

V

CONCURSO DE ACCIONES

La terminología del párrafo pertenece a Chiovenda. La tradición doctrinaria y jurisprudencial se acoge a la expresión y habla de concurso de acciones y de concurso de normas; Carnelutti se refiere al concurso de derechos.

El tema toca de cerca elaboraciones pertenecientes de modo íntegro y legítimo, al derecho penal sustancial.

A).—Baste, para aclarar la portada, aludir al llamado concurso de acciones consistentes en los pleitos instaurados con motivo de las obligaciones solidarias (unidad del *petitum*, unidad de causa, diversidad de personas).

Se enseña que las modalidades son:

- I.—Diversas personas y una sola cosa (solidaridad). No hay cosa juzgada de una a otra. En anterior ocasión hemos examinado prolijamente este aspecto.
- II.—Las mismas personas, el mismo fin, pero diferentes causas (posesoria y petitoria; letra de cambio y relación fundamental; entrega de la cosa contra el vendedor y derecho de propiedad derivado de la venta (sic). No hay cosa juzgada de una a otra; se debe optar por una, no es posible su ejercicio sucesivo; se podrán ejercitar conjuntamente en un solo juicio (SIC), excepción hecha de su expresa prohibición legal, como en la petitoria y la posesoria. (Art. 31 C. P. C. C.)
- III.—Las mismas personas, pero se persiguen distintas prestaciones, y un solo fin económico de ambas (concurso alternativo, *actio redhibitoria, cuanti minoris*). Se satisfacen una sola vez y se puede pasar de una a otra sin que opere *demanda nueva*; es lícito ejercitar contemporáneamente la una subordinada a la otra o alternativamente, de modo que la elección extingue la virtual potestad de ejercicio de la otra, —preclusión lógica— o

la sentencia hará la condena alternativa (Restitución de la cosa o de su valor). De esta manera lo ha sentenciado la Suprema Corte, según veremos oportunamente.

Los precedentes puntos concretan el pensamiento de la doctrina dominante, acotada por nuestro Jurisconsulto Vásquez del Mercado.

Ahora bien: en la secuela civil el fin económico perseguido por el acreedor al demandar a uno de los deudores solidarios, se satisface plenamente con la sentencia estimatoria al ejecutarse, o si el deudor solidario cubre voluntariamente el importe total de la obligación. Así lo establecen los arts. 1989 y 1990 del c. c., reproduciendo el principio contenido en el art. 1204 del Código Civil del Emperador. Por esto, el acreedor puede demandar contemporánea y sucesivamente a los deudores solidarios, con tal de que no haya satisfecho el interés económico perseguido. De un solo acto jurídico surgen multiplicidad de acciones (no de derechos sustanciales), mas logrado el pago el acreedor perdió interés; de lo que ha de concluirse que estamos en presencia de concurso de acciones para perseguir un solo derecho material y de una sola relación jurídica de obligación, aunque los obligados sean varios (en el proceso penal sería: Unidad de delito, pluralidad de sujetos ac-

tivos y no pluralidad de delitos con multiplicidad de partícipes o *un* sujeto activo).

B).—Se alude también, bajo el mismo título a las acciones que puede intentar el quejoso contra idéntico demandado, exigiéndole la obligación nacida de la letra de cambio y la surgida del trato fundamental.

En cuanto a la primera hipótesis, y por ello todas las que representen análogas situaciones jurídicas, ciertamente media IDENTIDAD del fin mediato económico perseguido por el actor (*petitum*) y de igual manera que en las obligaciones de deudores solidarios, al obtener el acreedor la satisfacción de su crédito ha llenado la finalidad ABSTRACTA: y nuestro disenso con la doctrina tradicional radica en que la letra de cambio como todos los títulos de crédito que implican la literalidad, contiene una obligación incondicional de pago desligada de la relación fundamental que sin duda alguna yace en ella pero es *procesalmente* ajena a la deuda contenida en el documento cambiario; por tanto únicamente si se trata de la acción dirigida por el beneficiario contra el aceptante o avalista, será posible hacer valer como excepción (litispendencia) la existencia del pleito sobre la relación fundamental o la derivada de la sentencia ejecutoria (autoridad de cosa juzgada) o el pago de la suma debida (art. 8 F. IX de la

Ley g. de t. y o. de créd.), de lo contrario (posteriores tenedores del título), no podrán operar tales excepciones aunque medie sentencia firme sobre la acción fundamental.

