previamente el concurso del Ministerio público

Art. 416.—No entablará el Ministerio Fiscal acción pública por los hechos punibles designados en el artículo 414 al menos que el interés pública no lo exija.

Art. 417.—No es de rigor el concurso del Fiscal en los procesos por acción privada: sin embargo se le notificará el día que se fije para los debates públicos.

“La persecución de las infracciones en Inglaterra están encomendadas, al interés que todo buen ciudadano debe tener en la propiedad, la familia, la vida i la libertad individual, todas las intituciones que sirven de base y todos los intereses que sirven de lazo al Estado y al orden social á fin que sean respetados.

Aunque dado el especial carácter y costumbres del pueblo inglés, no ha corrido allí graves peligros, sino que ha quedado siempre á salvo los intereses todos, y se han castigado, en general, las infracciones, sobre todo las de carácter grave, el sistema es deficientísimo y sería funesto para otros pueblos.

Existen algunos cargos que obligan á los que los obtienen á desempeñar las funciones del Ministro público, como sucede con el *attorney general* y con el *solicitor general*; pero esto, además que sólo es en ciertos casos y para deter-

minados delitos que afectan el interés público, es insuficiente, tanto por no tener á sus ordenes para que los auxilien convenientemente, cuanto por que esos cargos los obtienen, por regla general hombres de cierta importancia profesional y política, que apenas pueden atender al desempeño de su cometido, y sólo toman la iniciativa cuando se trata de crímenes gravísimos y se los ordena el Gobierno. El *attorney general*, sobre todo, es, mas que un cargo, una dignidad.

La ley 1879, ha dispuesto el nombramiento de un "Director de las persecuciones y acusaciones públicas". Está á las ordenes del *attorney general* y debe intentar y llevar á efecto una parte de los procedimientos criminales, dar su consejo y prestar su auxilio á la policía, á los actuarios, á los Magistrados y á cuantas personas estén empeñadas en la persecución de un delito.

Dicho funcionario será auxiliado por sus sustitutos, debiendo uno y otro ser elegidos entre los *barristers* ó los *solicitors* del Tribunal Supremo".

* * *

Según nuestro Código de Enjuiciamiento en Materia Penal, derogado, existian dos formas de dar comienzo al juicio: por acción privada, mediante la querrela del agraviado ó de sus parientes y de los representantes legales de los menores é incapaces, pudiendo tambien acusar el mayor de quince años á su guardador (arts. 16 y 17); y por acción pública ó de oficio, desempeñada por el Ministerio Fiscal, quien tenia la obligación de acusar y de cooperar á la acción entablada por el agraviado, en todos los delitos, con excepción de los cometidos contra la honestidad ó el honor, en los hurtos domésticos y en

los matratamientos ó lesiones leves, salvo que la ley le considere expresamente facultad para intervenir en éstos (arts. 18).

En los delitos en que tenia facultad de acusar el Ministerio Fiscal, podian hacerlo tambien, por acción popular cualquier individuo, excepto los prohibidos por la ley; las autoridades y agentes subalternos encargados del orden público; debiendo los primeros afianzar las resultas del juicio [atrs. 19, 21 y 25].

En los casos de *in fraganti* delito, no es necesaria la denuncia en forma, bastando un aviso dado á la autoridad, para que proceda á la seguridad del reo (art. 27).

Es prohibido todo juicio criminal por anónimos ó denuncias secretas. Esto no impide á los jueces que investiguen de oficio los crímenes y persigan á los delincuentes (art. 28).

De las disposiciones que anteceden se desprende que dicho Código adoptó una forma mixta de acción penal, consecuente con igual sistema que tuvo en procedimiento.

El defecto principal del sistema, no proviene tanto de la forma de ejercicio de la acción penal, cuanto de la demasiada intervención que se le dió al ofendido en el procedimiento, que es lo que ha debido corregirse.

El Código de Procedimientos vigente dispone que: La acción penal es pública. Se ejercita por el Ministerio Fiscal y de oficio, excepto en aquellos casos en que, conforme á este Código, es indispensable la instancia de la parte ofendida, ó proceda la acción popular, conforme al artículo 157 de la Constitución del Estado (art. 2).

La parte agraviada tiene derecho de acusar por los delitos de injurias, calumnia y contra la honestidad que contra ella se comentan; y por acción popular pueden acusarse los delitos que

los Magistrados y Jueces cometan en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, tales como el cohecho, la prevaricación la abreviación ó suspensión de las formas judiciales, el procedimiento ilegal contra las garantías individuales y la promulgación indebida de los procesos criminales (art. 288 y art. 157 de la Constitución vigente).

La persona damnificada á consecuencia del delito, puede ejercer la acción civil para la reparación de los daños causados; ya sea en la via criminal ó civil (art. 3).

