

338
205



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON**

**LA GARANTIA DE LITIS CERRADA Y SU
CONCULCACION POR LA EXEGESIS DE LOS
TRIBUNALES DE JURISPRUDENCIA**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A
LUIS ALBERTO ROCHA PRIEGO**

MEXICO, D. F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E.

	Pág.
Introducción	VII
CAPITULO I.	
1.- El nacimiento de la garantía de litis cerrada en nuestra actual Constitución.	1
2.- La doble significación que el constituyente - otorga a la voz delito, en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional	8
3.- El propósito que persigue la creación de la - garantía de litis cerrada	33
CAPITULO II.	
1.- La fijación de la materia de la litis a par - tir de la firmeza del auto de formal prisión	49
2.- La facultad indelegable del juez para sentar - la base del proceso, dentro del plazo <u>constitucio</u> - <u>nal</u> de tres días	92

CAPITULO III.

1.- La imposibilidad de transmutar la base del proceso por el órgano jurisdiccional, cuando ha quedado firme	118
2.- La imposibilidad de mudanza en el criterio clasificatorio sentado en el auto de formal prisión, por el representante social, al perfeccionar su acusación	139
3.- La defensa del procesado y el óbice inquebrantable, motivado por la variación clasificatoria de la figura típica base del proceso	174
4.- La indebida graduación de la garantía de litis cerrada por la Ley de Amparo	213
5.- La exégesis antagónica de los tribunales de jurisprudencia con el espíritu legislativo creador de la garantía de litis cerrada	252

CAPITULO IV.

1.- La acusación separada por hechos delictuosos-diversos de los que motivaron el proceso	302
2.- La problemática derivada de la transmutación-fáctica de la figura típica de lesiones a homicidio, durante la secuela procedimental	323
Conclusiones	366
Bibliografía	381

I N T R O D U C C I O N .

Los derechos subjetivos públicos fundamentales, - que reconoce en grado mínimo nuestra ley suprema, componen el seto de égida invulnerable de las diversas esferas de - valores supremos del individuo, al interrelacionarse en el marco del dinamismo gregario cotidiano. La garantía consti tucional de seguridad jurídica, inmergida en el párrafo se gundo in capite, del precepto 19 del ordenamiento fundamen tal, intitulada por un sector de la doctrina de litis ce rrada, confiere derechos de naturaleza procesal penal, que conjuntamente con el restante sistema de garantías en el - contorno del procedimiento represivo, tienen por efecto - brindar al encausado la oportunidad de perquirir en forma precisa y adecuada la defensa de los ingentes valores que pone en riesgo, al penetrar en las procelosas aguas del - procedimiento penal.

Es motivo primordial de este modesto estudio, - aquilatar las diversas posturas exegéticas que en referen-

cia a la garantía de litis cerrada ha verificado un amplio sector de la doctrina, así como el máximo interprete de nuestro ordenamiento básico y fundamental. En efecto, del puntual desentrañamiento que en torno a la garantía de litis cerrada se colija, derivará la precisa, justa y rigurosa observancia del texto constitucional; la garantía de litis cerrada, consagrada por el precepto 19 constitucional, párrafo segundo, primera hipótesis normativa, a la letra prescribe: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión." Del contenido de estas líneas, se aprecia nítido que a través de la resolución de formal prisión se fija por el aplicador del Derecho, el material típico preciso que traza la vertiente a seguir a lo largo del desdoblamiento instancial. Ciertamente, la resolución límite de la etapa preprocesal, que señala la incoación del proceso, al determinar la formal prisión, precisa la comprobación de la corporeidad delictiva, así como de la responsabilidad penal presunta del indiciado en su comisión, de formal tal, que al partir la referida resolución de la elucubración profunda y del extenso despliegue cognoscente disquisitivo amplio y sereno del juzgador, al efectuar la subsunción jurídica o traslación del material fáctico delictual a las fronteras del tipo condigno, emana apodíctico, que la entidad delictiva expresada por el juzgador como base de la formal pri-

sión conformará el cimiento procesal, por el que deberá -
aportarse el caudal probatorio oportuno y conducente a los
intereses de las partes.

No obstante, con apoyo en la exégesis que a par-
tir de una hermenéutica desatinada e insensata, ha verifi-
cado un amplio sector doctrinario, así como los tribunales
de jurisprudencia, el sentido de tal raciocinio, conduce a
asertar, que a través del auto de formal prisión, el juzga
dor deberá señalar únicamente el contenido fáctico del -
evento delictivo, y catalogarlo jurídicamente, empero solo
en forma provisional, para que una vez colmadas las etapas
procesales ulteriores, sea el representante social quien -
fije el tema definitivo sobre el que deberán obtemperar su
actividad la defensa, y el propio juzgador, si bien, ya no
en la fase instructoria sino en la del plenario, cuando en
el proceso se vislumbre en el pretérito la etapa probato -
ria, y el procesado se encuentre ayuno de defensa. En efec
to, ante la desrazonable disquisición exegética aludida, -
se hace asequible la mutación de la base procesal que que
dó establecida en la formal prisión, y sobre la que ha en
caminado su dinamismo el proceso, de tal manera, que el -
procesado, verá pendiente sobre su suerte la espada de Da
mocles, que podrá desplomarse sobre él en el caso de trans
mutarse la clasificación típica inicial, que subyace en el
auto de formal prisión, por el representante social, al -

perfeccionar el ejercicio de la acción penal mediante sus conclusiones acusatorias, y en esa postura, la defensa que daría yerma en su contenido.

El vocablo "delito", enunciado en primer término por el legislador constituyente, al redactar la garantía de litis cerrada, marca el quid de la complicación exegética, ya que en tanto un número considerable de tratadistas de la materia, y el propio discernimiento de los tribunales de jurisprudencia, aprecian por el vocablo en cuestión, la connotación de hechos, acontecimientos o sucesos perpetrados en un momento histórico delictivo; una oportuna y ajustada hermenéutica, nos conduce a tasar preponderantemente el irrefragable e inconcusq espíritu legislativo del constituyente, manifiesto en el Diario de los Debates, donde se separa el sentido mas perspicuo y riguroso, que nos lleva a asertar, que la voz "delito" expresada en primer término en el texto de la garantía de litis cerrada, posee connotación de nomenclatura típica técnica, de nomen iuris que posee la figura delictiva exacta y precisa cuya corporeidad delictiva se comprobó y por la que habrá de marchar el proceso. Un desentrañamiento contrario al anterior, haría de suyo el ánimo conculcador y escarnecedor de diversos derechos fundamentales del procesado, al dejarlo en orfandad defensiva, y confiriendo coetaneamente, la facultad jurisdiccional al Ministerio Público, ya que en tal

postura, sería el representante social, el encargado de comprobar la corporeidad delictiva sobre la que deberá versar el juicio como momento cenital del proceso, y concomitantemente, la suerte del enjuiciado.

Es el yerro clasificatorio en que pudiera incurrir el juzgador, al pronunciar la formal prisión por una entidad delictiva diversa a la que en forma ulterior se comprobara con exactitud, lo que ocasiona un desentrañamiento desatinado de la garantía en comento, en razón de prevenir un posible caso cuya resolución, quedara alejada del precioso valor de la justicia pregonado por el Derecho.

Quizá sea la coyuntura de la transmutación fáctica de la figura típica de lesiones a homicidio durante el desdoblamiento procesal, el punto esencial que condujo a los tribunales de jurisprudencia conjuntamente con un extenso sector de la doctrina, a desentrañar derogatoriamente el sentido de la garantía de litis cerrada, soslayando que el citado caso específico, es singular y de naturaleza extraordinaria, por lo que su solución deberá dirigirse de manera específica, al problema planteado, sin involucrar en forma genérica el contenido de la garantía de seguridad jurídica en referencia.

El raciocinio exegético, que a guisa de solución presenta en avenencia de pareceres un amplio sector de tra

tadistas en la materia, de cuyo discernimiento participa - el máximo interprete del texto constitucional, pretende - zanzar el intríngulis en cuestión, si bien, encuentra gra - ve escollo, al entremezclar el sentido auténtico del pro - blema, congregando en la misma naturaleza, el yerro clasi - ficatorio eventual en que el aplicador del Derecho pudiera incurrir al sentar la base del proceso, con la coyuntura - singular de la transmutación fáctica de la figura típica - de lesiones a homicidio, durante el desdoblamiento instan - cial, cuya conjetura no está al alcance de la función ju - risdiccional, por lo que de ordinario no implica un yerro - en la actividad del órgano jurisdicente. Sobre esta razón, la exégesis inexacta a que aludimos, viene a cohonestar - una ilusoria solución a la problemática expuesta y en cam - bio el insensato desentrañamiento propuesto, es proclive a la conculcación de garantías del procesado.

Mediante este modesto estudio, intentamos plan - tear en forma sistemática la complicación exegética aludi - da, proponiendo asimismo, el contorno sustancial de posi - bles soluciones, empero, sobre todo, preconizando en nivel preponderante el respeto irrestricto, la veneración pun - tual y rigurosa de los derechos fundamentales subjetivos, - ya que "el desconocimiento del respeto que se debe a la - ley nos arrastraría a la anarquía y amenazaría los cimien - tos de la convivencia humana que no son otros que el impe -

rio de la ley." (a)

Luis Alberto Rocha Priego.

(a) Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. Octava Edición. México, 1988. pág. 258.

CAPITULO I.

**1.- EL NACIMIENTO DE LA GARANTIA DE LITIS CERRADA EN NUESTRA
ACTUAL CONSTITUCION.**

**2.- LA DOBLE SIGNIFICACION QUE EL CONSTITUYENTE OTORGA A
LA VOZ DELITO, EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 19
CONSTITUCIONAL.**

**3.- EL PROPOSITO QUE PERSIGUE LA CREACION DE LA GARANTIA
DE LITIS CERRADA.**

**1.- EL NACIMIENTO DE LA GARANTIA DE LITIS CERRADA
EN NUESTRA ACTUAL CONSTITUCION.**

La garantía de litis cerrada, cuyo contenido consagra el artículo 19 de la Constitución General de la República en su segundo párrafo, encuentra su génesis en la obra del constituyente de 1917, o sea en nuestro vigente ordenamiento fundamental, dado que no existen referencias precedentes en los textos constitucionales del siglo pasado.

Su antecedente mas cercano se encuentra en el artículo del mismo número de la Constitución Política de 1857, que en substancia posee el mismo contenido que su análogo de la actual, aunque en lo que toca a la garantía a estudio nada refiere.

El artículo 19 de la Constitución Política del año de 1857 preceptuaba: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto

motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecutan. Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades." ⁽¹⁾

La naturaleza reglamentaria del artículo 19 de las Constituciones de 1857 y de la actual, no parece contener diferencias substanciales, si bien, el artículo vigente, perfeccionó algunos aspectos, como la inserción de los requisitos de fondo y de forma que debe contener todo auto de formal prisión; así como la consolidación del material-típico por el que ha de seguirse el proceso sobre la base que el juez proponga al pronunciar el proveido de reclusión preventiva; la acusación separada por hechos delictuosos aparecidos durante la secuela procedimental, y con posterioridad a la fijación de la base del proceso contenida en el auto de bien preso, sin que obste la posibilidad de acumulación de procesos en caso de ser procedente.

(1) Andrade, Adalberto. Estudio del desarrollo histórico de nuestro Derecho Constitucional en materia de garantías individuales. Impresiones Modernas. Primera Edición. pág. 165.

Las garantías incluidas en el párrafo segundo - del artículo a análisis, comprenden importancia toral para la cabal y eficaz defensa del procesado, por lo que su adición al texto del artículo 19 de la Constitución de 1857, - se estima necesaria.

"El párrafo en cuestión nació a la vida jurídica en el mensaje y proyecto de Constitución de Don Venustiano Carranza, fechado en la Ciudad de Querétaro el 10. de Di - ciembre de 1916, con el siguiente texto: 'Los hechos seña - lados en el auto de formal prisión serán forzosamente la - materia del proceso, y no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito. Si en la secuela de un proceso apa - reciere que se ha cometido un delito distinto del que se - persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si - ⁽²⁾ fuere conducente.'" -

Acota sobre este particular el licenciado Alber - to R. Vela: "Venustiano Carranza, en el proyecto de Consti - tución que sometió a la deliberación de la soberanía nacio - nal, representada por el Constituyente de Querétaro, propu - so el artículo 19, en la siguiente forma: Los hechos seña - lados en el auto de formal prisión serán forzosamente la -

(2) Zamora Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. pág. 149.

materia del proceso, y no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito.- En lo demás, el segundo párrafo - propuesto es idéntico al que como tal figura en el artículo 19." (3)

Son muy exiguos los datos que nos proporciona el Diario de los Debates del Congreso Constituyente respecto al artículo 19, en virtud de no haber requerido discusión su aprobación, dada la nitidez de su raigambre conceptual.

La Comisión encargada del proyecto de Constitución, fué integrada por los diputados: Enrique Colunga, - Francisco J. Mugica, Enrique Recio y Alberto Román. Durante la tarde del viernes 29 de diciembre de 1916, se celebró en el teatro Iturbide la 26a. sesión ordinaria, en la cual fueron puestos a discusión y sin ella aprobados por unanimidad, en votación nominal, los artículos 46, 47, 50, 51, 53 y 19. Acerca del artículo 19, se leyó el siguiente dictámen:

"Ciudadanos Diputados: El artículo 19 del proyecto de Constitución es idéntico, substancialmente, al de la Constitución de 1857; pero en el proyecto se precisan los requisitos mediante los cuales debe dictarse un auto de formal prisión; así es que la garantía queda mejor defini-

(3) Citado por Borja Osorno, Guillermo. Derecho Procesal Penal.-

da y asegurada. Además, en el nuevo artículo se prohíbe -
terminantemente cambiar arbitrariamente la naturaleza de -
un proceso: si en el curso de la averiguación se descubre-
que el delito cometido realmente es distinto del que moti-
vó la incoación de la causa o que, además de ese delito se
ha cometido otro, debe abrirse averiguación por separado.-
Esta reforma es muy conveniente, porque evita que el proce-
sado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defen-
sa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamen-
te la acusación que la originó.

" La Comisión sugiere solamente una enmienda de-
estilo en la primera parte del párrafo segundo del artícu-
lo, para hacer mas claro el concepto. Los hechos señalados
en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente, -
cambiarse, supuesto que han sido consumados; la califica-
ción de ellos es lo que podría alterarse; creemos que esta
idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso-
seguirá en averiguación solamente del delito o delitos im-
putados en el auto de formal prisión.

" Por tanto, consultamos a esta honorable Asam -
blea, la aprobación del citado artículo en esta forma:

" Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder-

del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se imputa al acusado; los elementos que constituyan aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos - que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordena la detención o la consiente, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten.

" Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

" Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso - que será corregido por las leyes y reprimido por las autoridades."⁽⁴⁾

(4) Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917.- Ediciones de la Comisión Nacional para la celebración del sesqui-centenario de la proclamación de la Independencia Nacional y del cincuentenario de la Revolución Mexicana. Primera edición. págs.

Con asiento en este dictámen, el artículo 19 fué aprobado sin discusión, por unanimidad de 165 votos.

Como puede evidenciarse, las adiciones que sobre vinieron al texto constitucional que sirvió de cimiento al actual artículo 19, son de claridad extraordinaria, y su inclusión en el artículo vigente, se hizo necesaria en aras de medrar y clarificar su concepto. Su aprobación no encontró valladar alguno, y la Comisión encargada de revisar el proyecto original, solo sugirió una enmienda de estilo, muy afortunada por cierto, pues arroja un sentido inconcuso en cuanto al propósito que la garantía inmersa en el numeral a estudio propone.

Es entonces, la garantía de litis cerrada, de creación reciente, por lo que hace a sus yermos antecedentes, pues es hasta este siglo en que incursiona muy positivamente en el catálogo de derechos públicos subjetivos contenidos en el capítulo de las garantías individuales de nuestra Norma Básica y Fundamental.

2.- LA DOBLE SIGNIFICACION QUE EL CONSTITUYENTE OTORGA A
LA VOZ DELITO, EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO
19 CONSTITUCIONAL.

El párrafo segundo del artículo 19 constitucio -
nal, poseé contenido de enorme importancia en el desdobra -
miento estructural del procedimiento penal, y de su pun -
tual interpretación depende, que la aplicación de los dere -
chos públicos subjetivos que encierra, se proyecten inte -
gra y fielmente a su exacto designio. El párrafo dispone:-
"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o deli -
tos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secue -
la de un proceso apareciere que se ha cometido un delito -
distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusa -
ción separada, sin perjuicio de que después pueda decretar -
se la acumulación, si fuere conducente."

La ardua problemática a que se contrae la exége -
sis de estas líneas, reside en indagar el significado de -
la voz "delito", que el autor de nuestro máximo ordenamien -

to legal quizo darle al emplearla doblemente en el párrafo en mención. Dos posibles interpretaciones pueden colegirse del vocablo en cuestión: la primera de ellas estimándolo - como contenido fáctico del evento criminal, o sea, dándole connotación de hechos delictuosos; la segunda interpreta - ción concibe a la voz "delito" como clasificación legal de hechos en el molde típico encuadrable, esto es, otorgando - a los hechos delictuosos la nomenclatura técnica que la - ley penal otorga a la figura típica.

