

en la práctica. ¿Cómo se procedería de oficio en la violacion de secreto, en la estafa cometida contra un particular, en el allanamiento de morada y otros semejantes, si el interesado ofendido no se queja del delito y solo un tercero en nada perjudicado se presenta á pedir su castigo? En estos casos, ni aún puede justificarse la existencia del delito si el ofendido no se queja. Nosotros creemos que: supuesto que el art. 261 del Código penal dice que se extingue la accion penal por consentimiento prévio del ofendido cuando el delito sea únicamente contra los intereses del *ofendido* si éste tuviere la libre disposicion de ellos y no resultare daño, alarma ó peligro á la sociedad ni perjuicio á un tercero; en todos los casos comprendidos en esta prescripcion no puede procederse de oficio, pues en el hecho de no quejarse el ofendido hay una presuncion de que consintió en la ofensa ó de que no la reputa como tal. Por lo demás, debe tenerse presente que nuestras leyes no han procedido previniendo que se persiga de oficio todo delito excepto los que ellas mencionan, sino al contrario, la primitiva legislacion de las Partidas prohibió la continuacion de procesos aunque versasen sobre delitos públicos, siempre que se desistiera el acusador (ley 22, tít. 1º, part. 7ª) y solo despues las leyes recopiladas autorizaron el procedimiento de oficio á pesar de tal desistimiento siempre que el delito ofendiera el órden público, espresion vaga que fué aclarándose por leyes posteriores que individualizaron cuáles eran delitos privados, pero que no excluyen el tener como tales otros de igual naturaleza. De manera que estas leyes mas bien que como enumeracion de los únicos delitos privados, deben tenerse como aclaratorias, por vía de ejemplo, de tales delitos. Es lástima que ni el Código penal ni el Proyecto hayan fijado con precision y claridad lo que debe observarse en esta materia. Por lo demás el Código penal no deroga expresamente la legislacion antigua, y segun ésta no se procedía de oficio en el hurto, daño y fraude pri-

vados (ley 14, tít. 14 y 3, tít. 16, partª 7ª), lo que revela que no puede procederse de esa manera en todos los delitos que hemos mencionado. *Ubi eadem est ratio, eadem esse debet juris dispositio.* Pero aún tratándose de delitos privados, excepto el adulterio, puede procederse de oficio, siempre que por su publicidad y por la repeticion conque los comete un mismo individuo causan verdadera alarma, provocando con la impunidad estímulos á los otros miembros de la sociedad. Sin duda por esto nuestro Código penal en sus artículos citados no admite desistimiento del ofendido despues de formulada la acusacion, pues ya entónces el delito se hizo público y causó alarma. Lo mismo previenen las leyes 28, tít. 1º, part. 7ª, y 3, y 4, tít. 17, part. 3ª, fundado en las cuales Antonio Gomez dice: (Var. Res. cap. 12). *Advertendum tamen quod licet in delictis privatis non competit ausatio cui-libet de populo, sed tantum ofenso, tamen potest, imno tenetur iudex ex officio suo inquirere, procedere et accusare si ofensus non acusat, vel si desistat ab accusatione proposita.*"

§ 5º

EXCEPCIONES.

En materia criminal lo mismo que en materia civil las acciones se destruyen ó se paraliza su ejercicio judicial por medio de las excepciones. Cuando éstas producen el primer efecto se llaman perentorias y cuando el segundo dilatorias. Excepciones en general se llaman todos los medios de defensa que emplea el reo, y éstas, ya sean perentorias ó dilatorias, las tratamos únicamente en cuanto afectan al procedimiento, y no en cuanto importen atenuaciones de la pena ó exculpaciones de la responsabilidad del reo. En este supuesto, las excepciones dilatorias ó ven á la persona

del acusador y del acusado, ó á las funciones del juez ó á la accion criminal intentada; y todas ellas se reducen á falta de personalidad en el actor ó reo, defecto de afianzamiento de calumnia, incompetencia de jurisdiccion, recusacion, falta de conciliacion, oscuridad de la demanda, litispendencia, extincion de la accion penal.