La petitoria y la posesoria (art. 31 segundo apartado, c.p.c. com.) no pueden ser acumuladas; la sentencia sobre la primera cubre la segunda, pero la inversa no es cierta.

C).—El llamado concurso de acciones, consistente en el paso de la *redhibitoria* a la *cuanti minoris*, tiene su esencia en que tienden a un sólo fin económico, y satisfecha una de ellas queda sin materia la otra. Poseen en la base precisamente la desestimación de una para la procedencia de la otra y suponen una contrariedad jurídica que impide su acumulación; no obstante es dable el pasar de una a otra en el mismo pleito, con carácter subordinado. Por tales consideraciones, se les ha titulado acciones alternativas, ya que corresponde de ordinario al actor intentar una en lugar de la otra. A pesar de lo dicho, el c.p.c. com, impide la acumulación de acciones de esta índole (subordinadas) y con ello lesiona gravemente el principio de economía procesal. ¿Tal se desprende del contexto del art. 31, que niega la acumulación "en la misma demanda", de las acciones "cuando una dependa del resultado de la otra"? Así, en la acción de prenda contraria, el actor no puede pro-

ponerla alternativamente con el pago eventual del valor de la cosa, para la hipótesis de la pérdida total de ella (arts. 2011 F. III, 2017, 2856, 2875, 2876 del c.c.)

D).—Hemos llegado al punto en que se pretende interceda del modo más directo, una relación íntima entre los conceptos doctrinarios y legislativos del derecho penal y los propios del derecho procesal civil, en cierto modo estos últimos ajenos al derecho sustancial, porque el concepto de la acción y el de su ejercicio (demanda) no dependen en su desenvolvimiento de la verdadera existencia (o inexistencia) del derecho material, afirmado, ya que, la demanda es solamente la afirmación unilateral HIPOTETICA de un hecho constitutivo protegido por el derecho sustancial (consecuencia jurídica), en normas específicas (citas de preceptos legales), ya con una denominación asignada por la Ley (acción petitoria, acción hipotecaria...), ya sin ella: acción inominada (*do ut des; do ut facies; facie ut des; facie ut facies*; art. 2 c.p.c. común).

El concurso ideal y el concurso aparente de leyes no han encontrado respuesta unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Ello se demuestra hasta la evidencia en la exposición con amplias reseñas bibliográficas y jurisprudenciales, de Mez-

ger y Ranieri, por no citar otros. 44). Por nuestra parte, sin más originalidad que la de no ser originales, enunciaremos para los solos puntos de contrato que nos interesan, las diversas formas genéricas del concurso ideal y del real, quedando pues marginalmente el delito permanente, el continuado y el concurso real.

I.—Hay concurso ideal cuando con una sola acción (conducta humana activa u omisiva, así sea el delito de simple olvido), se lesionan varios intereses jurídicamente protegidos por las normas de derecho penal sustancial, cuyas prevenciones no se excluyen entre sí. La Ley, casi siempre, adosa a la pluralidad de daños (jurídicos o materiales) una sola sanción. Ejemplo típico es el disparo de arma de fuego que mata a la víctima elegida, lesiona a un tercero y causa deterioros en bienes de otra persona.