La controversia que aflora de la dicotomía interpretativa, en realidad solo cabe por lo que hace a la ex - presión "delito" empleada por el legislador en primer tér - mino en el referido párrafo, pues en lo atinente al "deli - to" enunciado en segundo lugar, o sea, aquel que pudiera - aparecer en la secuela del proceso, la polémica exegética - se mantiene despejada por el sentir unánime de la doctrina nacional y aun el discernimiento de los Tribunales Federa - les. En efecto, al referir el legislador: "Si en la secue - la de un proceso apareciere que se ha cometido un delito - distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusa - ción separada, sin perjuicio de que después, pueda decre - tarse la acumulación si fuere conducente." Aparece inconcuso concebir que se refiere a hechos criminosos, a material delictivo componente del evento criminal, del cual se tu - viera conocimiento con posterioridad al dictado del provei

do de bien preso, integrador de la base procesal, y por lo cual se hiciere necesario el inicio de nueva averiguación-previa por esos nuevos hechos, ignotos para el juzgador al dictar la formal prisión, y de los cuales pudiera resultar ulterior ejercicio de la acción penal, siendo asequible la acumulación de procesos en caso de ser procedente; sobre el particular, el procesalista Zamora Pierce, opina en forma diserta: "Tal disposición se integra de una manera tan lógica y congruente con el restante sistema procesal penal constitucional que, aun si no existiera el texto a estudio, podríamos validamente deducirlo de otras normas constitucionales. En efecto: El juzgador no podría conocer de hechos que aparecen con posterioridad al auto de formal prisión, y respecto a los cuales el Ministerio Público no ha ejercido la acción penal, sin violar el monopolio que a este último otorga el artículo 21 constitucional; semejante-enjuiciamiento de hechos posteriores al auto violaría igualmente el derecho del procesado de que se le haga saber, en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo mediante su declaración preparatoria (Art. 20, fracción III Constitucional); por último, al procesar a un individuo por hechos que han llegado a conocimiento de la justicia con posterioridad al au

to de formal prisión, se violarían en su perjuicio las garantías que le concede el párrafo primero del propio artículo 19 constitucional, pues resulta evidente que semejantes hechos no podrían constituir el delito imputado al acusado en dicho auto, ni tampoco es posible que coincidirían los elementos constitutivos de ambos delitos, ni el lugar, tiempo y circunstancias de su ejecución." (5)

El procesalista jalisciense Julio Acero, sostiene sobre el particular: "No hay ninguna dificultad en la interpretación de este punto cuando se trata de diversas infracciones cometidas por un individuo y cuya comprobación puede ir apareciendo en el curso de un proceso abierto con motivo de una de ellas. Si a un procesado por homicidio se le aclara al averiguar sus antecedentes, recibir-declaraciones, etc. que no solo cometió el homicidio que se le imputaba en un principio, sino otros asesinatos o robos o estupros; es claro que esos distintos actos tendrán que ser objeto de averiguaciones separadas, y que en todo caso, si ya el auto de formal prisión se decretó por homicidio, y con motivo de la primera imputación presentada, todo ese primer proceso tendrá que seguirse solo por aquél homicidio y el fallo no podrá decidir sino sobre la culpabilidad o inculpabilidad que haya en él para el reo, (sal-

(5) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 148.

vo el caso de acumulación.) Los otros cargos de diverso género motivarán como se dijo otros procesos y otras tantas sentencias si es que oportunamente no se reunieron todos los autos . . . la necesidad de persecución expresa para cada caso por parte del Ministerio Público . . . no permitiría ninguna secuela ni resolución sobre puntos respecto de los cuales no hubiera solicitado investigación al verificar su consignación primitiva por otros motivos." (6)

Participa del mismo pensamiento el maestro Borja Osorno, al señalar: "Cuando dentro de un procedimiento judicial aparece que se ha cometido un delito distinto, hechos delictuosos diferentes, éstos, como dice la última parte del artículo 19 constitucional, deben ser objeto de acusación por separado, sin perjuicio de que de existir una causa de acumulación, se lleve a cabo la unión de los dos procesos." (7)

A la luz de lo expuesto, resalta en forma diáfana la carencia de debate, a que pudiera conducir la significación de la voz "delito", empleada por el legislador en esa parte del párrafo a estudio, dada la claridad de comprensión, la exegésis doctrinal y judicial sobre el singu-

(6) Acero, Julio. Procedimiento Penal. Editorial Cajica, S.A. Séptima Edición. Puebla, Pue. México, 1976. pág. 145.

(7) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. pp. 403, 404.

lar, patentiza la avenencia de pareceres en ese sentido.

Suscita en cambio ingente discordancia interpretativa, el espíritu del constituyente, al conferir su acepción al vocablo "delito" a que alude en primer lugar en ese párrafo segundo del artículo 19 constitucional.

Para emprender el desentrañamiento de su sentido, debemos penetrar en los lineamientos a que debe sujetarse una correcta interpretación, o sea, dirigiéndose conforme a un método sistemático, abordando un estudio de conjunto, armonizador del espíritu contenido en las disposiciones que conforman el todo, con el precepto que se desentraña, secundando la exégesis a través del siempre útil método histórico, trasladándonos en la medida de lo posible a las condiciones sociológicas, políticas e históricas dominantes en el espacio temporal en que se verificó su génesis.

Estimando las palabras del maestro Ignacio Villalobos: "La interpretación de una ley no es sino su inteligencia, la penetración de su contenido, de su significación, para aplicarla correctamente; y siendo así, es claro que no solo es conveniente esforzarse por hacer una fiel interpretación por la que se cumpla la voluntad de la ley . . ."⁽⁸⁾

(8) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México, 1983. pág. 143.

Por ello el empleo de métodos aplicables y justos propende a un plano imprescindible, en aras de desentrañar el verdadero espíritu legislativo, la mente de la ley y solo así poder aplicar con exactitud los fieles designios del legislador.

La utilización del método teleológico de interpretación, se dirige al desentrañamiento de la exacta finalidad de la ley; apunta sobre el tema, el maestro Castellanos Tena: "La interpretación teleológica tiene por objeto-determinar el verdadero sentido de la ley, mediante el análisis del texto legal, por el estudio de la exposición de motivos y de las actas de los trabajos preparatorios. Procura descubrir la atmósfera en donde nació la ley a la vida jurídica, para desentrañar el fin que persigue."⁽⁹⁾ Para lograr este fin, es necesario adminicular al método teleológico de interpretación, el método histórico, si bien, como expresa el penalista Ignacio Villalobos: "para hacerse descubrimiento del fin que persigue una ley y dar su justo sentido a las palabras empleadas en ella, se ha recomendado siempre un método histórico que consiste en ponerse en las mismas condiciones en que se produjo la disposición, a fin de advertir la necesidad que provocó su ex

(9) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. Vigésimocuarta Edición. México, 1987. pág. 86.

pedición, el mal que trató de remediarse, el hecho social- que quizo impulsar, mantener o prevenir, el interes que de ⁽¹⁰⁾ bió ampararse jurídicamente . . ."

El maestro Pavón Vasconcelos al exponer sobre la interpretación teleológica, señala, que para encontrar la voluntad de la ley, su contenido real, se sirve de medios- de diversa naturaleza, encontrándose entre estos al elemen- to histórico, en el cual "cobran especial interés las po- nencias, las discusiones, los proyectos legislativos y fun- damentalmente las exposiciones de motivos, pues tales da- tos cuando menos auxilian al interprete para conocer la - ⁽¹¹⁾ verdadera dirección de la ley."

Partiendo del soporte que nos proporciona las - ideas apuntadas, y para encontrar el fiel desentrañamiento del sentimiento legislativo enderezado a la voz "delito" - que utilizó el constituyente al redactar el segundo párra- fo, del artículo 19 constitucional, es preciso, a base de- una interpretación sistemática, advertir el significado - que le otorgó a la misma voz "delito", al ocuparla en dis- tintos preceptos constitucionales del mismo capítulo de - las garantías individuales, en vista de que su creación tu

(10) Villalobos, Ignacio. Ob. cit. pág. 150.

(11) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexica- no. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. pág. 92.

vo lugar en el mismo momento histórico, por tanto la signi
ficación a que se arribe, puede conducirnos a la consecuen
cia que perseguimos, o sea, desentrañar el justo sentido -
que el constituyente otorgó a la voz "delito" a que se re
fiere en la primera hipótesis normativa del segundo párra
fo del artículo 19 constitucional.

De las varias inserciones que el constituyente -
hace de la palabra "delito" en el capítulo de las garantí
as individuales, puede aseverarse que no le confirió el -
mismo significado, esto es evidente, para ello basta exami
nar algunos casos para así derivarlo.

El artículo 18 de la Constitución General de la
República, preceptúa en su primer párrafo: "Solo por deli
to que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preven
tiva . . ." De una conveniente hermenéutica conducida a es
tas líneas, se infiere con nitidez que a la expresión "de
lito", el constituyente le asignó el sentido de clasifica
ción legal de hechos en el tipo condigno, es decir, el le
gislador hace alusión a la nomenclatura técnica otorgada a
los hechos conformadores del evento histórico delictual, -
por el catálogo legal de delitos, y no a los hechos, inte
gradores del contenido fáctico criminal; ya que, solo cono
ciendo la nomenclatura típica legal en que engastan los he
chos criminosos, es dable conocer la punibilidad aplicable

a la infracción concretamente definida por la ley y determinar si la conducta imputable al probable responsable amerita o no sanción privativa de libertad, y sobre ese apoyo, determinar su sujeción a internamiento preventivo.

Lo mismo puede concluirse del estudio de la fracción I del artículo 20 constitucional, que expresa: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I.- Inmediatamente que lo solicite, se rá puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión . . ." Cabe advertir, que el texto enunciado ha sufrido reformas, la última en el año de 1984, empero, no obstante ello, el espíritu legislativo enderezado al vocablo "delito", se mantiene indemne, respecto a la redacción original, que transcribimos, dado el propósito que solicita este exámen, a partir del contenido histórico espacial; el precepto originalmente señalaba: - "Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión . . ."

Por la expresión "delito", que en esta ocasión - empleó el legislador en el precepto enunciado, debe concebirse, conforme a una justa interpretación, la denominación técnica otorgada al tipo penal de que se trate, y no conjunto de hechos criminosos, componentes del espacio histórico integrador del delito, en vista de que, para la determinación que realice el juzgador sobre la procedencia o negativa de la libertad provisional bajo caución, es preciso que tome en cuenta las circunstancias personales del inculgado, así como la gravedad del delito que se le impute, siempre que éste, incluyendo sus modalidades (esto a partir de la reforma de 1984) merezca ser sancionado con unapunibilidad, cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión, esto se traduce en que el juez deberá apreciar no solo el tipo básico o fundamental, sino justipreciarlo con sus modificativas, agravantes o atenuantes, luego entonces, ineludiblemente requerirá encuadrar esos hechos en el catálogo delictual y apreciar si derivan en tipos especiales o complementados, agravados o privilegiados, y precisar la punibilidad aplicable, para solo así, - poder solucionar la procedencia o negativa de la libertad provisional caucionada, de lo cual se colige en forma palmaria, que el legislador constituyente asignó a la voz "delito", en este párrafo, la acepción de nomenclatura técnico-legal de hechos criminosos.

Por otra parte, del análisis del artículo 23 del propio Ordenamiento Fundamental, tocante al vocablo "delito", que ahí utiliza el constituyente, se separa un sentido diferente; ciertamente, el texto dispone: "Ningún juicio criminal deberá tener mas de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene . . ." De la exploración de estas líneas, a nadie escapa, que el legislador confirió a la voz "delito", en esta ocasión, connotación de hecho o hechos delictuosos, contenido fáctico del evento criminal perpetrado en el mundo de relación, y no denominación técnica que el catálogo de delitos, otorgue a los hechos subsumibles en él; este mismo parecer ha adoptado el legislador ordinario, al redactar el artículo 118 del Código Penal Federal, que enuncia: "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiere dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo . . ."

Desentrañar el sentido de la palabra "delito" utilizada en el contenido de este precepto, con entendimiento disímil, resulta desatinado, en tanto que si el

agente subsume su actuar en una figura delictiva denominada técnicamente de una forma, sería absurdo, que en caso de participar en otros hechos delictuosos, cuya clasificación engasta en una entidad típica denominada de igual manera, no pudiera ser procesado por esos nuevos hechos, solo por el obstáculo que implicaría, el que los hechos delictuosos encajaran en tipos penales cuya denominación legal es idéntica; o el caso opuesto, que el agente pudiera ser juzgado dos o mas veces por los mismos hechos, por tan solo variarles la denominación técnico-legal.

La consecuencia interpretativa desatada de este análisis, nos indica que por "delito", el constituyente, en esta oportunidad, orientó su sentir a la connotación de hechos, sucesos o acontecimientos ilícitos perpetrables en el marco conformador del orden social, y en consecuencia, es paladino el panorama que conduce a observar, que el constituyente al redactar el capítulo de las garantías individuales, proveyó al vocablo "delito" que ahí colocó, acepciones desiguales, consecuentemente, la sinonimia que pudiera aparecer de los vocablos "delito" reiterados por el constituyente en ese capítulo, es ilusoria, por tanto, para percibir el designio fiel del legislador, es impreciso, partir de premisas equívocas que conduzcan a consecuencias erróneas.

Ha quedado anotado que por la expresión "delito",

utilizada por el constituyente en segundo término en el aludido párrafo a estudio, la claridad meridiana que arroja su exégesis, nos impone su significación de hechos-delictuosos, y de la sana comprensión armónica que de el párrafo se realice, se desprende que el legislador imprescindiblemente debió atribuirle al vocablo "delito" que registra en primer lugar en ese párrafo segundo del precepto 19, un sentido diverso, pues de no ser así, como apunta el procesalista Zamora Pierce: "la primera parte no haría sino repetir con diversas palabras, la misma idea que ya resulta a contrario sensu de la segunda: Todo proceso seguirá por los hechos señalados en el auto. Aceptar esta última hipótesis equivale a imputar al constituyente torpeza tal que le llevó a reiterar, inutilmente, por dos veces, idéntico concepto bajo dos diversas formulaciones gramaticales."⁽¹²⁾

Con asiento en estas ideas, la consecuencia necesaria y lógica que se colige, nos muestra que el legislador confirió a la voz "delito" empleada inicialmente en el párrafo de cuenta, connotación de designación técnica legal del tipo, es decir, nomenclatura típica que el legislador concede a la descripción legal del injusto, de otra

(12) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 149.

manera, al expresar: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos (hechos ilícitos con apariencia de delito) señalados en el auto de formal prisión . ." entraría que el juez, debiera señalar en el auto de formal prisión el conjunto de acontecimientos que circunscriben el evento delictivo, sin engastarlos en la norma exacta, definida e intitulada concretamente por la ley penal, sin soslayar, que el auto de formal prisión sienta la base sobre la que ha de elevarse la prosecución instancial y es de ordinario imprescindible que el procesado conozca con exactitud la catalogación precisa que el juez realice de los hechos que se le imputan, haciéndosele sabedor de la nomenclatura jurídica en que recayó la clasificación judicial de los hechos criminosos, para hacer factible de manera auténtica y amplia su defensa a partir del conocimiento de los elementos del tipo particular señalado por el juzgador como cimiento procesal; siendo en consecuencia inexacta la observación del maestro Borja Osorno, atinente a que: "el acusado se defiende de una conducta que se le imputa y no del nombre jurídico que se dé a esa conducta . . ." ⁽¹³⁾ pero ¿que eficaz defensa puede realizarse sin partir de una base estable que determine el tipo que configuran los hechos integradores del evento delictivo? una defensa efi-

(13) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. pág. 404.

caz defensa debe orientarse al estudio del delito que en específico constituya el material procesal y no sobre los hechos, que dada su extrema vaguedad, harían impreciso para el defensor el conocimiento del material procesal exacto sobre el que deba encaminar el estudio de los aspectos-componentes del delito.

Hablar de que el constituyente confirió al vocablo delito, señalado en primera ocasión en el segundo párrafo del artículo 19, la connotación de hechos delictivos, sería tanto como decir que el juzgador no debe comprobar el cuerpo del delito que conformen esos hechos, para pronunciar la formal prisión, en vista de que si el señalamiento solo versara sobre sucesos o acontecimientos realizados en torno al evento delictivo, su clasificación pudiera alojarse en uno u otro tipo determinado y definido por la ley, y la comprobación del cuerpo del delito podría darse en conexión a uno u otro tipo, o incluso jamás comprobarse, pero el juez cumpliría su función, con solo señalar los hechos, lo cual desnaturalizaría en forma desmedida la función jurisdiccional, si solo se le confinara al plano de señaladora de hechos; la función jurisdiccional, es considerablemente mas que eso, el juez, docto en la materia jurídica, debe efectuar la actividad cognoscitiva tendiente a los hechos consignados, y discurrir minuciosamente sobre la comprobación del cuerpo del delito, lo cual

propende decididamente, hacia el conocimiento del tipo específico y determinado.

Lo anterior nos lleva a considerar, que el constituyente asignó a la voz "delito" de que se valió al redactar el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, y que empleó en primer término, connotación de nomenclatura técnica del tipo determinado en que se alojen los hechos conformadores del evento histórico delictual; a este criterio se adhieren algunos autores, entre ellos el maestro Chávez Calvillo, quien apunta: "Los postulados de esta norma son fundamentales en tanto, siguiendo el principio de la legalidad, establecen categóricamente que la función esencial del auto de formal prisión es la de señalar técnicamente el delito por el cual ha de seguirse el proceso. .

(14)

.. " En el mismo sentido, señala el maestro Mancilla - Ovando: "El auto de formal prisión establece judicialmente por cual delito o delitos se seguirá proceso al inculpado. En ese acto de autoridad, el juez va a determinar la validez provisional de la pretensión jurídica de la acción penal y le indicará al acusado el delito o delitos por los cuales se le va a juzgar.

(14) Chávez Calvillo, Rodolfo. Dinámica del Derecho Mexicano, Colección Actualidad del Derecho. (Bases Constitucionales del Procedimiento Penal Mexicano) Procuraduría General de la República. Primera Edición. México, 1975. pág. 28.

"Jurídicamente significa que el auto de formal -
prisión precisa los términos del litigio del juicio penal,
materia de la sentencia con la que se dará fin al proceso.

"Este auto es el momento procesal en que se pre-
cisa la litis sin que se pueda cambiar posteriormente du -
rante la secuela del proceso." (15)

Por su parte el Doctor Zamora Pierce, expone: -
"El proceso deberá seguirse forzosamente por ese delito -
perfectamente individualizado en el auto de formal pri-
sión." (16)

Todavía el Código Federal de Procedimientos Pena
les, participa de idéntico parecer. El ordenamiento adjeti
vo penal federal, refiere en su artículo 1o. la división -
del procedimiento penal federal en períodos, preceptuando-
en la fracción II, lo siguiente: "Art. 1o.- El presente -
Código comprende los siguientes procedimientos: . . . II.-
El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones -
para determinar los hechos materia del proceso, la clasifi
cación de estos conforme al tipo penal aplicable y la pro
bable responsabilidad del inculpadó, o bien, en su caso, -

(15) Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales
y su Aplicación en el Proceso Penal. Editorial Porrúa. Tercera -
Edición. México, 1990. pág. 135.

(16) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 150.

la libertad de éste por falta de elementos para procesar."

El período de preinstrucción a que alude la frac
ción transcrita, hace clara glosa a la etapa del procedi -
miento penal federal en la que debe realizarse la determi -
nación de los hechos materia del proceso, engastándolos en
la norma típica exacta, y una vez dispuesta la probable -
responsabilidad del indiciado, la determinación de formal -
procesamiento o libertad por falta de elementos.

Es palmaria la claridad a que se dirige la frac -
ción transcrita; los hechos delictuosos deben encuadrarse
en el injusto condigno, clasificarse legalmente para con -
formar la materia del proceso, a través del proveido de -
prisión preventiva, habiéndose configurado la probable res
ponsabilidad del imputado, en los hechos, y comprobado la
corporeidad delictiva de los elementos que integran la fi -
gura típica a que se haya adosado el contenido fáctico del
evento delictivo, pues solo es dable su encuadramiento a -
un tipo específico y determinado con anterioridad al hecho,
amén que la comprobación del cuerpo del delito que confor -
man los hechos materia del evento delictivo, es requisito -
de fondo que debe contener el proveido de formal prisión,
debiendo comprobarse plenamente la existencia del delito,
que será la base intransmutable por la que el proceso debe
rá seguir su curso, por ello, la clasificación precisa que
de los hechos haga el juez dentro del plazo constitucional,

reviste el t3pico toral para el correcto desenvolvimiento del procedimiento penal, pues esa base no podr3 ser variada.