1º *Falta de personalidad en el actor ó reo.* Hemos visto quienes son partes legítimas para acusar y con qué requisitos pueden hacerlo y cuáles son los delitos en que se puede proceder de oficio; y por lo mismo, el acusado puede objetar un procedimiento por falta de acusador, cuando deba existir éste, ó por falta de personalidad en el que se presenta con tal carácter. Así es que puede oponerse á la apertura de un proceso, que se inicia *de oficio* debiendo solo abrirse por acusacion privada ó á lo ménos por delacion formal, como en los delitos de injurias, estupro, adulterio, etc.; ó como cuando se presenta como acusador una persona sin la edad requerida ó que no tiene el derecho de perseguir el delito, como si el suegro acusara á su yerna de adulterio. En estos casos puede oponerse la excepcion aún durante el sumario y ántes de la acusacion formal, pues en concepto de Villanova (observ. 2, núm. 16) "puede oponerlas tan luego como se le confía el proceso; y el juez debe precaver toda informidad, expediendo, desde el umbral del juicio las querellas, acusaciones y dilaciones que aparezcan siniestras, á cuyo proveido debe descender sin esperar que el reo lo pida. Del mismo modo debe cuidar de no promover de oficio las que sean injustas, contrarias al método forense y de trasgresiones que no merezcan inquisicion." Luego si en materia criminal el juez de oficio debe cuidar de la validez del procedimiento; si segun nuestra Constitucion política, desde el principio del proceso debe hacerse saber al reo el nombre de su acusador y el motivo de su procedimiento (art. 20, frac. 1ª); si segun el art. 64 de la ley de 17 de Enero de 1853 todas las diligen-

cias de juicios criminales serán verbales, teniéndose por simples comparencias los escritos que se presentaren; y si deben seguirse, segun el art. 73 de la misma, en pieza separada los incidentes que puedan separarse del proceso, sin embarazar el curso de éste, es claro que el acusado, de palabra puede oponer las excepciones á que nos venimos refiriendo, y si el juez las encuentra justas y necesitan prueba, puede formar artículo sobre ellas y fallarlas en incidente separado sea cual fuere el tiempo en que se opongán; pues la existencia de tales excepciones es motivo suficiente para sobreseer de oficio durante el sumario ó para alegar de nulidad en la segunda y tercera instancia, de la sentencia pronunciada en primera, como demostraremos al hablar de recursos. Si la falta de personalidad es palmaria, esto es, constante en autos; como si se procedió de oficio en adulterio, ó se admitió como acusador á un extraño en delito de estupro, en cualquier instancia se debe cortar el proceso por ser enteramente nulo. ¹ Así lo dice el art. 86 del proyecto.

Lo mismo que hemos dicho respecto de falta de personalidad en el actor, debe ² decirse respecto de la del reo; pues el juez de oficio (art. 34, frac. 7ª al fin. Código penal) debe investigar y hacer declaracion espresa sobre si el acusado es loco, de dudoso juicio, sordomudo, menor de 9 años, sobre si cometió el delito en estado de completa embriaguez y demás circunstancias que hemos mencionado al hablar del acusado; y desde el momento en que resulten comprobadas, lo declarará así y sobreseerá en el proceso poniendo á los jóvenes en establecimiento de educacion correccional, á los locos

1 Villanova, observ. 2, pár. único núm. 17 dice: "De suerte que la mano poderosa del juez es la que gobierna con rectitud el juicio, siendo de su cargo en lerezarlo, quitar de enmedio los yerros emergentes y suplir las *omisiones de derecho* en que incurran las partes.

2 Adelante diremos de qué manera y en qué casos se nombra tutor al acusado y acusador.

en poder de sus familias bajo de fianza, ó en el hospital, en los términos que previenen los artículos 157 á 165 del Código penal.