Por los crímenes cometidos fuera del territorial con un peruano, se requiere la denuncia del agraviado ó de sus parientes para incoar la instrucción; por tanto puede acusar de oficio el el Ministerio Fiscal (art. 9).

Entre las atribuciones del Ministerio Fiscal figura: la de iniciar la acción criminal ó denegarla. con motivo de las denuncias hechas. Si estas denuncias se refieren á los delitos flagrantes ó cuasi flagrantes ó si provienen del agraviado ó de sus parientes; el Ministerio Fiscal deberá obligatoriamente presentar la denuncia ante el juez instructor; pero debe expresar al pie de ella que en su opinión no procede la instrucción [art. 15].

Según el art. 18. Para el efecto de denunciar á los jueces los delitos y acompañar los datos que hubieran podido recoger, ejercen tambien las funciones fiscales los Prefectos, Subprefectos, Gobernadores, Comisarios, Alcaldes provinciales y de distrito: pero no podrán intervenir, una vez que, iniciada la instrucción, asuma la acción pública el Agente Fiscal ó Promotor Fiscal nombrado.

En los casos de flagrante ó cuasi flagrante delito, la denuncia directa al Juez instructor so-

lamente pueden hacerla el agraviado ó sus parientes y los guardadores por el menor. Cualquiera del pueblo puede denunciar el hecho delictuoso ante el Ministerio Fiscal, el cual solamente solicitará que se abra instrucción cuando juzgue efectivo y justiciable [art. 52].

Las disposiciones del nuevo Código referentes á la acción criminal, en tésis general, están inspiradas en los principios más adelantados de la ciencia penal; puesto que armonizan de manera justa los derechos que asisten tanto al individuo, como á la sociedad en la persecución del acto punible; pero juzgo conveniente se introduzcan ligeras modificaciones en cuanto á la intervención del agraviado en el desarrollo del procedimiento, pues, se notan algunas deficiencias; por ejemplo, la relativa á la libertad provisional del acusado, que el juez puede concederla bajo caución ó fianza, en delitos que no merezcan prisión mayor de dos años [art. 74]. Como en este incidente no tiene personería al agraviado, y por tanto no puede controlar que se cumpla esta disposición, es susceptible que el juez si quiere favorecer al encausado acceda á su libertad, aún cuando al delito corresponda pena mayor y más si está de acuerdo con el Promotor Fiscal; así el culpable tendría expedita la fuga, consiguiendo la impunidad del delito, y en el mejor de los casos, obtendría una pequeña indemnización la parte civil.

IV

Reconozco las bondades que tiene la acción pública como forma de incoar el juicio criminal; pero, llevo el convencimiento de que su iniciativa no puede ser eficaz, mientras no cuente con el auxilio subsidiario del agraviado.

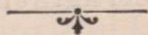
En consecuencia, juzgo que deben modificarse las disposiciones contenidas en el nuevo Código de Procedimientos, en el sentido de conceder mayor participación al ofendido en el procedimiento; pero debe cuidar el legislador de señalar con claridad y precisión esa intervención, á fin de evitar los defectos del Código derogado, consultando al efecto las condiciones étnicas y sociales del medio: por que ya es tiempo de proscribir el sistema de ensayos é incertidumbre que caracterizan nuestra legislación y es menester establecerla sobre bases sólidas.

Pues, hay que tener presente que la acción pública debe indispensablemente contar para su ejercicio con una experta policía judicial, como ocurre en los países de Europa y Estados Unidos; en los q' contribuye eficazmente á descubrir toda clase de delitos, recogiendo pruebas y suministrando á las autoridades judiciales cuantos indicios pueden conducir al descubrimiento de los culpables.

“Tratándose de la policía puede decirse, sin hipérbole que entre nosotros, esta todo por hacerse”; en efecto, la policía general está mal organizada y peor desempeñada; y en cuanto á la policía judicial no existe, sino como una ramificación muy secundaria de aquella.

Cuzco, Diciembre de 1921.

R. Delgado de la Flor



Rectorado de la Universidad del
Cuzco

18 de diciembre de 1921.

A dictámen del Señor Catedrático del curso,
Dr. Félix Cosío.

GIESECKE

Señor Rector:

El tema que desarrolla el bachiller don Rodrigo Delgado de la Flor es uno de los más interesantes de la ciencia procesal penal, y de los más debatidos en la actualidad. En la precedente disertación ese interés se mantiene y acredita por la forma amplia y metódica como se ha estudiado esta materia. Corresponde, pues, su mérito al objeto académico para el que se ha presentado. En consecuencia puede Ud. disponer que sea discutida en las pruebas doctorales á las que debe someterse dicho postulante.

Cuzco, 19 de diciembre de 1921.

FÉLIX COSÍO.

V^o B^o—GIESECKE.