Existe dentro de la doctrina, la tendencia invariable hacia la posici3n opuesta, preconizan ese parecer, entre otros: el maestro Borja Osorno, quien expresa: "Como no hay motivo para atribuir al constituyente tan poco criterio, como para suponerlo capaz de dar a una misma palabra significados diferentes y contradictorios, en las diversas veces que la emplea, al reglamentar la misma materia, o sea las garant3as individuales, tenemos que admitir que en el segundo p3rrafo del art3culo 19 se di3 por el legislador a la voz 'delito', la misma acepci3n de 'hecho delictuoso o punible', que en los dem3s."⁽¹⁷⁾

Sobre el singular, se3ala el maestro P3rez Palma: "Se ha pensado en una interpretaci3n racional de la palabra delito empleada en los postulados constitucionales que han quedado mencionados, para que por ella se entienda, no el nombre t3cnico de la infracci3n, sino el conjunto de hechos il3citos que motivan la acusaci3n."⁽¹⁸⁾

(17) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. p3g. 399.

(18) P3rez Palma, Rafa3l. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. C3rdenas Editor y Distribuidor. Primera Edici3n. M3xico, 1974. p3g. 241.

En su turno, apunta el maestro Julio Acero: "se-
tendrá que entender la disposición del artículo 19 en el -
sentido de seguir el proceso y fallarlo por el mismo hecho
o hechos delictuosos que hayan sido materia de la formal -
prisión y nunca por otros actos diversos (que son los que
deben ser motivo de acusación y causa separada); pero sin-
que sea forzoso sujetarse a la denominación legal que en -
el auto de referencia se haya dado a los hechos de que se-
trate, porque esa denominación no es la que determina el -
material del juicio, ni su variabilidad implica cambio de-
su curso, sino mera mudanza de criterio en la apreciación-
del mismo material."⁽¹⁹⁾

Lo culminante del caso, es que para encontrar la
verdadera voluntad de la ley, a través de la directriz que
nos trazan los postulados del método teleológico de inter-
pretación, secundado por el elemento histórico, nos es rea-
lizable la oportunidad de percatarnos de la fiel intención
del legislador, a través del Diario de los Debates, y so-
bre ese asiento, elucidar cualquier controversia exegética,
en forma tan directa y nítida, que haga nugatoria y ociosa
cualquier disquisición interpretativa atinente al vocablo-
"delito" expresado en el párrafo segundo del numeral a -
estudio.

(19) Acero, Julio. Ob. cit. pág. 147.

En efecto, durante la 26a. sesión ordinaria, celebrada en el teatro Iturbide, la tarde del viernes 29 de diciembre de 1916, la Comisión de Constitución del Congreso, integrada por los diputados: Enrique Colunga, Francisco J. Múgica, Luis G. Monzón, Enrique Recio y Alberto Román, pusieron a discusión, y sin ella fueron aprobados por unanimidad en votación nominal diversos preceptos constitucionales, entre ellos el artículo 19, a través del siguiente dictámen: "Ciudadanos diputados: El artículo 19 del proyecto de Constitución es idéntico, substancialmente, al de la Constitución de 1857; pero en el proyecto se precisan los requisitos mediante los cuales debe dictarse un auto de formal prisión, así es que la garantía queda mejor definida y asegurada. Además, en el nuevo artículo se prohíbe terminantemente cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso; si en el curso de la averiguación se descubre que el delito cometido realmente es distinto del que motivó la incoación de la causa o que, además de ese delito se ha cometido otro, debe abrirse averiguación por separado.- Esta reforma es muy conveniente, porque evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó.

"La comisión sugiere solamente una enmienda de estilo en la primera parte del párrafo segundo del artículo

lo, para hacer mas claro el concepto. Los hechos señalados en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente cambiarse, supuesto que han sido consumados, la calificación de ellos es lo que podría alterarse; creemos que esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso seguirá en averiguación solamente del delito o delitos imputados en el auto de formal prisión . . ."⁽²⁰⁾

Las palabras transcritas, desprenden un sentido tan diáfano, que no pueden provocar percepción dubitativa hacia su espíritu, configuran la mente de la ley, su fiel y exacto sentir, por lo que no hay fundamento para atribuirle un criterio distinto al que quedó anotado, pero lo cierto es que la mayoría abrumadora de la doctrina, y aun el discernimiento del máximo tribunal del país, sostienen la postura opuesta, o sea la de atribuir al vocablo "delito", la concepción de hechos delictuosos, a extremo tal, de hollar las palabras del constituyente, pasar por encima de ellas, como el maestro Borja Osorno, afirmando que: "arribaron a conclusiones insubsistentes y falsas, por tanto . . . , a pesar de lo expuesto por la Comisión dictaminadora, lo que está prohibido por el precepto que analizamos es cambiar los hechos señalados como materia del proceso,-

(20) Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917. Ob. cit. pág. 1063.

en el auto de formal prisión."⁽²¹⁾

Las palabras del constituyente, se mantienen intactas, nadie podrá trastocar su sentido a través de interpretaciones derogatorias, la claridad del designio legislativo, es paladina, la acepción que otorga a la expresión - "delito" en la primera hipótesis normativa ínsita en el segundo párrafo del artículo 19, es la de nomenclatura jurídica del tipo, intitulación conferida por la ley a la descripción legislativa; si no tuviéramos la oportunidad de percibir lo que acaeció en el momento preciso de ser aprobado el texto en cuestión, la tarea exegética sería ardua, la discordancia de pareceres sería justificada, pero encontrando sustento en las palabras del legislador, cualquier exégesis resulta ociosa. Lo que ha llevado a la doctrina, y aún a la Justicia Federal, a desentrañar en sentido antitético la garantía que nos ocupa, es la situación distante que entrañan las garantías individuales, de proteger a quienes a través de elementos convictivos aportados durante la secuela procedimental se logra establecer su responsabilidad penal; y esta situación de abrigo o protección - deriva del yerro clasificatorio en que incurre el juez al catalogar los hechos consignados por el representante social, al pronunciar el auto de formal prisión; no obstante,

(21) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. pp. 398, 400.

subsiste la situación análoga, al incurrir el Ministerio Público en error clasificatorio al puntualizar su acusación, pues el juez no podrá rebasarla, a fuerza de no invadir las facultades del representante social conferidas por el artículo 21 de nuestro ordenamiento máximo.

Lo irrefutable, es que los derechos públicos subjetivos que contiene nuestra ley fundamental deben ser aplicados en forma fiel y rigurosa sin recorrerlos al plano del desentrañamiento derogatorio, dejando en orfandad de derechos al gobernado. Las palabras del constituyente, no requieren exégesis alguna.

De lo expresado, es indefectible arribar al siguiente corolario:

El legislador constitucional, confirió al vocablo "delito" empleado doblemente al redactar el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, significados disímboles; a la voz "delito" aplicada en primer término, le dió connotación de nomenclatura típica, nomen iuris que recae a los hechos ilícitos adecuados en el confín de la descripción legislativa; mientras que la expresión "delito" enunciada en segunda ocasión, se concibe como contenido fáctico del evento delictivo, como conjunto de hechos componentes de la relación histórico temporal, perpetrables en el mundo de relación, conculcadores del orden gregario, tipificables en el catálogo delictual.

**3.- EL PROPOSITO QUE PERSIGUE LA CREACION DE LA
GARANTIA DE LITIS CERRADA.**

El ánimo esencial que campea en la garantía de seguridad jurídica insita en el segundo párrafo del artículo 19 de nuestro Ordenamiento Fundamental, se contrae a la exigencia de suministrar al procesado la posibilidad de encauzar de manera precisa, clara y cabal la defensa de su libertad, honor, patrimonio y demás valores que deja expuestos al verse sumergido en los procelosos infortunios del procedimiento penal.

Esta garantía viene a enriquecer el sistema racional y armónico de derechos comunes personales, que en materia penal el Código Político de la Federación confiere al inculcado el procedimiento penal.

Los derechos públicos subjetivos imbibitos en el párrafo constitucional a estudio, se actualizan a partir de la expedición del auto de plazo constitucional, es de -

cir, desde el momento en que el juez decide la situación jurídica que debe recaer al indiciado al fenecer el plazo de tres días.

Atendiendo las disposiciones de los preceptos 18 constitucional in capite y 19 del mismo ordenamiento, en su segundo párrafo, la garantía que subyace en éste, muestra tener aplicación, exclusivamente en lo tocante a indiciados que en razón de la punibilidad asignada a la figura delictiva imputada, merezcan ser reclusos en prisión preventiva, esto es, se les resuelva su formal prisión. Para dar luz a este tópico, es menester trasuntar el contenido de los preceptos aludidos, en su parte conducente. El artículo 18 constitucional estatuye: "Solo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva . . ." El párrafo segundo del precepto 19 de la propia ley fundamental, dispone: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión . . ."

Es de explorado derecho, el aserto que todo auto de formal prisión unicamente podrá pronunciarse cuando el delito imputado al indiciado merezca ser sancionado con prisión, de lo cual podríamos colegir que si la entidad delictiva imputable al indiciado no amerita sanción privativa de libertad, no podrá dictarse en su contra auto de bi-

en preso, y consiguientemente la garantía ínsita en el párrafo segundo del precepto 19 constitucional no lo alcanzaría. No obstante la anterior disquisición, el desenlace a que arriba, es inexacto; si bien, cuando al indiciado se le impute delito que no amerite sanción de prisión o le corresponda punibilidad alternativa que incluya una no privativa de libertad no podrá pronunciarse en su contra auto de formal prisión, esta circunstancia no es óbice, para que el auto de sujeción a proceso que determine su situación jurídica, se halle también ceñido por la garantía que nos ocupa; empero para poder aseverar categóricamente lo anterior, se hace ineluctable registrar el criterio que sobre el tema adoptan los tratadistas de la materia. El maestro Julio Acero, apunta sobre el particular: "Aunque el artículo 301 del nuevo Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal quiere que el 'auto de formal prisión' se dicte aun tratándose de transgresiones que no merecen pena corporal, para el solo efecto de señalar el delito por el que deba seguir el proceso; no cabe duda que hay allí un contrasentido cuando menos en el tecnicismo empleado. Si no puede haber prisión, no puede haber 'auto de formal prisión', sino a lo sumo de 'formal proceso' muy necesario en todo caso . . . "

(22)

(22) Acero, Julio. Ob. cit. pág. 137.

Por su parte, el maestro González Bustamante, ex pone: "El auto de formal prisión no siempre es procedente-dictarlo; puede suceder que el delito no merezca sanción - corporal, sino sanciones alternativas o multa. Entonces, - como no puede privarse de su libertad al inculpado, se dic- tará el auto de sujeción a proceso que contendrá los mis - mos requisitos señalados para el auto de formal prisión, y solo con el objeto de fijar el delito o delitos por los - que deba seguirse el proceso . . . Es de mencionarse lo in congruente que resulta el tecnicismo empleado en el artícu- lo 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distri- to Federal, al disponer que tratándose de delitos que no - merezcan sanción corporal, se dicte el auto de formal pri- sión." (23)

En relación al tema, el maestro Pérez Palma, so g tiene: "El artículo 301 del Código de Procedimientos Pena- les dice: 'Cuando por tener el delito señalada sanción no- corporal o pena alternativa, que incluya una no corporal, - no pueda (sic) restringirse la libertad, el juez dictará - el auto de formal prisión, para el solo efecto de señalar- el delito y delitos (sic) por los que se siga al proceso.' y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la-

(23) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Proce- sal Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Décima Edición. México, 1991. pág. 184.

Nación agrega: 'Es violatorio de garantías el auto de formal prisión, si el delito que se imputa al acusado se castiga con pena alternativa de prisión o multa.' . . . Indudablemente el texto del artículo 301 transcrito, es incompleto, pues el efecto de un auto de sujeción a proceso, no es solamente el de señalar el o los delitos por los que habrá de seguir el proceso, sino el de hacer saber al imputado - que queda sujeto a proceso y que debe estar a las resultas del juicio, por lo que habrá de defenderse y de rendir pruebas."⁽²⁴⁾

El tratadista Colín Sánchez, sobre el tema, puntualiza: "Es importante advertir que, aunque en la práctica y aún en la teoría se sigue repitiendo que en el caso de los delitos sancionados con pena alternativa o no corporal lo procedente, al fenecer el término constitucional de 72 horas es, en su caso dictar un auto de sujeción a proceso, hacen gala de una ignorancia supina, abismal e inenarrable del contenido y alcances del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente que, a la letra indica: '. . . todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión . . .' Los requisitos de-

(24) Pérez Palma, Rafael. Ob. cit. pp. 229, 230.

esta resolución son los mismos del auto de formal prisión- así como también sus efectos, excepto el de la prisión preventiva, pues ya anotamos la prohibición constitucional para restringir la libertad cuando se trata de delitos san - cionados con pena no corporal o alternativa." (25)

De los juicios doctrinales expuestos, prolijamos una tendencia ecléctica, en tanto que nuestra posición conceptúa como inexacta la denominación asignada por la ley - secundaria al auto que debe recaer a la situación crimino- legal del indiciado, cuando el delito imputado no amerita- punibilidad de prisión, o señala sanción alternativa que - contenga una no privativa de libertad, pues en ese caso no deberá pronunciarse auto de formal prisión, hacerlo condu- ciría a un sentido paradójico, incongruente e inaplicable; empero, por otra parte, para no segregar al procesado del- ámbito de seguridad que le brinda la garantía consagrada - por el segundo párrafo del precepto 19 constitucional, de- bemos admitir que el auto de formal prisión y el de suje - ción a proceso, que en todo caso correspondería a la hipó- tesis legal aludida, no difieren esencialmente, en cambio, ambos proveídos, descubren abundantes puntos de contacto - entre sí, son substancialmente iguales, en vista de que no

(25) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. Decimosegunda Edición. México, 1990.- pp. 293, 294.

podrán pronunciarse sin antes existir elementos suficientes que permitan comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculcado; asimismo el material delictivo señalado en ellos, conformará la base procesal; y solamente alcanzan como única disparidad, que no restringen la libertad en la misma forma, y por ende, siendo resoluciones de igual naturaleza, no sería explicable que el legislador hubiera dejado fuera del resguardo de la garantía de litis cerrada, al indiciado, que en razón de la punibilidad aplicable al delito imputado, le correspondiera estar sujeto a proceso y no a formal prisión.

De una hermenéutica pura, deriva apodíctico, que al referirse el constituyente al auto de formal prisión, abarca en este concepto genérico, a las dos resoluciones mencionadas; participa de este parecer, el connotado procesalista Rivera Silva, al apuntar: "El auto de sujeción a proceso tiene todos los requisitos medulares y formales del auto de formal prisión y en él se ve claramente, que su objeto está (como también del auto de formal prisión) en dar base a un proceso. El auto de sujeción a proceso surte todos los efectos del auto de formal prisión, con excepción del relativo a la prisión preventiva."⁽²⁶⁾

(26) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. Decimotava Edición. México, 1989. pp. 170, 171.

El mismo convencimiento usó el legislador común-
al redactar el muy censurado artículo 301 del Ordenamiento
Adjetivo Penal del Distrito Federal, que actualmente posee
un texto diverso a aquél que desató numerosas diatribas en
su contra, en atención a su aparente o verídica deficien-
cia de redacción, misma que fué variada al sufrir reformas,
en el año de 1984; el texto antes de la reforma señalaba:-
"Cuando por tener el delito unicamente señalada sanción no
corporal o pena alternativa, que incluya una no corporal,-
no puede restringirse la libertad, el juez dictará el auto
de formal prisión para el solo efecto de señalar el delito
o delitos por los que se siga el proceso."

El numeral 162 del Código Federal de Procedimien-
tos Penales, de contenido análogo al 301 del Ordenamiento-
Adjetivo Penal local, antes de la reforma, aun mantiene vi-
gencia, dado que su redacción sobre el particular, se esti-
ma pulcra; y el legislador patentiza su intención de estre-
char por igual con la garantía de litis cerrada al procesa-
do sometido a formal prisión o sujeto a proceso; el artícu-
lo aludido, dispone: "Cuando el delito cuya existencia se-
ha comprobado no merezca pena corporal, o esté sancionado-
con pena alternativa, se dictará auto con todos los requi-
sitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la per-
sona contra quien aparezcan datos suficientes para presu-
mir su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el-

delito por el cual sea seguido el proceso."

Consecuentemente, podemos asertar que el auto de formal prisión y el de sujeción a proceso o de formal prisión con sujeción a proceso, como lo denomina el procesalista Colín Sánchez, comulgan de idéntica naturaleza para el efecto de encontrarse abarcados por el ámbito de aplicación de la garantía de litis cerrada.

A partir de la aplicación irrestricta de la garantía de litis cerrada, asoma la exigencia de precisar la figura o figuras típicas instauradoras del cimiento procesal; señalamiento éste, conferido monopolícamente al juez, al resolver lo condigno dentro del estrecho margen de tres días, establecido por la Constitución.

En efecto, a través de la garantía consagrada por el segundo párrafo del artículo 19 de nuestra Norma Fundamental, el legislador constituyente confirió al juez la facultad de sentar con fijeza la base procesal, mediante la clasificación que de los hechos consignados por medio del ejercicio de la acción penal, verifique el juez acorde a su prudente arbitrio en el perentorio plazo de tres días.

Esta determinación del material procesal, tiene como motivo primordial, la fijación firme y sólida de la

entidad delictiva en la apertura del proceso, para que el procesado advierta con precisión, no los hechos punibles - que se le atribuyen, en vista de que estos, ya se le hicieron saber en audiencia pública, en el lapso de cuarenta y ocho horas subsiguientes a su consignación ante la autoridad judicial, sino la catalogación de ellos por el juez en la descripción típica precisa, al comprobar el cuerpo del delito concerniente, y precisamente así hacer factible al procesado, encauzar el rumbo adecuado de su defensa.

En aras del fiel acatamiento a la garantía de de fensa que alberga el artículo 20 constitucional, fracción- IX, se hace ineluctable, hacer sabedor al encausado la base procesal, precisamente al inicio del proceso, demarcando su calidad de intransmutable, pues la defensa, contra - riamente a lo que sostienen algunos tratadistas, ⁽²⁷⁾ debe partir del conocimiento preciso de la figura delictiva marcada por el juez al resolver en el auto de plazo, ya que - el conocimiento de los hechos ilícitos conformadores del - momento histórico delictual es nota de extrema vaguedad, y a nada firme conduce, ni siquiera la estimación técnica - que el representante social produzca tendiente a los hechos, al ejercitar la acción penal, dado que en esa etapa-

(27) Entre ellos: Julio Acero y Guillermo Borja.

procedimental, la clasificación jurídica ministerial, es anodina, en razón de que solo consigna hechos y su catalogación típica atañe de manera particular al juez.