2º *Defecto de afianzamiento de calumnia.* La ley 7ª, tít. 33, lib. 11 Nov. prohíbe admitir ninguna acusacion, denuncia ó delacion [formal, sin prévia fianza del querellante de pagar las costas del juicio y de estar á la pena que le resulte si la acusacion fuere calumniosa. Pero como la ley 2, tít. 34, lib. 12 Nov. dispone que en delitos públicos el juez proceda de oficio sea cual fuere el conducto por donde venga la denuncia, es evidente que el reo no puede exigir fianza á su acusador, sino cuando el delito es de los que solo se persiguen por queja de la parte agraviada. No falta quien¹ sostenga que precisamente en este caso no debe exigirse fianza, porque la ley que lo previene no derogó la de partida (26, tít. 1º, part. 7ª) que libra de pena á los ofendidos cuando la acusacion que hicieron resulta falsa; pero habiendo nuestro Código penal en su art. 663 identificado la responsabilidad de acusadores, denunciadores y delatores sin distincion de si son los ofendidos ó nó, es claro que en todo caso están obligados á dar fianza de calumnia y de perjuicios. Como hemos dicho, esta excepcion se seguirá en incidente separado, sin suspender la secuela del proceso en cumplimiento del art. 73 de la ley de 17 de Enero de 1853 y 78 de la de 5 de Enero de 1857.

3º *Oscuridad de la demanda.* Como en materia criminal la demanda es la formal acusacion que se hace despues de concluido el sumario y despues que en virtud de las prescripciones constitucionales se le hizo saber al reo el motivo del juicio criminal, no es posible oponer la excepcion mencionada que tiene por objeto evitar el juicio, sino lo que procede es la nulidad del procedimiento en caso de que no se haya

1 Verlanga Huerta. Procedimiento en materia criminal, pág. 47.

cumplido con el requisito de hacer saber al reo la causa del proceso y nombre del acusador (art. 58, frac. 1ª, de la ley de 15 de Junio de 1869); ó el recurso de amparo si el reo opta por este extremo en tiempo debido.

4º *Falta de conciliacion.* Esta debe preceder á los juicios criminales que versen únicamente sobre injurias *personales*, esto es, aquellas que se estinguen con una satisfaccion del reo aceptada por el ofendido, porque importan un ultraje á la honra, buen nombre ó fama del quejoso (art. 26 de la ley de 4 de Mayo de 1857; 89 de la de 23 Mayo de 1837, art. 282 de la Constitucion de 1812, y 4º del decreto de 18 de Mayo 1821, O. de 28 de Octubre de 1813 y ley 17, tít. 8, lib. 7 Recop. de Indias). Como excepcion dilatoria en delito *puramente privado* puede oponerse desde que se inicia el procedimiento y de oficio el juez debe rechazar acusacion sobre injurias que no venga acompañada del certificado de conciliacion. Esta se practicará con arreglo á las leyes de procedimientos civiles y ante el juez menor respetivo (art. 16 de la ley de 17 de Enero de 1853).

5º *Litispendencia.* Al hablar de acumulacion hemos explicado esta excepcion, así como el tiempo, forma y casos en que debe hacerse valer.

6º *Incompetencia.* Esta excepcion no puede oponerla el reo durante el sumario, sino hasta el plenario, esto es, hasta que se formule la acusacion (art. 68, ley de 17 de Enero de 1853 y 74 de la ley de 5 de Enero de 1857). El proyecto dice que puede oponerse durante la instruccion ó una vez abierto el plenario (artículos 685 y 556); pero opuesta durante la instruccion se seguirá por incidente separado, sin suspenderse aquella hasta que esté concluida. Sobre la forma de interponer esta excepcion y trámites del juicio de competencia, hablaremos en párrafo aparte.

7º *Extincion de la accion penal.* Como hemos indicado, la accion penal se extingue por prescripcion, por sentencia

irrevocable, por amnistía, por desistimiento ó perdon del ofendido, y por muerte del acusado; y segun el art. 254 del Código penal, el reo puede alegar en cualquier estado del proceso estas excepciones, excepto la de muerte del acusado, en cuyo caso y en los demás, sobreseerán de oficio los jueces luego que descubran que ellas existen.