También se cita el caso, no convincente, del que tiene acceso carnal por medio de la violencia con la hermana (violación e incesto). No es aceptable el ejemplo, porque el incesto, como delito bilateral, supone la voluntad de los delincuentes, quienes violan contemporáneamente los deberes de la exogamia, ya sancionados por el Derecho ci-

44).—Mezger, *Tratado*, Vol. II, pp. 322 y ss. Ranieri, *Diritto*, pp. 65 y ss. Jiménez Huerta, *La Tipicidad*, México, 1955, pp. 232 y ss.

vil, mientras que, en la violación siempre va como elemento constitutivo el empleo de la violencia (física o moral). Nosotros acudiríamos a otro ejemplo: el trato carnal reiterado y con escándalo, entre el hermano y la hermana casada (incesto y adulterio). Se piensa que en estas modalidades, a pesar de la unidad de la conducta, los delitos son *varios*, y, en el concurso de leyes, las leyes concurren aparentemente, mas se excluyen y sólo una es aplicable a la conducta unitaria. Aquí, se pueden dar:

A).—La especialidad, en que todos los caracteres de la conducta delictiva se encuentran subordinados comprendidos al mismo tiempo en otro tipo, al que, sin embargo, se agrega un elemento o circunstancia que ESPECIFICA la conducta (*Lex special derogat legi generalis*. Art. 15 c.p. it.) Ejemplos serían: infanticidio, infanticidio honoris causa (el aberrante infanticidio genérico sin causa de honor Art. 326, 327 c.p.) robo-robo a aquerella del ofendido. (Art. 367, 378 c.p.)

Se aplican los preceptos excepcionales.

II. — Principio de consunción, porque todos los elementos *valorativos* del tipo están ya contenidos en una figura compleja. Robo y daños, en relación con robo con horadación; robo y allanamiento de morada, en relación con el robo califi-

cado por haberse cometido en lugar cerrado. (367 y 397 —360 Proyecto de 49; y 381 c.p.) ¿Como opera en el proceso penal?

La correlación entre acusación y sentencia tiene distintos perfiles que en el derecho sustancial; el *hecho* del derecho penal no puede ser jamás el *hecho* constitutivo procesal penal; la acusación se sustancia con la sola afirmación de la realización fenoménica de ciertas conductas y sus resultados contemplados por uno o varios tipos, y que al proceso corresponde determinar la mayor o menor extensión de la pretensión hecha valer; el *hecho*, en la formal prisión (art. 19 Constitucional) significa el hacer saber al acusado la conducta y los resultados por los que se le ha de sentenciar, para que pueda defenderse, aportar las pruebas tendientes a justificar la exclusión de la pretensión o los hechos modificativos que se reflejan en la pena (exculpantes o modificativas, o existencia de las calificaciones); pero el acusado no se defiende de un nombre jurídico, de un bautizo legal, de una nomenclatura, ni de un tipo rector, de subtipos o de calificantes o modificativas aisladas; sino de un hecho que se dice puso en existencia, por el que es responsable y merecedor de una pena.

¿CUANDO el hecho ha sido variado en la sentencia? Cuando el acusado quedó en estado de

indefensión. Es decir, todas las hipótesis posibles en que el acusado no HAYA CONOCIDO LOS HECHOS en la formal prisión para poder defenderse, aportando las pruebas idóneas; pues se le hará saber en audiencia pública los hechos que se le atribuyen; (F. III art. 20 Constitucional) precisamente estos —*ne eat index ultra petita partitum*— deben integrar el material de la formal prisión (o sujeción a proceso), porque si aparecieran hechos distintos de aquellos puestos en acusación por el M. P., serán objeto de una acción separada (art. 19 constitucional) *ius novorum*. Ahora bien: el M. P. al ejercitar la acción penal, el Juez al tomar la declaración preparatoria al inculpado y al pronunciar el auto de formal prisión, han afirmado que Juan, el día ..... ha tenido contacto carnal con su hermana.....; mujer casada civilmente con ..... en el lugar, a las horas ..... y con escándalo, pues tuvieron conocimiento de tales actos varias personas por las frases ..... pronunciadas por los protagonistas. El Juez califica el hecho como incesto, pero no obstante la misma nomenclatura del M. P. en el pliego de conclusiones (que no es demanda), condena al acusado por adulterio, estimando que no se demostró la existencia de la relación parental entre los sujetos inculcados, y sin embargo

los demás elementos de este delito se probaron plenamente.