Ciertamente, el dinamismo de la defensa debe marcarse por el cuño de la elevada elucubración jurídica, de la copiosa disquisición técnica, consubstanciales al alto nivel de especialización verificables en el seno del procedimiento penal, para que a partir del conocimiento de la figura típica, cuyo contenido fué alcanzado por el evento delictual, o condición desencadenante del proceso, y mediante la penetración de su estudio por la dogmática jurídico penal, o ciencia del Derecho Penal en sentido estricto, se haga factible y eficaz la garantía de defensa, por tanto, la mutación clasificatoria no debe tener lugar durante el desarrollo del proceso, ni mucho menos al concluir éste, para no conducir al terreno de lo nugatorio y frustraneo el derecho de defensa.

Es bien sabido, que el tipo penal implica una serie de elementos de variada índole, identificatorios de la raigambre diversa y propia de cada uno, esto es, los aspectos objetivos, subjetivos y normativos o valorativos, que no todos los tipos poseen por igual, y que es preciso conocer, porque es de veracidad incuestionable, que el resultado que a través de la dogmática jurídico penal se alcance,

marchará en función directa a la figura típica que se estudie, y por ello, una base intermitente en el cimiento procesal, es letal para el ejercicio del derecho de defensa, todo ello conduce a afirmar la necesidad imperiosa que compele al conocimiento exacto de la figura típica base del proceso, precisamente al iniciar éste, dado que su variación incide terminantemente en los resultados de la actividad desplegada por la defensa, y por ende a la estricta concesión del derecho de defensa, que se vería mermado o anulado.

Por lo antes señalado, el constituyente llevando a buen resguardo el derecho de defensa del procesado, redactó el segundo párrafo del artículo 19 de nuestra Norma Fundamental con el apremiante afán de regir su contenido al acatamiento puntual de la garantía jurídica de defensa, apartando del procesado el estado de zozobra o sobresalto en que pudiera encontrarse al desconocer la exacta catalogación legal de los hechos que se le imputan; por ello el mandato insoslayable de fijar la base procesal al inicio del proceso, debe acatarse irrestrictamente, por lo que resulta obvio la imposibilidad de transmutación intempestiva o inopinada del cimiento procesal, ni por el juez, ni mucho menos por cualquiera de las partes, lo cual acarrearía la orfandad defensiva del procesado, o al menos la incertidumbre acerca del correcto derrotero al pergeñar el meca -

nismo defensivo; con razón señala el Doctor Zamora Pierce: "La garantía de litis cerrada está destinada a proteger al procesado de los peligros que involucraría la reclasificación del delito en el curso de la instrucción, en las conclusiones acusatorias o en la sentencia, verdadera emboscada en la que naufragaría la defensa."⁽²⁸⁾

No debemos perder de vista las palabras expresadas por el Constituyente la tarde del viernes 29 de Diciembre de 1916, en tanto se discutía el contenido del artículo 19 del Código Fundamental de la República, al manifestar: " . . . Esta reforma es muy conveniente, porque evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara in tempestivamente la acusación que la originó . . ."⁽²⁹⁾

Las palabras del Constituyente reverberan con notoria claridad el ánimo que divisó al insertar en el artículo 19 constitucional un segundo párrafo, cuya presencia no logra vislumbrarse en su análogo de la Constitución Política de 1857.

El párrafo que se comenta, viene a colmar el conjunto hermanado de derechos personales comunes que en mate

(28) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 156.

(29) Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917, Ob. cit. pág. 1063.

ria penal, la Constitución Política registra en el capítulo de las Garantías Individuales. Esto puede aseverarse a partir de la segunda hipótesis normativa que entraña el párrafo a estudio, que reza: ". . . Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente." De la penetración que se haga de este texto, salta a la vista su calidad de uniformador de la estructura de garantías individuales en materia procesal penal; efectivamente, del texto enunciado, se desprende la situación originada durante la instrucción del proceso, a través de cuyo desdoblamiento emergieran datos-reveladores de la existencia de otro u otros hechos criminosos, imputables al, en ese momento procesado, mismos que no deberán alojarse en el tipo penal que integren, y reunirse al material conformador de la causa penal que se instruye, complementando el acervo del proceso, e instruyéndose se coetaneamente con los delitos imputados a través del único ejercicio de la acción penal existente, ya que ello haría de suyo una flagrante expoliación de garantías individuales; si bien, lo que en realidad anheló el legislador con la segunda hipótesis jurídica implicada en el párrafo a estudio, es, que de manifestarse en el desenvolvimiento del proceso, datos que lleven a conjeturar la existencia -

de otro u otros delitos imputables al encausado del proceso que en ese momento mantiene viva su instrucción; se practique nueva averiguación previa, que pueda desencadenar o no en ulterior ejercicio de la acción penal, habiéndose reunido datos bastantes que permitan al juez la comprobación del cuerpo del delito condigno, así como la responsabilidad probable del indiciado (quien aparece simultáneamente como procesado en la causa que se instruye en su contra) que se le haga saber en audiencia pública en el lapso de cuarenta y ocho horas subsiguientes a su consignación al juez (que puede ser o no el que conoce del primer proceso) el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación a fin de que conozca el hecho punible que se le atribuye y pueda potestativamente rendir o no su declaración preparatoria, en fin, todo ello en aras de no violentar las garantías de seguridad jurídica, concernientes a todo imputado inmerso en el procedimiento penal, todo esto se traduce en el insustituible encargo de preservar el recto acatamiento de todos y cada uno de los derechos públicos subjetivos que el constituyente reconoció y codificó en su aplicación, siendo este el desideratum imbuído en el propósito legislativo creador de la garantía de litis cerrada.

CAPITULO II.

**1.- LA FIJACION DE LA MATERIA DE LA LITIS A PARTIR DE LA
FIRMEZA DEL AUTO DE FORMAL PRISION.**

**2.- LA FACULTAD INDELEGABLE DEL JUEZ PARA SENTAR LA BASE
DEL PROCESO DENTRO DEL PLAZO CONSTITUCIONAL DE TRES DIAS.**

**1.- LA FIJACION DE LA MATERIA DE LA LITIS A PARTIR DE LA
FIRMEZA DEL AUTO DE FORMAL PRISION.**

El concepto de litigio, constituye la raíz sobre la que ha de elevarse el análisis de este apartado. Al decir del maestro Cipriano Gómez Lara: "la expresión litigio, no es un concepto esencialmente procesal, porque todo proceso presupone un litigio, pero no todo litigio desemboca necesariamente en un proceso, es decir, el litigio no tiene esencia procesal, aunque sea siempre el contenido de todo proceso."⁽¹⁾ Carnelutti, expresa respecto del litigio: "Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro."⁽²⁾ Por su parte Alcalá Zamora y Castillo, refiere que por litigio debe entenderse: "el conflicto jurídica

(1) Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Universidad Nacional Autónoma de México. Séptima Edición. México, 1987. pág. 17.
(2) Citado por Cipriano Gómez Lara. Ob. cit. pp. 17, 18.

mente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa." (3) El maestro Rafael de Pina, define al litigio como: "pleito, controversia o contienda judicial." (4) El procesalista Díaz de León, lo define en su Diccionario de Derecho Procesal Penal, como: "Conflicto de carácter metaprocesal, de trascendencia y solución jurídica que da nacimiento al proceso. En el proceso penal, no se aplica esta expresión." (5)

La litis se configura por los puntos concretos de controversia fijados por las partes dentro del proceso, esto implica, que a través del litigio puede plantearse la litis o puntos de conflicto para trasladarlos a la decisión judicial mediante el ejercicio de la acción procesal.

Las concepciones doctrinales vertidas sobre el litigio, nos llevan a comprenderlo como conflicto, controversia, percusión de fuerzas antagónicas que surge entre individuos con intereses opuestos. El litigio se subsume al proceso, porque éste tiene como fin último dirimir el litigio, o específicamente la litis planteada. Para alcan-

(3) Citado por Cipriano Gómez Lara. Ob. cit. pág. 18.

(4) De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. - Decimocuarta Edición. México, 1986. pág. 341.

(5) Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal. (Tomo I). Editorial Porrúa. Segunda Edición. México, 1991. pág. 1097.

zar la solución al litigio, desde un punto de vista procesal, se hace indispensable, el ejercicio de la acción procesal, como derecho a la jurisdicción, para introducir la pretensión de la partes al ámbito procesal. Como muy atinadamente indica el maestro Marco Antonio Díaz de León, la expresión litigio, no tiene cabida en el proceso penal, habida cuenta que el litigio presupone la problemática de intereses particulares, cuyo campo de acción pertenece al Derecho Privado y no al Derecho Público, donde se encasilla el Derecho Penal. "Si el Derecho Público es el conjunto de normas que regula las relaciones en que el Estado interviene como entidad soberana, y el Derecho privado se ocupa exclusivamente de las relaciones entre los particulares, es claro que el Derecho penal integra una rama del Derecho público al establecer una vinculación directa entre el poder público y los particulares destinatarios de sus normas."⁽⁶⁾

Ciertamente, dentro del ámbito del Derecho Público, donde se alberga al Derecho Penal como una de sus ramas, la acción penal difiere abismalmente de la acción civil o derecho público subjetivo del gobernado, por el cual puede exigir del Estado la prestación del servicio judi -

(6) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos, invocando al connotado penalista Fernando Castellanos. Ob. cit. pág. 21.

cial, para reclamarle que resuelva la pretensión planteada, a través de la resolución correspondiente.

En materia penal, las descripciones legislativas que geometrizan las conductas antijurídicas, que conllevan el quebranto de la armonía social, se hallan revestidas de castigo, dicho en otras palabras, la norma penal se integra de dos partes: el precepto y la sanción, o el precepto primario y el precepto secundario.

La conminación punitiva, se encierra en la norma, concretamente, en el precepto secundario o sanción, cuya imposición atañe exclusivamente a la autoridad judicial. En nuestro procedimiento penal, las acciones persecutoria y jurisdiccional, se encuentran bien delimitadas, basta dar lectura al párrafo primero (in capite) del precepto 21 constitucional, para así concluirlo; el precepto dispone:- "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél . . ."

La acción penal es una acción pública y no privada como acaece en el Derecho Civil, y en nuestro sistema jurídico reside exclusiva e indelegablemente en el Estado, a través de la institución del Ministerio Público; la acción penal se basa en el ius puniendi o derecho que posee-

el Estado de castigar a quienes se han conducido en contra vención a las prohibiciones o disposiciones de las descrip ciones típicas, a través de la pretensión punitiva del Es tado. La acción penal nace con la actualización de una con ducta considerada como delito por la ley, para que a tra -
vés de su ejercicio pueda desenvolverse el proceso corres-
pondiente hasta culminar con la aplicación de la conmina -
ción penal que reside en la sanción.

Cabe colegir con certeza de lo apuntado, la in--
aplicabilidad del concepto litigio dentro del procedimien-
to penal, pues éste aflora de la conflictiva interpersonal
entre sujetos cuyo núcleo de afectación es de carácter pr i
vado y cuya solución se intenta a través del ejercicio de-
la acción procesal, excitando la actividad jurisdiccional-
sobre el planteamiento de las pretensiones concretas de -
las partes, cuya colisión se compendia en la litis, conte-
nido del proceso.

Cuando la afectación importa al conglomerado so-
cial al verse amenazado seriamente por conductas antijurí-
dicas que colman el contenido de las descripciones típicas,
la acción corresponde monopolicamente al órgano estatal, -
creado ex profeso para la persecución y el castigo de los-
transgresores de la armonía gregaria; por tanto, la con --
flictiva se engloba a partir de la perpetración del injus-

to típico y la clase de acción que se ejerce reviste una -
raigambre diversa.

Sobre este particular, anota el maestro García -
Ramírez: "La idea del litigio ha sido constantemente tachad
da por los procesalistas penales, que en su contra arguyen
el acentuado sabor privatista de este concepto. La oposi -
ción se salva, creemos, al través de una caracterización -
mejor, de amplio espectro, como la que Alcalá Zamora sugier
re: 'el conflicto jurídicamente trascendente, que constituy
ye el punto de partida o causa determinante del proces
so.'" (7)

El concepto de litigio, debe estimarse privativo
del Derecho Civil como rama del Derecho Privado, no obstant
te ello, preferimos y aplicamos en este trabajo la denomin
nación de litis cerrada a la garantía constitucional conten
nida en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional,
prohijando la designación que le otorga el maestro Jesús -
Zamora Pierce, por considerarla de enorme claridad y extrad
ordinaria comprensión, abarcando con amplitud el propósito
que reporta el contenido de la garantía individual que nos
ocupa, a saber: la fijación del material procesal sobre la
base del auto de plazo constitucional, como garantía indi-

(7) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Edi-
torial Porrúa. Cuarta Edición. México, 1983. pág. 6.

vidual.

Es discutido en nuestro medio, el aspecto atinente al momento en el cual se fija la materia o contenido sobre el que deberá versar el proceso penal, la solución ha sido propuesta por la doctrina, y parece resumirse en dos categorías; al efecto, aquilatamos los criterios vertidos en derredor al tema, al través del pensamiento de dos tratadistas, que recopilan por su parte, el contenido de las categorías doctrinales aportadas. Sobre el particular, expone el maestro Rafael Pérez Palma: "El proceso civil principia precisamente por la fijación de los puntos cuestionados, lo que se realiza mediante los escritos de demanda y contestación, en los que las partes deben concretar la controversia, señalando las cuestiones que sometan a la resolución del juez, ya sean de hecho o de derecho; sigue la audiencia concedida para la recepción de las pruebas, los alegatos y finalmente la sentencia. En materia penal el procedimiento es otro: tras la comisión del delito viene la investigación, el aseguramiento de la persona responsable, el ejercicio de la acción penal con la acusación inicial, la formal prisión, la instrucción, el juicio propiamente dicho, que consiste en la acusación definitiva, ya concreta y definida, que formula el representante social - mediante sus conclusiones, las conclusiones de la defensa y la sentencia.

"La acusación pues, se realiza en dos formas distintas y en dos momentos diferentes: la inicial y la definitiva. La primera tiene por objeto poner al acusado a disposición del juez, para que éste mediante el auto de formal prisión justifique la pérdida de libertad y ordene la práctica de las diligencias que las partes soliciten, ya sea para demostrar la culpabilidad o la inocencia, el monto de los daños causados por el delito y las particularidades del inculcado en su persona, tendientes a la individualización de la pena, cuando ya la instrucción está concluida, cuando ya se tienen todos los elementos necesarios para juzgar y se declara cerrada la instrucción, principia el juicio: el Ministerio Público después de estudiar el proceso, hace la clasificación legal de los hechos y pide la imposición de la pena establecida por la ley; la defensa por su parte, señalará la concurrencia de eximentes de responsabilidad o alegará las circunstancias favorables al acusado, o, como lo dice la ley, se tendrán por formuladas las conclusiones de inculpabilidad.

"Son pues las conclusiones acusatorias del Ministerio Público y las conclusiones de inculpabilidad del acusado, los elementos con que, en materia penal, se fija la litis."⁽⁸⁾

(8) Pérez Palma, Rafaél. Ob. cit. pp. 242, 243.

En postura disímil, expresa el maestro Mancilla-Ovando: "En el proceso represivo, la litis se integra en dos momentos distintos con calidades jurídicas diferentes: en forma material, con la contestación del cargo que hace el indiciado en la audiencia pública al rendir su declaración preparatoria; y, jurídicamente, en el auto, que consagra la existencia del delito, y la presuntiva responsabilidad penal, y sujeta a proceso al ciudadano."⁽⁹⁾

Nosotros nos afiliamos a la postura que admite - la fijación del tema o contenido procesal a partir de la - resolución judicial emitida en el lindero de la etapa procedimental de preparación del proceso, o sea, a través del auto de plazo constitucional que resuelve la situación jurídica del indiciado sobre los datos aportados por el Ministerio Público al ejercitar la acción penal. Aceptar la otra solución propuesta, equivale a reconocer la posibilidad de desarrollar un proceso sin materia, o con un tema fijado feblemente, cuyo andamiaje pudiera caer al variar - su contenido, a propuesta del Ministerio Público, quien - funge como parte en esa etapa procedimental. lo relativo a las dos acusaciones que realiza el Ministerio Público en - dos momentos distintos, debe desestimarse, en razón de que el representante social al ejercitar la acción penal, pone

(9) Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Ob. cit. pág. 130.

en conocimiento de la autoridad judicial hechos ilícitos, y en todo caso es anodina la clasificación que de esos hechos haga en ese momento, pues corresponderá al juez determinar si engastan en alguna o algunas descripciones típicas, y a él pertenecerá exclusivamente la facultad a su prudente arbitrio de clasificar los hechos en el molde típico ajustable, determinar si en la especie se comprobó el cuerpo del delito correspondiente, y establecer si existe probable responsabilidad del indiciado. La fijación de la litis en la etapa del juicio, privaría al procesado de defensa, pues en realidad el material probatorio aportado, únicamente serviría para determinar la litis, y en consecuencia una vez fijada ésta en la etapa del juicio, habiendo transcurrido para el procesado el período para ofrecer y desahogar pruebas, solo lo limitaría a conocer el sentir del juez al pronunciar la sentencia, dicho de otra forma, si el proceso se desarrolla sin tener base o al menos con la solidez necesaria, sería ocioso aportar pruebas para determinar con fijeza la litis hasta la etapa del juicio, en que la defensa del procesado se hiciera nugatoria, o al menos lo mantendría en la zozobra de saber que el material típico sobre el que se ha instruido el proceso, pudiera variar, o en el mejor de los casos, pudiera coincidir con el que quedó fijado "solo en forma provisional y endeble" por el juez, quien es, en quien verdaderamente concurre la jurisdicción. El representante social, si bien es cierto -

que apuntala el ejercicio de la acción penal al formular sus conclusiones, también lo es que éstas deben ajustarse a la base procesal propuesta por el órgano jurisdiccional.

Si en el proceso civil, la fijación de la litis se observa a partir de la determinación de las pretensiones de las partes, en materia penal, la situación es diversa; el procedimiento penal mantiene un carácter sui generis, y sus fines son otros; por tanto, no es preciso adoptar posturas con apoyo en consideraciones inaplicables, - partiendo de parangones con una rama jurídica que mantiene pocos puntos de contacto con la rama del Derecho Público - que nos ocupa. Con razón dice el maestro Díaz de León: "este proceso tiene características especiales que lo distinguen de los otros métodos de enjuiciar que sirven a los demás derechos sustantivos, dado que contiene una serie de reglas y formalidades aseguradoras de su devenir que no encuentran vigencia en los distintos tipos de procedimiento; se debe sin duda al carácter especial y eminentemente público."⁽¹⁰⁾

Ahora bien, por lo que hace a la opinión del maestro Mancilla Ovando, transcrita líneas arriba, estimamos que la fijación de la litis o material típico procesal

(10) Díaz de León, Marco Antonio. Ob. cit. pág. 297.

solo se verifica en forma jurídica, a través del pronunciamiento del proveído de formal prisión o sujeción a proceso, ya que la integración de la litis en forma material, como lo propone, con la contestación del cargo que hace el indiciado al rendir su declaración preparatoria, debe estimarse solo como un derecho público subjetivo elevado a categoría de garantía individual, en virtud de la cual se le debe conocer al indiciado el nombre de la persona quien le imputa los hechos delictuosos materia de la acción penal, la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien los hechos punibles que se le atribuyen, y potestativamente pueda o no contestar el cargo que se le formula.