8º *Recusacion.* Aunque en concepto de algunos autores el derecho de recusar no es una verdadera excepcion, sin embargo, para el efecto del procedimiento importa poco la cuestion de palabras y lo necesario es fijar en qué casos cabe y cómo debe hacerse valer este derecho. Se llama *recusacion* la excepcion que se opone á un juez ó á otro ministro de justicia para que no conozca de una causa ó no intervenga en ella; y se llama *escusa* el acto por el que un juez declara que se abstiene del conocimiento de un negocio, por no considerarse con la suficiente imparcialidad para juzgarlo.

Hemos enumerado en el párrafo 3º próximo anterior los motivos de impedimento y recusacion de un juez; y esos mismos pueden fundar una escusa, pues la ley de 4 de Mayo de 1857 vigente en lo criminal dice en sus artículos 152 y 144: que los ministros del Tribunal y jueces de primera instancia pueden escusarse del conocimiento de un negocio solo por *causa justa* segun su conciencia, cuya causa puede ser objetada por los interesados en el proceso y entónces se decidirá el incidente en los términos que las recusaciones.

Ya hemos visto que segun la ley de jurados de 15 de Junio de 1869 las *partes* pueden recusar hasta 12 jurados dentro de las 24 horas de notificada la lista; y que si hubiere dos procesados cada uno podrá recusar 12 jurados; que si fueren más se pondrán de acuerdo ó se sortearán para saber en qué orden pueden recusar hasta 24 jurados; y que despues de las 24 horas los jurados pueden ser recusados con causa que calificará el juez con arreglo á las leyes comunes y sin recurso alguno contra su fallo.

La ley de 17 de Enero de 1853 en sus arts. 74 á 77 previene que no se admita recusacion ninguna durante el sumario (lo mismo ordenan las leyes de 30 de Noviembre de 1846, art. 16, 6 de Diciembre de 1856, art. 37, 5 de Enero de 1857, art. 79 y art. 156 de la de 4 de Mayo de 1857); que en el plenario podrá recusarse al juez en los términos comunes y pasará la causa inmediatamente al que le siga en orden de antigüedad; que hecha la recusacion por alguno de los reos y habiendo surtido su efecto, ya no podrá recusar él mismo ni alguno de sus correos á los jueces, sino con espresion de causa que se justificará con arreglo á la ley vigente; y que si la recusacion se hiciere en segunda ó tercera instancia se suplirá el ministro recusado, como en todo negocio; y si se hiciere con causa, se calificará préviamente dentro de segundo dia (lo mismo dice el art. 81 de la ley de 5 de Enero de 1857).

Como lo indica la ley citada se puede recusar con causa y sin causa. Las causas para recusar serán las mismas que hemos enumerado al hablar de impedimento y motivos de parcialidad en los jueces. Fuera del sumario la recusacion puede oponerse en todo tiempo hasta antes de notificada la sentencia segun la práctica y la doctrina de Murillo y Curia Filípica part. 1ª, pár. 7, núm. 11, fundados en la ley 1º, tít. 2, lib. 11, Nov. Las recusaciones pueden estenderse, cuando el juez solo tenga que fallar el negocio, á sentencias definitivas é interlocutorias con fuerza de definitivas; pero no á las que no tienen este carácter (Cédula de 18 de Noviembre de 1773). La ley de 29 de Noviembre de 1867 previene que recusado un juez dejará de intervenir el actuario que tenga los autos y el nuevo juez los encomendará al actuario de su juzgado, y que un actuario no puede ser recusado más que una vez (se entiende sin causa). Estas prescripciones de la ley de 1867 deben aplicarse hoy á los secretarios de los juzgados criminales que han sustituido á los actuarios existentes cuando se dictó la ley, y pueden tambien aplicarse á los tes-