Ya hemos señalado esta modalidad como concurso ideal y ahora digamos que los hechos del incesto y los del adulterio sólo poseen dos puntos comunes; el amplexo y la voluntad concorde de los protagonistas (delito bilateral), mientras que el parentesco es propio del primer delito, ajeno al segundo, y el matrimonio y el escándalo son características del adulterio, de manera que este tipo puede subsistir sin el parentesco, y aquél sin el escándalo y el matrimonio. Las llamaremos figuras tangentes. Desde luego que no hay nueva demanda, cuando el M. P. califica esos hechos como constitutivos ya de adulterio, ya de incesto en las conclusiones; por qué habría de constituir una transgresión al principio dispositivo del material de los hechos, la sentencia que condene por cualquiera de los dos delitos?, y sobre todo, cómo se explicaría la supuesta violación procesal CON INDEFENSION para el acusado, cometida, en la sentencia que condena por éste o aquél, si los hechos no han sido mutados y se OYO EN DEFENSA POR ELLOS AL ENJUICIADO?

No olvidemos que el art. 160 F. XVI de la Ley de Amparo, estima que media violación procesal que trasciende a la sentencia, solamente cuando hay estado de indefensión para el culpado, por

lo que, la nomenclatura variada con hechos inmutados en los que fué oído en defensa el acusado durante el proceso, no le privó de la garantía de audiencia y defensa consagrada por el art. 14 constitucional y el juez puede pasar de un tipo tangente a otro, sin transgredir la correlación entre acusación y sentencia, con tal de que los hechos sean exactamente los mismos puestos en la causa por el M.P. al ejercitar la acción penal y acogidos en el auto de formal prisión.

El art. 293 del c.f.p.p. obliga al M. Público a señalar en las conclusiones "En proposiciones concretas los *hechos punibles* que atribuya al acusado"; y cosa diversa es la cita de preceptos legales y solicitud de aplicación de la pena y sus circunstancias; de donde se viene en conocimiento que los hechos son la base de la acción penal, del auto de formal prisión, de las conclusiones y de la sentencia; y se puede pasar de una figura mayor a otra menor (robo con horadación — robo simple) o de grado (consumación — tentativa — ;coautoría o encubrimiento! Directo 2229/54— 1a. 25 Nov. 1954. Unanimidad 4 votos).

Peca aquella dirección que trata de ver en las conclusiones del M. P. una situación jurídica análoga a la demanda en el proceso civil. El error consiste en que, las conclusiones no son sino el resumen hecho unilateralmente por

el M. P., en el que afirma la existencia de determinados actos realizados por el culpado y su prueba (o falta de ella) en el sumario para pedir la pena (o libertad absoluta) del procesado. Es decir: el M. P. en las conclusiones ya no pone hechos en la causa; no pide la apertura de la instrucción para que la prueba se dirija sobre tales hechos, sino que sintetiza el contenido del proceso penal, solicitando del juez la pena o la liberación del formalmente preso. La demanda, en cambio, narra los hechos y los fundamentos de derecho, cita a veces los preceptos legales aplicables (afirmación unilateral del actor), y reclama una declaración o prestación o constitución; que el PROCESO SE ABRA, se instaure la causa, se OIGA AL DEMANDADO EN CONTRADICTORIO y las partes disfruten de un término probatorio. Al producirse las conclusiones la prueba terminó, el contradictorio como derecho a ser oído en la instrucción, feneció; los hechos no pueden ser objeto de prueba —salvo causas supervenientes en la alzada— y el culpable NO SE DEFIENDE de los hechos porque ya se defendió desde su declaración preparatoria hasta el auto firme que declaró cerrada la instrucción. En la demanda civil la instrucción va a iniciarse. No tiene explicación alguna el simil de la demanda civil con las conclusiones acusatorias del M. P.