Fijar materialmente la litis en este momento, - llevaría al riesgo de que el indiciado optase por no declarar, y en consecuencia no sería dable conocer su posición sobre la imputación en su contra, o bien, como suele suceder, que su inquisitiva no la apoye en respaldo probatorio que la haga verosímil, o en su caso, que tenga la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en el escaso plazo constitucional, pero a final de cuentas todos los datos recabados hasta ese momento procedimental, integrarán el acervo de la causa, sobre el que el juez deberá resolver la situación jurídica en que deberá permanecer el indiciado; admitir que la fijación material de la litis se verifica dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a partir de que se

ejercitó la acción penal con detenido, al rendir éste su - declaración preparatoria, momento en el cual se pueden observar las pretensiones del representante social en su - pliego consignatorio, y del indiciado al emitir su declaración, correspondería a trasladar el procedimiento penal, - dentro de los límites del proceso civil, lo cual como hemos señalado debe descartarse tajantemente.

A nuestro parecer, la posición doctrinaria co-rrecta, es la que estima, que a través del auto de plazo - constitucional se fija la materia del proceso; este criterio nos parece el mas lógico, si partimos de la base, que para dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según el caso, es necesario que se reunan los extremos previstos por el propio artículo 19 constitucional, - que establece los requisitos de fondo y de forma exigibles a todo auto de formal prisión.

En efecto, el auto de formal prisión, debe recoger elementos esenciales o de fondo, y elementos formales, que son de tal manera imprescindibles, que semejante providencia, no podrá pronunciarse si no se encuentran satisfechos, de tal suerte que su carencia, salta al plano de lo inconstitucional, al tornarse violatorio de garantías individuales. Los tribunales de jurisprudencia, han resuelto - que en todo auto de formal prisión deben expresarse elementos de forma y de fondo, siendo los primeros: a) el delito

que se imputa al acusado y sus elementos constitutivos; b) las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar, y - c) los datos que arroje la averiguación previa; y como requisitos de fondo, que los datos sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado. El Código Adjetivo de la materia, de aplicación en el Distrito Federal, enuncia en el numeral - 297, además de los expresados, otros elementos de forma - que deberá contener la resolución de cuenta, siendo entre otros: la fecha y hora exacta en que se dicte; los nombres del juez que dicte la determinación y del secretario que - la autorice, etcétera.

En realidad, para poder demostrar la tesis que - sostiene que la fijación del material procesal tiene lugar a partir de la resolución judicial pronunciada dentro del - plazo constitucional de tres días, es necesario analizar - el primero de los elementos de fondo que la ley exige para el pronunciamiento del auto de bien preso, o sea lo concerniente al cuerpo del delito, que a final de cuentas será - el material típico sobre el que ha de levantarse la prosecución procesal.

El cuerpo del delito, es un concepto fundamental en el Derecho de Procedimientos Penales, y aun mas, su conocimiento, debe ser tocado cardinalmente en el ámbito de - la dogmática jurídico penal, por establecer el cimiento es

tructural del procedimiento penal; el ínclito penalista Ji
ménez Huerta "advierte el error de quien concibiese el con
cepto como unicamente trascendente en el Derecho procesal-
penal, pues su influencia se deja sentir en la 'dogmática-
del delito'. . ." ⁽¹¹⁾

El estudio del cuerpo del delito, ha causado -
gran diversidad de pareceres entre la doctrina, su concep-
to ha venido evolucionando históricamente, y hoy aparece -
casi unánime la avenencia de criterios, aunque la discre-
pancia aún subsiste.

Para que pueda existir el cuerpo del delito, es-
precedente inevitable la subsunción de la conducta o hecho
concreto a la hipótesis legislativa en abstracto, lo cual-
implica la imprescindencia de la decuación típica, como -
denominó Beling, a lo que se acepta de manera general en -
nuestro medio como tipicidad o encuadramiento o adecuación
de la conducta en el tipo. Obviamente, la tipicidad como -
elemento del delito, debe propender a la existencia previa
del tipo, presupuesto sine qua non del delito. El tipo, -
por su parte, es la descripción legislativa en abstracto -
de una conducta positiva o negativa, reputada antijurídica
dentro de los catálogos legales de delitos. El maestro es-

(11) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. cit. pág. 260.

pañol Jiménez de Asúa, define al tipo como: "la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito."⁽¹²⁾ Edmundo Mezger, señala: "el tipo en el propio sentido jurídico penal significa mas bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal."⁽¹³⁾ El connotado penalista Mariano Jiménez Huerta, concibe al tipo como: "el injusto recogido y descrito en la ley penal."⁽¹⁴⁾ Para el maestro Pavón Vasconcelos, el tipo: "es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones, se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal."⁽¹⁵⁾ Por su parte el maestro Castellanos Tena, define al tipo como: "la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales." Apunta el citado penalista en referencia al tipo: "Hay tipos muy-completos en los cuales se contienen todos los elementos del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos 'con en-

(12) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. ob. cit. pág. 265.

(13) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pp. 264, 265.

(14) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 265.

(15) Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 265.

gaños', 'furtivamente', etc. En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito . . ."⁽¹⁶⁾

La transformación hacia el moderno concepto del tipo, comenzó a gestarse en Alemania, a principios del siglo actual, descollando como principal exponente y considerado como el padre de la moderna teoría del tipo a Ernest-Von Beling; la doctrina alemana anterior a Beling, concibió al (tatbestand) como el total delito, es decir, la suma de todos sus elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos, Beling, ante esto, precisa la calidad meramente descriptiva del tipo, segregando tajantemente los elementos antijuridicidad y culpabilidad, por estimar que son cuestiones ajenas al tipo, correspondientes al campo de la valoración de la acción.

Hacia el año de 1915, Max Ernest Mayer, en su obra "Tratado de Derecho Penal", determina que el tipo cumple una función mas allá de la puramente descriptiva, pues tiene un valor indiciario de la antijuridicidad de la conducta o del hecho; el tipo, es el fundamento cognoscitivo de lo injusto, la ratio cognoscendi, aunque Mayer preconiza la independencia entre tipicidad y antijuridicidad.

(16) Castellanos, Fernando. Ob. cit. pág. 167.

En otro estadio del desenvolvimiento evolutivo del tipo, Edmundo Mezger refiere al tipo como fundamento de la antijuridicidad, el tipo jurídico penal es fundamento real y de la validez (ratio essendi) de la antijuridicidad. Denota el maestro Pavón Vasconcelos: "En la actualidad nadie duda de la función concretizadora que de la antijuridicidad realiza el tipo, pues como lo ha destacado Jiménez Huerta, el propio Beling, que tanto se aferró al criterio objetivo del tipo, hubo de reconocer que la tipicidad va unida a lo injusto. . ." ⁽¹⁷⁾

De las innúmeras clasificaciones que se han vertido en torno al tipo, hallamos la clasificación a que se refiere el maestro Luis Jiménez de Asúa, al catalogarlos en tipos normales y tipos anormales. "Aquellos se integran con elementos objetivos, de aprehensión cognoscitiva material, mientras los anormales incluyen también elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por el aplicador de la ley." ⁽¹⁸⁾

coincide con la anterior clasificación, el maestro Fernando Castellanos, y al respecto anota: "La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una -

(17) Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pp. 265, 266.

(18) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 280.

descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal . . . La diferencia entre tipo normal y tipo anormal estriba en que, mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas."⁽¹⁹⁾

Subyacen en la estructura de las diversas descripciones legislativas típicas, variados elementos, que no se reúnen por igual en cada una de las creaciones legislativas, por lo que es necesario estudiar por separado cada tipo específico y establecer con precisión que elementos entraña su descripción; en términos generales, podemos afirmar, que los tipos implican los siguientes elementos:-

a) verbo típico o núcleo del tipo; b) sujeto activo; c) sujeto pasivo; d) objeto jurídico o bien jurídico protegido o tutelado; e) objeto material o corporal de la acción; f) resultado; g) referencias temporales; h) referencias espaciales; i) referencias de ocasión; j) medios -

(19) Castellanos, Fernando. Ob. cit. pág. 170.

comisivos; k) elementos subjetivos y l) elementos normativos (culturales y/o jurídicos).

De los elementos referidos, puede columbrarse su naturaleza objetiva, subjetiva y normativa o valorativa, - esto denota que los tipos, no siempre incluyen en su descripción puramente elementos objetivos, sino que pueden albergarse en la descripción legislativa típica, elementos - de corte subjetivo y normativo o valorativo.

Refiriéndose a los elementos del tipo, puntualiza el insigne maestro Ignacio Villalobos: "Se ha dicho también que los elementos del tipo pueden ser objetivos, como el dar un golpe o causar una lesión; o subjetivos cuando radican y deben estudiarse en el agente del delito, aun cuando su concurrencia se valorice desde el punto de vista objetivo de la antijuricidad: como la intención de ofender, en la injuria; o el propósito erótico sexual en el rapto.

"Por el hecho de ser el tipo una forma descriptiva, todos sus elementos participan de ese mismo carácter - descriptivo; pero entre ellos los hay que solo mencionan - un dato que puede ser conocido por los sentidos, como la palabra dicha, el introducirse en determinada habitación o el disparo de un arma de fuego; y hay también elementos - normativos cuya concurrencia en un caso concreto solo puede ser establecida mediante una valoración: como el carác-

ter de la cosa mueble o inmueble, la incapacidad de un menor o de un enfermo, el perjuicio causado por la revelación de un secreto, etc." (20)

Para que el contenido de los elementos fácticos o hechos que conforman el evento delictivo, puedan engastarse en la descripción legislativa típica, será necesario compulsar el contenido del evento, con el contenido de la descripción típica, para determinar su exacta adecuación; a su vez, la exacta adecuación del contenido fáctico del evento delictivo en el casillero típico definido en la norma, conformará el cuerpo del delito.

Los ordenamientos adjetivos local y federal de la materia, en los numerales 122 y 168 respectivamente, antes de ser reformados (en los años de 1984 y 1986 en forma correspondiente) acerca de las disposiciones relativas a la comprobación del cuerpo del delito, expresaban lo siguiente: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determina la ley penal."

El texto transcrito, provocó enorme confusión, tocante a la comprobación del cuerpo del delito, pues al

(20) Villalobos, Ignacio. Ob. cit. pág. 278.

referir "elementos materiales", se llegó a pensar que para comprobar el cuerpo del delito era suficiente comprobar la existencia de los elementos que pudieran captarse sensorialmente o al través de la aprehensión cognoscitiva material como apunta el maestro Jiménez de Asúa, o mediante la cognitio como hace notar Antolisei; descartando por ende los elementos subjetivos y valorativos que los tipos pudieran abarcar; afortunadamente la reforma a los numerales prealudidos, arroja de manera laudable un sentido inconcuso sobre lo que debe comprenderse por cuerpo del delito; en efecto, la redacción vigente preceptúa: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal . . ."

Del contenido de estas líneas, debe aceptarse como correcto, que para comprobar el cuerpo del delito, será necesario cotejar el contenido de los hechos que conforman el delito, apreciado como evento fáctico, con la descripción típica, sin soslayar cada uno de los elementos que contenga, abrazando por igual a los subjetivos y valorativos que pudiera comprender, dado que de otra manera, el cuerpo del delito, no llegaría a integrarse y consecuentemente no podría jamás comprobarse, ni dar lugar a la incoación del proceso.

El maestro Rivera Silva, hace un análisis pormenorizado acerca del cuerpo del delito, y lo define con estas palabras: "el cuerpo del delito es el contenido del 'delito real' que cabe en los límites fijados por la definición de un 'delito legal' . . . el cuerpo del delito es el contenido de un 'delito real' que encaja perfectamente en la descripción de algún delito, hecha por el legislador, en la que muchas veces van elementos de carácter moral."⁽²¹⁾ El mismo tratadista, estima por "delito real", lo que nosotros consideramos como contenido fáctico del evento criminal, o sea, el conjunto de hechos subsumibles en la realización histórica componente del momento delictivo; y el 'delito legal': "se informa con los lineamientos que comprende la descripción que de los delitos en particular hace el legislador y que si en esta descripción van elementos morales estos quedan dentro de las fronteras del 'delito legal'"⁽²²⁾

Con gran acierto, el maestro Colín Sánchez, al puntualizar sobre el tema, concluye: "En consecuencia, el cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo, de tal manera que, el cuerpo del delito corresponderá atendiendo a la situación concreta: a lo

(21) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. Decimoctava Edición. México, 1989. pp. 155, 158.

(22) Rivera Silva, Manuel. Ob. cit. pág. 158.

objetivo, a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien, a lo objetivo y subjetivo."

"Para demostrar lo anterior, basta pensar respectivamente en el delito de homicidio (objetivo); en el delito de estupro (objetivo y normativo); en el delito de robo (objetivo, normativo, subjetivo), y por último, en el delito de atentados al pudor (objetivo y subjetivo)"⁽²³⁾

Comparte el mismo criterio el maestro García Ramírez, y en fórmula concisa, define al cuerpo del delito - con estas palabras: "El corpus es el conjunto de elementos que integran la descripción típica (artículos 122 Cppdf y 168 del Cffp). Puede constar de elementos solo objetivos - (homicidio), objetivos y valorativos (estupro), objetivos-valorativos y subjetivos (robo) y objetivos y subjetivos - (atentados al pudor), según lo consigne la formulación legal."⁽²⁴⁾

Resulta muy interesante el criterio que sobre el tema adopta el maestro Juan José González Bustamante, si bien, no lo compartimos, en vista de que en su concepto:- "El cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales,-

(23) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. pág. 280.

(24) García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Instituto de Investigaciones jurídicas U.N.A.M. Primera Edición. México, 1990. Pág. 80.

que se contienen en la definición. Esta idea es la mas pre
cisa y completa que hemos conocido y nos permite distin -
guir el cuerpo del delito, del delito mismo." (25)

El citado tratadista, invocando al maestro Rive-
ra Silva, y discurrendo en cuanto a su parecer, apunta: -
"Se argumenta que aceptar que el cuerpo del delito se com-
pruebe solamente por los elementos materiales, tal como lo
establece la ley procesal 'hace pensar que el cuerpo del -
delito está integrado unicamente por elementos, de los cua
les se tiene conocimiento a través de los sentidos, siendo
este criterio completamente falso -advierte Rivera Silva-
ya que en los delitos de dolo específico, dentro del cuer-
po del delito se hallan elementos que por ningún concepto-
pueden calificarse de materiales.' "Creemos que estos ca -
sos, como sucede en el delito de difamación, constituyen -
meras excepciones que no pueden servir para adoptar un cri
terio rigorista y revivir la vieja discusión entre el cuer
po del delito y del delito mismo, convirtiendo las normas-
procesales en verdaderas complicaciones, como sucedía du -
rante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de-
1894." (26)

En concepto del maestro González Bustamante, in-

(25) González Bustamante, Juan José. Ob. cit. pág. 159.

(26) González Bustamante, Juan José. Ob. cit. pág. 164.

cluir en la comprobación del cuerpo del delito elementos - de carácter subjetivo, desemboca en equiparar al cuerpo - del delito con el delito mismo, situación ésta que nos parece inadecuada. Resulta cierto, que el Código de Procedimientos Penales de 1894 de acuerdo a su redacción equiparaba al cuerpo del delito, con el delito integralmente considerado, en razón de ligar el cuerpo del delito al aspecto-culpabilidad, como componente positivo del delito, independientemente del tipo, como elemento necesario para su comprobación. Si bien, lo que en la actualidad llega a suceder en relación a la comprobación del corpus delicti, es la necesidad de comprobar el dolo específicamente definido, que subyace dentro de la descripción legislativa, es decir, se habla de un elemento inherente e inseparable del tipo; si perfilamos este aserto, a partir del estudio jurídico - sustancial del delito, y atendemos el criterio atomizador o analítico, esto es, el estudio del delito por sus elementos conformadores, a nadie escapa, sin que obste el número de elementos integradores o constitutivos que prohijemos para la configuración del delito, que la tipicidad, es elemento conformador ineluctable para la composición integral del delito, y ésta, jamás podrá subsistir sin su referencia necesaria, o sea el tipo, precedente sine qua non del delito, y si para la comprobación del cuerpo del delito, es antecedente necesario la tipicidad, y esta propende al tipo penal descrito, y el tipo, en todo caso dicta la pau-

ta para la integración de un elemento conformador del delito, abstrayéndose de los otros elementos conformadores del delito substancial o integralmente considerado, no puede equipararse una parte (cuerpo del delito) con el todo (delito), toda vez, que para comprobar el cuerpo del delito, deberá acreditarse la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, es decir, deberá estarse a la comprobación de los elementos que define el tipo y si éste puede contener elementos subjetivos o valorativos, deberán atenderse para la comprobación del cuerpo del delito.

No debemos olvidar, como lo señala el gran maestro español Luis Jiménez de Asúa, que: "El tipo legal es el punto de unión de todos los caracteres del delito, puesto que todos han de adecuarse a la figura rectora."⁽²⁷⁾ y en esa inteligencia, no debe confundirse al tipo con el delito considerado de manera integral; ya que como concretiza el maestro Pavón Vasconcelos: "En cuanto a la relación de subordinación que con el tipo guardan la antijuricidad y la culpabilidad se destaca en la adecuación típica - pues no basta a la integración del delito la existencia de la conducta o del hecho, requiriéndose su tipicidad, es decir sean adecuados al tipo o encuadren en él y en su deter

(27) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 268.

minación de lo injusto y lo culpable. Soler hace ver a la perfección, al referirse a la adecuación típica, que no - cualquier forma de acción, ni de antijuridicidad o de culpabilidad pueden fundamentar la responsabilidad de un determinado delito, sino solo aquellas que la figura delictiva exige."⁽²⁸⁾

Los elementos componedores del delito, considerado desde un punto de vista jurídico substancial, se contraen a un ámbito determinado y mantienen visible y firme el confín de su contenido, y al relacionarse íntimamente de manera hipostática como integradores de un todo, es por lo que llegan a entremezclarse y confundirse, bien lo señala el maestro Pavón Vasconcelos: "al hacer el estudio del delito, los elementos intelectuales de éste abarcan lo antijurídico de la conducta, sin que por ello lleguemos a considerar que no hay diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad."⁽²⁹⁾

Por todo esto, el insigne penalista aludido, - apunta: "En nuestra opinión los elementos subjetivos del tipo- deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad. Las referencias subjetivas no pueden ubicarse, de buenas a primeras, en el ámbito de tal o cual ele -

(28) Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 266.

(29) Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 275.

mento del delito; ello hace necesario el estudio de cada tipo en particular."⁽³⁰⁾

A la luz de lo expresado, fijando la atención en la regla genérica que estatuyen los artículos 122 y 168 de los Códigos Adjetivos Penales local y federal respectivamente, para lograr la comprobación del cuerpo del delito será necesario comprobar la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, de lo que se concluye que en caso de tratarse de tipos cuyos elementos encierran contenido subjetivo o valorativo, su comprobación será necesaria en aras de demostrar la corporeidad delictiva.

La interpretación que precisa como correcta la comprobación del cuerpo del delito a partir de la comprobación de sus elementos materiales, estimando estos, como aquellos que pueden percibirse a través de los sentidos, debe tenerse como insubsistente, pues si se atiende solo a los elementos que se pueden percibir sensorialmente o mediante la aprehensión cognoscitiva, en ocasiones la comprobación del delito sería imposible, si se tratara de tipos delictivos anormales conforme a la clasificación emitida por la doctrina, en vista de que, al contener elementos

(30) Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 277.

subjetivos o valorativos, cuya captación no puede ser sensorial, harían quimérica su comprobación.

Una de las actividades preponderantes que corresponde al órgano investigador en la etapa indagatoria, lo será precisamente el acopio de los elementos necesarios que permitan la integración del corpus delicti, para que hecho lo cual, al ejercitar la acción penal ante el órgano judicial, proporcione a éste la posibilidad de comprobarlo.

Por eso lanzamos el aserto, que la fijación de la litis en el procedimiento penal se verifica al resolver el juez dentro del plazo constitucional lo conducente, de acuerdo a los elementos que el Ministerio Público le proporcione, para que conforme a su prudente arbitrio pueda justipreciarlos y adminicularlos de ser necesario, para determinar si colman o no el tipo correspondiente, atendiendo los elementos subjetivos y valorativos que contuviere; pues en principio, de acuerdo a la opinión de nuestro máximo tribunal, el juez goza de las mas amplias facultades para la comprobación del cuerpo del delito, aun cuando se aparte de los medios específicamente señalados por la ley, con tal de que los empleados no pugnen con la propia ley, con la moral o con las buenas costumbres.

Por ello, a través de la actividad racional valorativa del juez y estimando la pericia de letrado imbuida-

en su persona, sin pasar por alto el exiguo plazo que la ley le otorga, apreciando además que en él radica la jurisdicción, que su resolución será la base del proceso y que ésta deberá adosarse en la plena comprobación del cuerpo del delito, es razonable concluir que la fijación del material típico invariable (porque así lo señala el párrafo segundo del artículo 19 constitucional) por el que deberá seguirse el proceso, o sea, la fijación de la litis, tiene lugar en este momento procedimental.

No obstante, no debemos soslayar, que el juez no renuncia a su condición de ser humano, y por tanto a su calidad de falible, en consecuencia la posibilidad de incurrir en error clasificatorio es del todo factible. En este apartado, tratando de objetivar el tópico, citamos a continuación algunos casos de aparente dualidad interpretativa, que llegan a presentarse en la práctica forense cotidiana:

1.- El repartidor de mercancías que se apodera de artículos poniéndose de acuerdo con un empleado desleal de la compradora para que éste firme la nota de remisión por cantidades mayores de las realmente entregadas.

En este caso claramente se advierte que las maniobras simulatorias no configuran el elemento engaño exigido por el tipo de fraude, por lo que estaríamos frente a

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

un robo de empleado.

2.- Una persona lleva su vehículo a un taller mecánico para solicitar presupuesto sobre determinada composición. Se retira momentaneamente del establecimiento y en ese lapso, el técnico, sin autorización de aquél, usa o dispone de dicho automóvil.

En la especie aun no se concierta con el prealudido técnico contrato de prestación de servicios que podría ser apto para transmitir la tenencia de ese bien mueble, por lo que la conducta de dicho sujeto activo de uso o disposición del vehículo, a través del apoderamiento, encuadra en la figura típica de robo que puede ser genérico o de uso según el caso.

En el mismo planteamiento, si el bien mueble resultare dañado, habría que hacer la siguiente distinción:-

En la hipótesis de robo genérico, la figura del daño quedaría subsumida en aquél, habida cuenta el ánimo de apropiación que campea en el agente.

Por el contrario, en el evento de robo de uso, se presentaría la concurrencia de ambos ilícitos en un concurso real; pues el dolo del activo es el de utilizar ilícita y temporalmente la unidad ajena y no incorporarla a su patrimonio.⁽³¹⁾

(31) Los ejemplos fueron tomados del Prontuario de Procedimientos

Considerando la factibilidad latente de que la -
autoridad jurisdiccional pudiera incurrir en desacierto al
apreciar los elementos del hecho, componentes del momento-
histórico delictual, las partes podrán hacer uso del recur-
so que la ley les otorga para inconformarse de las resolu-
ciones judiciales que les son adversas y causan agravio a-
sus intereses, siendo en el caso específico, aplicable el-
recurso de apelación, para impugnar el auto de formal pri-
sión que les resulte dañoso, y en caso de haberse recurri-
do el auto de formal prisión, la ejecutoria que resuelva -
el recurso, dictará la clasificación decisiva fijadora de-
la litis sobre la que deberá conducirse la prosecución pro-
cesal, en razón de que el tribunal de apelación, se susti-
tuye al juez de la causa con todas sus facultades. Esto -
significa, que si a partir de la actividad racional cognos-
citiva del juzgador al resolver, las partes tasan en su -
apreciación la inadecuada consideración del juez al clasi-
ficar los hechos, podrán recurrir el auto de formal pri -
sión que les agravia, pero la determinación del ad quem de-
berá fijar su atención en los agravios de la parte recurren-
te, en razón de no incurrir en la violación del principio-
jurídico procesal de non reformatio in peius, en caso de -
no haberse apelado el auto de bien preso por el Ministerio

Público.

El tribunal de alzada, podrá reclasificar los hechos en el molde típico en que acorde a su criterio encuadren, atendiendo invariablemente la situación de no perjudicar al reo, en caso de haber apelado unicamente él o su defensor, a fin de no caer en el ámbito de la prohibición de la reformatio in peius. Aunque a decir verdad, la interposición del recurso comunmente no busca la reclasificación del delito, sino en el caso del representante social, que se decreta la formal prisión cuando no se haya pronunciado, y en el caso del procesado, que se revoque el pronunciamiento de la formal prisión cuando se hubiere decretado. Y el tribunal de apelación, estará en aptitud de catalogar de nueva cuenta los hechos, estableciendo en tal posición, el material típico integrador de la litis, en tanto que, como quedó expresado, el superior se sustituye al inferior en razón de la alzada.

La fijación de la litis por el juez de la causa, en caso de no compartir el criterio clasificatorio del Ministerio Público, no significa afectación alguna a éste, antes bien, le reafirma su categoría de privilegio en el procedimiento penal, pues infortunadamente, la interpretación de los tribunales de jurisprudencia acerca de la garantía de litis cerrada, permite que el Ministerio Público pueda transmutar la base procesal, al puntualizar el ejer-

cicio de la acción penal mediante sus conclusiones, siempre que no varíe los hechos que dieron lugar al proceso, - convirtiéndolo en tal forma al Ministerio Público, en proporción guardada, en juez y parte, al posibilitarlo para clasificar los hechos, siendo ésta una actividad, que constitucionalmente corresponde en forma exclusiva al juez, y haciendo asomar a la escena del proceso penal, la regresión al viejo sistema inquisitorial. Sobre el particular, expresa el maestro Arilla Bas: "Se acepta también generalmente, que la clasificación del delito pueda ser cambiada en segunda instancia en la resolución que resuelva un recurso de apelación contra el auto de formal prisión, aunque la clasificación incorrecta hecha por el juez que lo dictó no haya sido expresada como agravio. Empero, no hay que olvidar que en el recurso interpuesto por el procesado está prohibida la reformatio in pejus y que el cambio de clasificación, hecha oficiosamente por el tribunal de alzada, puede empeorar la situación jurídica de libertad del recurrente."⁽³²⁾

Cabe señalar, que la clasificación del contenido histórico del delito que es puesto a la apreciación del juzgador, deberá hacerse a partir del tipo fundamental o básico sin que pueda calificarse a través de circunstan -

(32) Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos S.A. de C.V. Decimotercera Edición, México, 1991. - pág. 89.

cias adicionales, pues es ésta la opinión a que se dirige la interpretación de los tribunales federales.

De hecho, debe considerarse apropiado el pronunciamiento de un auto de plazo constitucional sobre la clasificación de hechos en un tipo especial, mismo que puede derivar en un agravamiento o beneficio para el procesado, según resulte o no un delito de mayor entidad, esta situación, tiene como punto de partida, que los tipos especiales excluyen la aplicación del tipo básico, por tanto, los elementos típicos de ambos, son asimétricos entre sí.

En realidad a lo que se refiere la interpretación de los tribunales de jurisprudencia, es a la clasificación de los hechos, excluyendo los tipos circunstanciados o complementados en que pudieran engastarse, originando privilegio o agravamiento en la punición del injusto, ya que en el caso de estos tipos, su formación se origina de la presencia del tipo básico, o sea no excluyendo su aplicación, y agregándole circunstancias que lo modifican; y es precisamente el surgimiento presuntivo de esas circunstancias, lo que debe dejarse para la resolución de fondo y no al resolver sobre la formal prisión.

Fácticamente, podemos hablar de que los tipos especiales, pueden ser agravados o privilegiados, así diremos que el parricidio deriva en un tipo especial agravado,

y el infanticidio en especial privilegiado, no obstante, - para efectos de la formal prisión, pueden validamente conformar el cimiento procesal, pues son entidades diversas - al tipo fundamental, y sus elementos constitutivos disímbo los.

Si tomamos en cuenta, que el juez para resolver - sobre la procedencia de la libertad provisional bajo cau - ción debe tener en cuenta las modalidades del delito, es - incongruente que al resolver sobre la formal prisión, lo - haga tomando en cuenta solo al tipo básico, pues esto hace pensar que en relación a la garantía que otorga al imputa - do el derecho a obtener la libertad provisional caucionada se le da un tratamiento distinto e inicuo, pues si para - efectos del auto de formal prisión las modificativas se re - servan para la resolución definitiva, el mismo trato debe - ría dársele a la garantía que consagra la fracción I del - artículo 20 de nuestra Carta Fundamental ⁽³³⁾, máxime si en - tre los motivos que dieron lugar a su reforma en el año de 1984, destacan, conforme a la iniciativa presidencial, la - necesidad de tomar en cuenta el delito efectivamente come - tido, según resulte de las constancias del procedimiento,-

(33) Resulta muy sugestivo y de enorme interés el discernimiento que sobre el particular sostiene la Ministra Victoria Adato, con - tenido en el voto particular sustentado en contra de la sentencia mayoritaria que establece tesis jurisprudencial; sendos criterios los trasuntamos en el punto 4 del capítulo tercero de este trabajo.

y no solo el llamado tipo básico o fundamental; y en este sentido, al dictaminar la iniciativa de reforma, la Cámara de Senadores expuso que debía destacarse que al atender no solo al tipo básico, sino incluyendo las modalidades atenuantes o agravantes del mismo, se busca tanto tutelar al interés social como al imputado.

En efecto, tomando como base el dictámen de la Cámara de Senadores, en ocasiones el encuadramiento de los hechos que conforman el momento histórico del delito, dentro del tipo complementado, pudiera reportar beneficio al imputado, en razón de la punibilidad aplicable al mismo en caso de resultar un tipo circunstanciado privilegiado.

Por eso insistimos en la necesidad de proporcionar un trato igual a ambas garantías, de aplicación en el procedimiento penal, pues de otra forma su incongruencia se refleja con claridad, por tanto, aún tomando en cuenta lo breve del plazo constitucional, la fijación de la litis en el auto de formal prisión, debiera abarcar al tipo circunstanciado que pudiera derivar de las circunstancias de hecho, que aún de manera incipiente, en razón del exiguo plazo, pudieran dar lugar a la elongación del tipo básico.

Quizá resulte de por sí difícil hacer con exacta precisión la clasificación de los hechos que el ministerio Público consigna, considerando el limitado plazo de seten-

ta y dos horas con que cuenta el juzgador, y dada en ocasiones la cantidad de hechos que configura un solo ejercicio de la acción penal, sin soslayar que los elementos subjetivos y valorativos que poseen algunos tipos, hacen mas ardua la labor, empero todas las garantías individuales, - deben ser armónicas entre sí, por ello la litis deberá fijarse, a nuestro criterio, apreciando el tipo complementado o circunstanciado en que pudieran encasillarse los hechos. De no suceder así, el procesado, a pesar del perfil que pudiere adquirir el proceso en relación a las modificativas, solo podría conocer las mismas, hasta la acusación del Ministerio Público, en la etapa de juicio, lo cual originaría la privación de defensa, en vista de que la etapa probatoria, a esas alturas, ha quedado atras.

A la luz de lo expuesto, creemos que la fijación de la litis en el proceso penal, se verifica en el momento en que el juez resuelve lo conducente dentro del plazo - constitucional, pues es en ese momento en que pondera minuciosamente los elementos fácticos consignados, que conforman el ejercicio de la acción penal, pudiendo obrar o no - en la causa la inquisitiva del procesado, habiendo éste de sahogado o no pruebas dentro del exiguo plazo, en tanto - que, de cualquier forma, todos los elementos que se reunan, integrarán el acervo de la causa, sobre el que el juez deberá determinar lo condigno, y la resolución que pronuncie,

en caso de abrir el proceso, deberá encontrar la comprobación del cuerpo del delito, cuyo mecanismo de constatación requiere el análisis racional pormenorizado de los elementos del tipo, para así poder adecuar con exactitud, el contenido fáctico del evento en las fronteras del tipo (desde luego, la probable responsabilidad del indiciado en el delito, también deberá quedar demostrada). La doctrina nacional, es unánime al señalar dentro de los efectos del auto de formal prisión, lo siguiente: "Dando base al proceso el auto de formal prisión, como consecuencia lógica, señala el delito por el que debe seguirse el proceso, permitiendo así que todo el desenvolvimiento posterior (defensa, acusación y decisión) se desarrolle de manera ordenada."⁽³⁴⁾ "Se precisa el delito por el que ha de juzgarse al procesado . . ."⁽³⁵⁾ "Tiene mucha importancia -el auto de formal prisión- porque determina la materia del juicio penal y, por tanto, fija las cuestiones que el juez deberá resolver en la sentencia definitiva . . ."⁽³⁶⁾ "Señala el delito por el cual ha de seguirse el proceso, es decir, fija el tema al proceso."⁽³⁷⁾ " . . . el auto de formal prisión

(34) Rivera Silva, Manuel. Ob. cit. pág. 168.

(35) Obregón Heredia, Jorge. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México 1989. pág. 211.

(36) Pallares, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. Decimoprimer Edición. México, 1989. pág. 64.

(37) Arilla Bas, Fernando. Ob. cit. pág. 88.

fija la secuela del proceso y limita la decisión de la sentencia al delito por el cual se decretó la providencia de que se trata."⁽³⁸⁾ "Fija la litis. El propio artículo 19, en su párrafo segundo . . . , atribuye al juez la facultad de fijar la litis, precisamente en el auto de formal prisión; es decir, de determinar con precisión tanto los hechos que se imputan al inculpado como el tipo penal que configuran."⁽³⁹⁾ "Precisa el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso."⁽⁴⁰⁾ ". . . el auto de formal prisión (que sin embargo no siempre acarrea la consecuencia precautoria de la prisión) o de sujeción a proceso, tiene como principal efecto la fijación de tema del proceso."⁽⁴¹⁾ Además la ley procesal de la materia, de aplicación en el Distrito Federal, establece en la fracción III del artículo 297, como requisito de forma que deberá reunir la citada providencia: "El delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso y la comprobación de sus elementos." Esto implica que la fijación del material típico sobre el que parte el proceso, lo que nosotros identificamos con la fijación de la litis, opera en esta etapa del procedimiento, y corresponde al juez, pues es él, el -

(38) Acero, Julio. Ob. cit. pág. 144.

(39) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 104.

(40) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. pág. 265.

(41) García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México, 1991. pp. 200, 201.

único que se encuentra investido de jurisdicción, por ende, si la fijación de la litis, se ofreciera cuando la instrucción del proceso se ha cerrado, equivaldría a prosecución-procesal sin materia, o al menos sin encontrarse ésta bien definida, con la fijeza necesaria, y en esa circunstancia, su señalamiento correspondería al Ministerio Público, en quien no radica la jurisdicción, pues de hecho, sus conclusiones, marcarían la pauta, la directriz a seguir sobre la fijación de la litis, a extremo tal, que como bien sostiene el maestro Colín Sánchez: ". . . El Ministerio Público continúa manteniendo un poder absoluto, ahora mayormente - acentuado . . . , pues bastará que el Procurador no formule conclusiones en el término que se le señala, para que el juez decrete la libertad."⁽⁴²⁾ Y en tal virtud, la posición que deba adoptar la defensa, estará supeditada al ánimo del representante social, y ante una fijación extemporánea de la litis, ulterior al proceso, el procesado se mantendría ayuno de defensa.

Por ello afirmamos que la fijación de la litis o material típico procesal sobre el que debe partir el proceso, se fija al resolver el juez dentro del plazo de tres días lo conducente, además porque así lo manda el artículo 19 constitucional, al preceptuar en su segundo párrafo: -

(42) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. pág. 421.

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión . . ." El señalamiento del delito o delitos, deberá hacerse considerando el tipo que pueda integrarse a partir de los hechos, estimando inclusive tipos complementados o circunstanciados, habida cuenta que el procesado, debe conocer con exactitud el delito por el que se le procesa, y así el derecho de defensa no se haga nugatorio, sino amplio y cabal; por eso, al adquirir firmeza el auto de formal prisión (ya sea porque las partes se conformaron con el mismo, o porque hecho valer el recurso procedente, haya recaído la resolución que corresponda) la litis dentro del proceso penal, habrá quedado fijada.

**2.- LA FACULTAD INDELEGABLE DEL JUEZ
PARA SENTAR LA BASE DEL PROCESO,
DENTRO DEL PLAZO CONSTITUCIONAL DE TRES DIAS.**

Es facultad única, exclusiva e indelegable del órgano jurisdiccional, el establecimiento del material típico de la secuela instancial, durante el plazo que limitadamente le fija nuestra Carta Fundamental; este aserto parte del contenido del artículo 19 constitucional, al expresar en su segundo párrafo: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión."

Define el maestro Díaz de León la expresión "auto" como: "Resolución dictada por cualquier juez o tribunal durante la secuela del proceso. Decreto judicial dado en alguna causa criminal." Continúa diciendo el connotado tratadista: "La locución auto, determina su naturaleza de acto procesal proveniente de la autoridad judicial. Deter-

mina, al mismo tiempo, al órgano estatal que en exclusiva lo puede producir y que es el órgano jurisdiccional."⁽⁴²⁾ - El acto procesal resolutivo denominado auto, se encuentra a cargo del juez, o sea, reside privativamente en el funcionario del Poder Judicial en quien se agolpa la facultad jurisdiccional o potestad de decir el Derecho. A través del auto de formal prisión, el juez deberá señalar el delito o delitos, cuya corporeidad quedó demostrada a través de los elementos de prueba aportados por el Ministerio Público y por el detenido, habiéndose determinado la responsabilidad probable de este último y teniendo señalada la figura delictiva comprobada, sanción privativa de libertad. Nuestro máximo ordenamiento legal, prohíbe que la detención de una persona, lo que se traduce en una privación de libertad, pueda exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión. Siendo la libertad personal uno de los bienes mas preciados del hombre, la irrupción en la esfera de derechos humanos que quebrante el disfrute de ese derecho, debe ceñirse al cúmulo de garantías y formalidades que el legislador ha incluido al reglamentar el procedimiento penal, tratando de conciliar los intereses y derechos de la sociedad con los derechos humanos del individuo, por esta razón, la detención de un

(42) Díaz de León, Marco Antonio. Ob. cit. pp. 296, 300.

individuo sobre quien se tienen fundadas sospechas de su participación en algún evento delictivo, no podrá exceder del término que específicamente señala la ley sin que se encuentre justificada con un auto que determine la necesidad de incoar proceso en su contra. Efectivamente, la prisión preventiva, rasgo peculiar del procedimiento penal, conlleva el grave riesgo de establecer una institución perniciosa, pero necesaria, pese a que ingresa en el terreno de lo controvertido, por su identificación con la pena privativa de libertad, lo que implica la coincidencia de efectos lesivos y de sufrimiento de la sanción privativa de libertad, antes de que se dicte la sentencia resolutoria de la pena.

El exiguo término a que alude el artículo 19 constitucional para determinar la situación criminológica del indiciado en hechos delictivos, es de 3 días, o de 72 horas, si se interpreta sistemáticamente el precepto, en concordancia con el artículo 107 del propio ordenamiento fundamental, en su fracción XVIII; el término de 72 horas que deberá contarse desde el momento en que el detenido quede a disposición de su juez, se colige con placidez clara, dada la pulcritud de redacción del precepto, a pesar de su inexacta ubicación, pues su contenido corresponde a la regulación del auto de formal prisión, o sea, debería glosarse al propio artículo 19 constitucional.

El dictado del artículo 19 constitucional in capite, constriñe al juez a resolver la situación jurídica del indiciado, dentro del término de 72 horas, que deberá contarse a partir de que aquél, queda a su disposición. Esta obligación es ineludible, sin que obste que el indiciado haya sido puesto en libertad provisional bajo caución o bajo protesta, antes de cumplirse el término constitucional, sea que la libertad la haya acordado el propio juez de la causa, o el Ministerio Público, tratándose de la libertad previa o administrativa. (44)

Es tan esencial el dictado del auto de plazo constitucional, que aún en caso de haberse consignado los hechos y el presunto responsable a un juez, supuesta o verdaderamente incompetente para conocer del asunto, éste, deberá dictar la resolución de cuenta, en razón de que conforme a la opinión de nuestro mas alto tribunal, las primeras diligencias, siempre que sean urgentes, y no admitan demora, como son la recepción de la declaración preparatoria del inculcado y el propio auto de término, deberán pronunciarse, invariablemente, amén de no conculcar en agra -

(44) Es preciso, hacer aquí referencia respecto a la libertad previa o administrativa, pues de la estricta exégesis literal que arroja el texto constitucional, la facultad de conceder la libertad provisional bajo caución, es exclusiva del juzgador, no obstante, su reglamentación surge en la ley secundaria a partir de 1971, otorgando a la autoridad persecutoria, la facultad de concederla en la fase de averiguación previa, únicamente tratándose de delitos culposos.

vio del indiciado la garantía de mérito, que establece el numeral que nos ocupa.

Es grave, por otra parte, la situación que deriva al no pronunciarse el auto de formal prisión o sujeción a proceso, según corresponda, dentro del límite perentorio a que se refiere la Constitución, pues tal situación se encuentra tipificada por el ordenamiento punitivo, en acatamiento al párrafo primero in fine del artículo 19 constitucional y al párrafo segundo del artículo 107 ibidem, en su fracción XVIII.

Ciertamente, el título decimoprimer, capítulo I del libro segundo del Código Penal Federal, tipifica en la fracción XVII del artículo 225, la conducta del juez que no dicte auto de formal prisión o libertad de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro de las sesenta y dos horas siguientes a la puesta en disposición de éste al juez; señalando a esta conducta omisiva una punibilidad acumulativa de dos a ocho años de prisión, y multa de doscientos a cuatrocientos días multa.

Por otra parte, en atención a lo dispuesto por el propio artículo 19 constitucional, y la fracción XVIII del artículo 107 de la misma ley fundamental, la transgresión a los numerales aludidos, trasciende a la responsabilidad penal en que pueden incurrir los alcaides y carcele-

ros encargados del reclusorio preventivo, en cuyo interior se pone al indiciado, a disposición de su juez, porque en caso de no recibir la copia autorizada del auto de formal-prisión del detenido, dentro de las setenta y dos horas a que se refiere el artículo 19 constitucional, contadas desde que el imputado se encuentre a disposición de su juez, - deberán llamar la atención de éste, sobre el particular, - en el momento de concluir el término, empero si no reciben la constancia mencionada, dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad. En relación al tema, expresa el maestro Pérez Palma: "La costumbre, practicamente en todos los juzgados, al hacer saber al alcaide o al Director de la cárcel preventiva, el auto que decreta la formal prisión de un detenido, es la de enviarle simplemente la boleta de "bien preso", unas veces aprovechando de formas im-presas, otras, redactando a máquina la comunicación. Pero este sistema, ante el mandato constitucional contenido en el párrafo inicial de esta sección, es insuficiente, puesto que lo que se le debe enviar, es copia autorizada del auto de formal prisión." (45)

La conducta omisiva de los alcaides y carceleros, también se encuentra tipificada dentro del libro segundo - del Código Penal, en el título décimo, capítulo III, bajo

(45) Pérez Palma, Rafaél. Ob. cit. pág. 371.

el rubro abuso de autoridad, que en la fracción VII del artículo 215, estatuye: "Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes: . . . VII.- Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones."

La conducta negativa que envuelve el núcleo delictivo, tiene prevista una sanción de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Siguiendo esta línea de pensamiento, resalta con claridad, que la detención de un indiciado, tiene como límite máximo un plazo de 75 horas para reputarse como legal, y en caso de exceder de ese tiempo, deviene en privación ilegal de la libertad, a no ser que se justifique con un auto de formal prisión, dictado por el juez a cuya disposición se haya puesto al detenido mediante el ejercicio de la acción penal, aunque en apariencia o realmente sea incompetente, para conocer del asunto, debiéndose inferir de una sana hermenéutica, que la incompetencia probable, no es en razón de la materia.

Aparece el problema tocante a la situación que establece el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, a partir de la adición del segundo párrafo (introducido conforme al decreto de 23 de diciembre de 1987, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 12 de enero de 1988, en vigor a los 60 días de su publicación) en vista de que autoriza la duplicación del plazo constitucional, solo a favor del inculcado, siempre y cuando éste lo solicite, por sí o por conducto de su defensor, por ser provechoso a sus intereses.

Respecto a la aludida adición al numeral en mención, los maestros García Ramírez y Adato de Ibarra, sostienen: "Existe un plazo de setenta y dos horas, que se cuentan de momento a momento, para que el juez disponga la formal prisión o la libertad del imputado. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se atiene a la estipulación constitucional. El Código Federal de Procedimientos Penales, en cambio, permite la duplicación del plazo cuanto (sic) así convenga al imputado. Se trata, pues, de la ampliación de una garantía constitucional. En este sentido se pronuncia el artículo 161 de dicho Código Federal de Procedimientos Penales. . . " (46)

(46) García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria. Ob. cit. pág. 201.

En opinión antitética, el maestro Mancilla Ovando, sostiene: " . . . el artículo 161 en la parte en que -
fué adicionado, es inconstitucional, por pretender hacer -
renunciable por el gobernado, lo que es una garantía indi-
vidual de naturaleza procesal penal."⁽⁴⁷⁾

De los anteriores puntos de vista, prohiémos -
sin reserva, lo sostenido por los maestros citados en pri-
mer término, en el sentido de que se trata de la amplia -
ción de una garantía constitucional. En efecto, los dere -
chos que bajo el nombre de garantías individuales consagra
el Código Político de la Federación, configuran derechos -
mínimos, colocados en el límite inferior dentro de la esfe -
ra de atribuciones del gobernado, no pudiendo ser conculca -
dos por actos autoritarios del poder público, sin que sea -
óbice para su respeto irrestricto, la ampliación de la es -
fera de derechos del gobernado, antes bien, en ese caso no
se vulneran las garantías individuales sino que se acatan -
en exceso.

Vale la pena transcribir la adición al numeral -
de referencia del Código Federal de Procedimientos Penales
para conocer su contenido, el precepto reza:

Art. 161.- "Dentro de las setenta y dos horas si

(47) Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Ob. cit. pág. 148.

guientes al momento en que el inculpado quede a disposi -
ción del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando
de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisi
tos: . . . El plazo a que se refiere el primer párrafo de
este artículo, se duplicará cuando lo solicite el inculpado
por escrito, por sí o por conducto de su defensor, al -
rendir declaración preparatoria, por convenirle dicha am -
pliación del plazo con el objeto de recabar elementos que
deba someter al conocimiento del juez para que éste resuelv
a sobre su situación jurídica. El Ministerio Público no -
puede solicitar dicha prórroga ni el juez resolverla de -
oficio, aún cuando mientras corre el período de ampliación,
aquél puede, solo en relación con las pruebas o alegacion
es que propusiera el inculpado o su defensor, hacer las -
promociones correspondientes al interés social que repre -
senta."

De las líneas transcritas, puede evidenciarse -
con claridad meridiana, el propósito a que se dirige la inn
tención legislativa residente en la adición del párrafo en
cuestión, pues si bien es cierto que aprueba la duplicac
ión del plazo constitucional, también lo es, que ésta, so
lo puede surgir por solicitud escrita, razonada por el incu
lpado o su defensor, en la conveniencia de la extensión-
del plazo con el propósito de reunir elementos de descargo
que lo alejen de la necesidad de someterse a un proceso en

su contra. La adición en comento, veda al juzgador la facultad de ampliar el plazo oficiosamente, y dicta lo propio para el representante social, pues en caso de que la consintiera, si estaríamos ante una conculcación de garantías, empero tratándose de la solicitud del inculcado, no solo no renuncia a lo que es irrenunciable, sino que se pliega a su cumplimiento ensanchado o ampliado.

El derecho de defensa del indiciado, debe concederse y respetarse intactamente desde que es detenido, no debe desatenderse el designio a que se dirige la declaración preparatoria del indiciado, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la autoridad judicial, apreciándose que la primera audiencia del presunto responsable es el principio del ejercicio del derecho de defensa, por tanto, su ejercicio no se reputa como diligencia de mera forma, sino como un acto de ingente beneficio para la libertad personal del indiciado, no escuchar las palabras del imputado, en defensa de su libertad, es un atentado hacia un derecho natural del hombre. Debe meditarse, sobre el derecho de defensa, consubstancial al inculcado, reconocido así por nuestra ley suprema, a grado tal que si el juez anticipa el término constitucional al resolver la formal prisión, puede dejar en indefensión al inculcado, al impedirle la posibilidad de ofrecer las pruebas de descargo que tuviere, esto significa que el juez, debe-

procurar agotar el término con puntualidad, y si en el caso de la adición es el indiciado el interesado en la dilatación del término, y solo con el propósito de recabar los elementos que deba someter al conocimiento del juez, resulta fácil conocer el espíritu de la adición del párrafo de mérito, y establecer la exactitud de su contenido, por ende, en ningún momento se renuncia a la garantía individual que consagra el artículo 19 constitucional, por el contrario, se adhiere a su acatamiento.

Si bien es cierto, que nuestra ley fundamental - señala un término exiguo y fatal para resolver la situación jurídica del indiciado, con el propósito de que no se prolongue su detención por tiempo indefinido, atentando - contra su libertad personal, también lo es, que las garantías individuales en materia penal, dada la trascendencia de las consecuencias que envuelve para el procesado, el cúmulo de garantías, de formalidades y requisitos de procedibilidad, buscan atemperar su rigor, hacerlo justo, tratando de conciliar el derecho del Estado a castigar, con las libertades del indiciado; y si en la especie, el plazo - constitucional no se respeta por el juez, a solicitud del indiciado para brindarle la oportunidad de desvanecer los datos aportados en su contra durante la averiguación previa, a todas luces se infiere, que se persigue irrogar un beneficio al indiciado, y no lo contrario; si el indiciado

creo tener elementos que puedan desvanecer las imputaciones en su contra, debe permitírsele su ofrecimiento y desahogo en esta etapa, ya que de otro modo, ello haría perfilar, que el desvanecimiento de esos datos pudiera resolverse hasta sentencia definitiva, o antes, con buena fortuna, a través del incidente respectivo, lo cual haría impertinente el desarrollo de la instancia criminal, para enterarse de que ésta, no era necesaria por carecer de base el ejercicio de la acción penal, lo cual significaría distraer la justicia criminal con procesos impertinentes, obligando al juez a incoar instancias innecesarias, por ejercicios de la acción inconducentes, y, lo mas grave, infligiría a los erróneamente indiciados, injustas prisiones preventivas.

Admitir que el numeral 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el párrafo adicionado, es inconstitucional, "por pretender hacer renunciable por el gobernado, lo que es una garantía individual de naturaleza procesal penal"⁽⁴⁸⁾, sería tanto como reconocer que adolecen de inconstitucionalidad, en casos análogos, los artículos 556 y 399 de los Códigos Adjetivos Penales, del Distrito Federal y federal, respectivamente, en vista de que al regular lo atinente a la libertad provisional bajo caución,

(48) Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Ob. cit. pág. 148.

no se ciñen estrictamente al dictado de la fracción I del artículo 20 constitucional, en tanto que autorizan la libertad provisional bajo caución, en caso de que el delicto imputado merezca ser sancionado con una punibilidad, cuyo término medio aritmético exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando no se trate de los delitos que casuísticamente enuncia el legislador, y que se cumpla con los requisitos que los propios numerales señalan, de lo que deriva apodíctico, que estamos en presencia de la ampliación de una garantía constitucional, pero si abordamos el problema a través de la óptica que reputa inconstitucional, aquello que no se sujeta con estricto rigor al texto de nuestra Constitución, aunque se trate de una extensión de los derechos contenidos en nuestra norma fundamental, elevados a la categoría de garantías individuales mínimas, si estaremos ante el absurdo, de que se violan garantías individuales. En mérito de lo expuesto, resulta de imponderable valor, el discernimiento sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado en materia penal, del Quinto Circuito, al sustentar, mediante tesis que sienta precedente jurisprudencial, de manera textual, lo siguiente:

El objetivo que persiguió el legislador con el establecimiento de la ampliación del término constitucional de las 72 horas, en el doble de ese tiempo para resolver la situación jurídica del inculcado, es el que se -

brinde a éste una mayor oportunidad de de -
fensa y para que el juzgador resuelva te -
niendo en cuenta no sólo los datos que arro -
je la averiguación previa, sino también los
elementos de prueba recabados dentro de di -
cho término y su ampliación, por lo que si -
el juzgador omite estimar las pruebas del -
inculpado allegadas y desahogadas tanto en -
el término constitucional como en su exten -
sión, tal hecho importa una violación a los
artículos 14 y 16 de la Constitución Fede -
ral. Segundo Tribunal Colegiado del Quinto -
Circuito en Materia Penal. Octava Epoca. Am -
paro en revisión 13/89. Héctor Leonardo Car -
rillo Terrazas, 26 de abril de 1989. Unani -
midad de votos. Ponente: Victor Hugo Díaz -
Arellano. Secretario: Gonzalo Hernández Cer -
vantes.

En el mismo orden de ideas, la justicia federal,
ha resuelto, que aunque el auto de formal prisión se decre -
te extemporaneamente, es decir después de las 72 horas que
fija la Constitución, esto no es bastante para conceder la
protección federal, pues aún en el supuesto de que tal he -
cho encerrara una violación de garantías individuales, és -
ta quedaría consumada de un modo irreparable, al haberse -
dictado el auto, sin que pueda admitirse que el inculpado -
se vió privado de defensa, si a partir del auto de formal -
prisión se observaron las normas tutelares del procedimien

to; en todo caso, la gravedad de la inobservancia, si alcanza al juez, pues como ya se mencionó, su conducta omisiva se encuentra tipificada por el ordenamiento punitivo.

Es facultad exclusiva del juez, la fijación de la litis, o base de la estructura procesal dentro del término de 72 horas, esta potestad no podrá confiarla a ninguna otra entidad, por eso resulta justo el parecer de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver en jurisprudencia lo siguiente:

AUTO DE FORMAL PRISION, AMPARO CONTRA LA CLASIFICACION DEL DELITO.- No corresponde al juez de amparo, al resolver el que se interponga contra el auto de formal prisión, el hacer la clasificación de los delitos. Tomo XX, Alba Ornelas, J. Guadalupe de, pág. 1278. Tomo LXXXI, Villalpando Valdés, Conrado, pág. 3703. Tomo XC, Vilorio, Vicente, pag. 1582. Tomo XCVII, Cervantes Arango, Tomás, pág. 1173. Tomo XCVII, Cerda Torres, Victoriano. pag. 1895. Jurisprudencia 34 (Quinta Epoca), pag. 93, sección primera, volumen 1a. Sala.- Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII) se publicó con el mismo título, num. 156, pág. 335.

Es diáfana la visión que resalta del anterior - criterio jurisprudencial, pues ciertamente, el juez federal al resolver el amparo promovido con motivo del auto de formal prisión reclamado, debe limitarse a indagar si los datos arrojados por la averiguación son bastantes para comprobar la corporeidad delictiva a que se contrae el auto de formal prisión combatido, así como la probable responsabilidad, y establecer si el proveído satisface los requisitos de forma que establece el artículo 19 constitucional, - esto es, su estudio debe centrarse hacia la inconstitucionalidad que pueda estrechar el auto de bien preso, al no reunir con los requisitos que señala el artículo 19 constitucional, pero no está facultado el juez de amparo a clasificar los hechos al resolver en el juicio de garantías, ya que carece de facultades para substituirse a la responsable, reclasificar el delito y cambiar el acto reclamado, - por otro auto que se adhiera con precisión a los lineamientos del artículo 19 constitucional, pues esa facultad, en todo caso, puede atribuirse al tribunal de alzada, si el amparista hubiera optado por la impugnación del auto, a través de la apelación (respetándose el principio jurídico procesal del non reformatio in peius, en caso de haber recurrido el auto únicamente el procesado) pues como dice el maestro Obregón Heredia: "el auto de formal prisión es ⁽⁴⁹⁾ birrecursible." debiendo elegirse por la forma de impug-

(49) Obregón Heredia, Jorge. Ob. cit. pág. 211.

nación que se deseé hacer valer, en vista de que constituye una excepción al principio de definitividad que opera en materia de amparo. Ya que de otra forma, resulta indudable, si el juez constitucional tuviera que reclasificar los hechos, que el cuerpo del delito que señala la resolución combatida, no llegó a integrarse y mucho menos a comprobarse, por lo que en ese caso deberá otorgarse la concesión absoluta del amparo. En efecto, el juez constitucional, al resolver el amparo, solo debe limitarse a calificar la constitucionalidad del auto de formal prisión reclamado, pudiendo, en caso de resultar inconstitucional el acto impugnado, producir dos efectos en relación con los elementos del auto que adolezcan de inconstitucionalidad, es decir, ya sea que se trate de los de fondo, o los de forma. Si faltan los primeros, basta para la concesión absoluta del amparo, y si los omitidos son los de forma, la protección federal, debe otorgarse para el efecto de que se subsanen las deficiencias relativas.

Debe afirmarse, por otra parte, como lo estiman los tribunales de jurisprudencia, que: " . . . el órgano y la ocasión para sentar las bases del procedimiento, son el juez y el vencimiento del término constitucional de tres días . . . " ⁽⁵⁰⁾

(50) Amparo directo 1980/71. José Piedra Niebla. 26 de agosto de 1971. Mayoría de 3 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Primera-Sala. Informe 1971.

Debemos tener en cuenta, que la clasificación del delito corresponde precisamente al juez, con independencia de la clasificación que sobre los hechos haya efectuado el representante social, en vista de que el Ministerio Público, al ejercitar la acción penal, consigna hechos, y corresponde al juez la clasificación de ellos, pudiendo no coincidir la catalogación jurisdiccional con la ministerial, y en todo caso, será la clasificación jurisdiccional, la que norme la instrucción y el juicio, hasta el pronunciamiento de la sentencia, esto no resulta violatorio de garantías, así lo ha resuelto la justicia federal a través de diversas ejecutorias, y a ese mismo discernimiento se adhiere la opinión de la doctrina; el maestro Arilla Bas, sobre el tema, sostiene: "El juez, en el auto de formal prisión, puede cambiar la hecha por el Ministerio Público en la consignación, siempre que se trate de los mismos hechos, ya que el delito por el cual se ha de seguir el proceso se define en el auto de formal prisión y no antes."⁽⁵¹⁾ Comparte la misma opinión, el destacado procesalista González Bustamante, a través de lo siguiente: "Debe tenerse en cuenta que el Ministerio Público puede dar a los hechos que se persiguen, una clasificación legal distinta de aquella que el juez comprenda en el mandamiento -

(51) Arilla Bas, Fernando. Ob. cit. pág. 89.

de formal prisión, es decir, que el juez no está obligado a seguir al pie de la letra la opinión que sustente el Ministerio Público en su pliego de consignación, toda vez - que el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, - podrán pronunciarse por el delito que aparezca comprobado, aun cuando con ello se hubiere cambiado la apreciación legal que de los hechos establezca el Ministerio Público." (52)

Apoya también esta posición, el Código Federal - de Procedimientos Penales, y en el numeral 163 preceptúa: - "Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores - se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta solo los hechos materia de la consignación, y considerando la descripción típica legal y la - presunta responsabilidad correspondientes, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores . . ."

Nuestra Carta Fundamental, reconoce y confiere - al órgano jurisdiccional la facultad monopólica de decir - el Derecho aplicable a las situaciones de hecho que le son propuestas por las partes, por lo que resulta cierta la - aserción hecha por el maestro Zamora Pierce, en cuanto que: "El Constituyente, al atribuir al juez, y sólo a él, la fa

(52) González Bustanante, Juan José. Ob. cit. pág. 185.

cultad de señalar el tipo que corresponda a los hechos imputados al inculpaado por el Ministerio Público, aplicó el principio general de Derecho *Iura novit curia* . . . Este aforismo está relacionado con otro, de capital importancia en la vida del proceso: *Da mihi factum, dabo tibi ius*, el cual nos recuerda, de manera aún mas terminante, que la exposición de los hechos corresponde a las partes, reservándose al juez el conocimiento y la aplicación del Derecho." (53)

Esto es irrefragable, la aplicación de los apogemas forenses "*Iura novit curia*" (el tribunal conoce el Derecho) y "*Da mihi factum dabo tibi ius*" (dame el hecho y te daré el Derecho)" (54) encuentran puntual aplicación en esta ocasión, al reconocer al órgano, en quien radica la jurisdicción, por tanto, es enteramente razonable que al juez corresponda hacer la clasificación de los hechos criminosos que le son consignados al ejercitarse la acción penal, aun y cuando, al hacer uso de sus atribuciones exclusivas, conforme a su circunspecto discernimiento, catalogue los hechos en descripciones típicas disímbolas a las tasadas por la clasificación ministerial.

Nuestro sistema jurídico al regular el procedi -

(53) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 153.

(54) De Pina, Rafael. Ob. cit. pág. 497.

miento penal, reconoce la facultad jurisdiccional en manos del juez, pero desafortunadamente, la exégesis de los tribunales de jurisprudencia sobre la garantía de litis cerrada, desnaturaliza esta función, al tolerar al Ministerio Público la mutación clasificatoria de los hechos conformadores del evento delictivo, al puntualizar el ejercicio de la acción penal, fijando la base típica sobre la que el juez deberá mirar al pronunciar la sentencia, esto es, aparta las cortapisas o faculta abiertamente al Ministerio Público, a clasificar los hechos, o sea, decir el Derecho, y paralelamente conserva la potestad acusatoria, con lo que el procedimiento penal marcha retrogradamente hacia el plano del procedimiento inquisitivo, singular de los regímenes despóticos.

Esta ingente aberración, que contradice el espíritu legislativo creador de la garantía de litis cerrada, se patentiza a través de la errónea interpretación de los tribunales federales, al situar al Ministerio Público en un lugar de privilegio, consintiéndole la mutación clasificatoria de hechos, conforme a su extensa apreciación, lo cual refleja, que si inicialmente, como correctamente aconteció, correspondió al juez la clasificación legal de hechos, en uso del arbitrio judicial, esta clasificación es intrascendente, anodina, en vista de que la catalogación terminante, podrá hacerla el representante social, con la-

única restricción de adecuarse a los mismos hechos, no variarlos, lo cual huelga decir, pues deriva en fórmula de perogrullo, ya que como, con todo acierto refiere el Constituyente: "Los hechos señalados . . . no podrán, indudablemente, cambiarse, supuesto que han sido consumados." (55)

Si bien, es de todos sabido que la acción penal reside monopolicamente en la institución del Ministerio Público, no debe desconocerse, que el representante social, al perfeccionar su ejercicio, debe fijar su atención en la clasificación hecha por el juez, en uso de la también monológica función jurisdiccional, con razón señala el maestro Díaz de León: "El auto de formal prisión equivale a la intervención del juez en la revisión de lo actuado en la averiguación previa por el Ministerio Público, lo que aunado a la actividad procedimental ex officio que aquél despliega durante el plazo de setenta y dos horas, señalado, da como resultado que, en efecto, se tenga por cumplida la garantía constitucional de que se tenga por comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculgado . . ." (56)

Corresponde al Ministerio Público integrar el -

(55) Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917. Ob. cit. pág. 1063.

(56) Díaz de León, Marco Antonio. Ob. cit. pág. 298.

cuerpo del delito en la etapa indagatoria, pero es facultad exclusiva del juez comprobarlo, durante el plazo constitucional de 72 horas, y el cuerpo del delito que haya quedado comprobado por el juez en uso de la facultad jurisdiccional, será la materia de la litis o base procesal.

De lo expresado, es indefectible arribar al siguiente corolario:

La función jurisdiccional, es única, exclusiva e indelegable del juez, y a él corresponde hacer la clasificación de los hechos acaecidos en el mundo de relación, que conforman el material fáctico del evento criminal, que el representante social consigna al órgano jurisdiccional, en ejercicio de la acción penal, para que una vez ponderados minuciosa y analíticamente en su contenido, y comprueba la corporeidad delictiva en que engastan, existiendo la responsabilidad probable de uno o varios indiciados, y teniendo señalada la figura delictiva integrada, sanción privativa de libertad o no, se decrete la formal prisión o sujeción a proceso, respectivamente, de acuerdo a la punibilidad señalada al material típico de referencia; y será esta clasificación la raíz, base o cimiento, sobre el que ha de elevarse la instrucción del proceso. El juez debe acatar los lineamientos constitucionales, procurando la puntualidad del caso, o sea las 72 horas que la Constitución le dicta, atendiendo a la duplicación del plazo en ma

teria federal, cuando así lo solicite el procesado, por sí o por conducto de su defensor, razonando la necesidad de la medida, en cuyo caso, el acatamiento del juez a la duplicación del plazo, no vulnerará garantía individual alguna. La clasificación legal de los hechos criminosos, es propia del juez natural, por tanto no corresponde al juez de Distrito al resolver en el juicio de garantías, hacer la clasificación que juzgue correcta, pues esto equivaldría a sustituir a la autoridad responsable al reclasificar los hechos, lo cual le está vedado. El tribunal de alzada, posee facultad para clasificar los hechos, al resolver la apelación interpuesta por las partes, pero en caso de haber apelado únicamente el procesado, deberá considerar el non reformatio in peius. La facultad que posee el juez de clasificar a su prudente arbitrio los hechos, no encuentra óbice en la discordancia de pareceres que pueda suscitarse con la clasificación hecha por el Ministerio Público al ejercitar la acción penal, en vista de que el juez dice el Derecho aplicable.

CAPITULO III.

1.- LA IMPOSIBILIDAD DE TRANSMUTAR LA BASE DEL PROCESO POR EL ORGANO JURISDICCIONAL, CUANDO HA QUEDADO FIRME.

2.- LA IMPOSIBILIDAD DE MUDANZA EN EL CRITERIO CLASIFICATORIO SENTADO EN EL AUTO DE FORMAL PRISION, POR EL REPRESENTANTE SOCIAL, AL PERFECCIONAR SU ACUSACION.

3.- LA DEFENSA DEL PROCESADO Y EL OBICE INQUEBRANTABLE, - MOTIVADO POR LA VARIACION CLASIFICATORIA DE LA FIGURA TIPICA BASE DEL PROCESO.

4.- LA INDEBIDA GRADUACION DE LA GARANTIA DE LITIS CERRADA POR LA LEY DE AMPARO.

5.- LA EXEGESIS ANTAGONICA DE LOS TRIBUNALES DE JURISPRUDENCIA CON EL ESPIRITU LEGISLATIVO CREADOR DE LA GARANTIA-DE LITIS CERRADA.

**1.- LA IMPOSIBILIDAD DE TRANSMUTAR LA BASE DEL PROCESO
POR EL ORGANO JURISDICCIONAL,
CUANDO HA QUEDADO FIRME.**

La catalogación típica que de los hechos, sucesos o acontecimientos que rielan apariencia delictiva, haga el juzgador al determinar la situación criminológica del indiciado en su comisión, dentro del término constitucional de setenta y dos horas, consolida la base del proceso, le da nacimiento y alcanza consistencia inamovible al momento en que dicha resolución judicial instauradora de la apertura procesal obtiene solidez. En efecto, una vez determinada la formal prisión o sujeción a proceso en su caso, el proceso emprende su curso, sustentándose en sus principios esenciales: conocimiento de la verdad histórica y personalidad del procesado o presunto delincuente, empero invariablemente continuando por el derrotero trazado por el juez al resolver la prisión preventiva o sujeción a proceso.

Al obtener el auto de plazo constitucional con -
sistencia robusta e inamovible, en razón de la firmeza -
jurisdiccional, se torna intransmutable, invariable o in -
modificable, y nada ni nadie podrá mudar su linea clasifi -
catoria típica. Ciertamente, al referirnos a la firmeza -
del asiento procesal, queremos expresar las característi -
cas de solidez, de estabilidad, de inamovilidad que alcan -
za la resolución judicial al no poder mutarse la cataloga -
ción típica de los hechos que implica en su contenido, por
algún medio o recurso legal. Esto significa, que si bien, -
una vez pronunciado el auto de plazo constitucional puede -
ser recurrido mediante apelación, al momento de ser resuel -
to el recurso, la resolución de cuenta, adquiere firmeza -
absoluta, y en caso de haberse variado la clasificación -
típica de los hechos con traza delictiva, por el ad quem, -
la base procesal en ese momento será inamovible.

Hablando del juicio de garantías, que se promo -
viere para combatir el auto de plazo constitucional reclama -
do, ya hemos señalado que aparecen dos supuestos según -
se trate de los requisitos de fondo o de forma que el que -
joso aduzca como carentes de constitucionalidad, empero, -
a pesar de ello, los efectos que pudieren derivarse de la -
sentencia de amparo, en nada afectan la inmutabilidad tí -
pica clasificatoria de los hechos, del auto de bien preso, -
ya que si los requisitos que omite el auto de formal pri -

sión, son los de forma, y así lo reconoce el juez constitucional, el amparo debe otorgarse para el efecto de subsanar las deficiencias relativas, lo cual no afecta el contenido substancial de la resolución combatida, por tanto, la clasificación típica propuesta por el juez, permanecerá incólume; por otra parte, si el auto de plazo prescinde de los requisitos de fondo, la concesión del amparo será absoluta, y el proceso no podrá emanar, porque como quedó expresado, si el juez de amparo colige que los datos consignados son insuficientes para comprobar el cuerpo del delito a que se contrae el auto, debe limitarse a denotar la violación constitucional que encierra la resolución reclamada, y por tanto a conceder la protección de la justicia federal, pues el juez de Distrito, carece de facultades para substituirse a la responsable y reclasificar los hechos con aspecto delictivo, en el tipo exacto y preciso, o sea cambiar el acto reclamado por otro que se cifa al mandato del precepto 19 constitucional.

El ánimo legislativo enderezado a la creación de la garantía de litis cerrada, codició la inmutabilidad de la base procesal, lo que se aprecia en forma nítida, al través del Diario de los Debates, de donde resulta evidente que ni el propio juez, una vez firme la resolución de sencadenante de la secuela instancial, podrá variarla. No obstante, el juzgador podrá mudar la catalogación del con-

tenido fáctico delictual que hubiese hecho al obsequiar el pedimento de aprehensión, al momento de pronunciar la formal prisión, esto no encuentra complicación alguna, ya que estamos en presencia de una resolución anterior al auto de plazo, y por ende, al no existir éste, mucho menos podemos hablar de que se encuentre firme. En efecto, la clasificación que el juez observe para el libramiento de la orden de aprehensión, no es necesario que halle el encuadramiento exacto de los hechos en el molde típico ajustable, pues solo basta que el conjunto de hechos de aspecto delictivo-encuadren en un tipo que registre punibilidad privativa de libertad, que aparezca cubierto previamente el requisito de procedibilidad que exija la figura típica, que se encuentre apoyado por declaración bajo protesta de persona digna de fe, aunque a decir verdad, esto último resulta anodino, ante el surgimiento de datos que hagan presumible la responsabilidad del indiciado, por lo que bastan datos-indiciarios, amén que no tienen por objeto probar plenamente la responsabilidad del indiciado para el efecto de condenarlo; es este el discernimiento que ha admitido el máximo tribunal del país. Siguiendo en esta vertiente, resulta claro que la mutación clasificatoria que el propio juez realiza en el auto de plazo, en relación con la que anteriormente había examinado al obsequiar la orden de captura, no tiene mayor importancia, pues en este caso ni siquiera existe la resolución de plazo constitucional. Esta-

posición la adopta el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 163, que es del tenor siguiente: "Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta solo los hechos materia de la consignación, y considerando la descripción típica legal y la presunta responsabilidad correspondientes, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores . . .", esta disposición, encuentra correspondencia con el diverso 200 del propio ordenamiento invocado, que preceptúa: "Si por datos posteriores el Ministerio Público estimare que ya no es procedente una orden de aprehensión, o que debe reclasificarse la conducta o el hecho por los cuales se hubiese ejercitado la acción, y la orden no se hubiera ejecutado aún, pedirá su cancelación o hará la reclasificación en su caso, con acuerdo del Procurador o del funcionario que corresponda, por delegación de aquél . . . En los casos a los que se refiere este artículo, el juez resolverá de plano."

De lo expuesto, resulta que la traslación clasificatoria típica contenida en el proveído de prisión preventiva al descubrir solidez, encuentra grave escollo en el acatamiento riguroso del párrafo segundo del artículo 19 constitucional en su primera hipótesis normativa; efectivamente, la severidad orientada al acatamiento puntual -

de la voluntad legislativa, determina la constancia de la resolución indicadora del material típico procesal, pese a ello, la experiencia del maestro Pérez Palma, nos revela que: ". . . la práctica generalizada en todo el país es la de que, al aparecer en el proceso, en razón de las nuevas diligencias practicadas, o de los nuevos datos llegados, - la clasificación original del ilícito hecha en el auto de formal prisión, no es la adecuada a la nueva situación resultante, a petición del Ministerio Público, y a veces, - hasta sin tal pedimento, el juez dicta una resolución en la que, haciendo referencia a las nuevas diligencias o a los nuevos datos obtenidos, modifica o reforma el auto de formal prisión a efecto de que a partir de ese momento, se entienda que el delito por el que habrá de seguir el proceso es el nuevamente tipificado y no el señalado originalmente en el auto de formal prisión, y manda, que para todos los efectos legales, se notifique tal determinación al acusado, a su defensor y al Agente del Ministerio Público. . . Desde luego esta práctica . . . carece de apoyo o de fundamento legal puesto que no hay en los Códigos de Procedimientos, precepto alguno que la autorice, ni menos que la reglamente. Y si no existe precepto, ni via incidental, ni de ninguna otra índole que autorice modificaciones o reformas al auto de formal prisión, la determinación judicial que modifique dicho auto, es ilegal."⁽¹⁾

(1) Pérez Palma, Rafael. Ob. cit. pag. 240.

Ciertamente, la modificación clasificatoria ve -
rificada por el juez en tanto se desdobra la prosecución -
instancial, no solamente esta desprovista de base de sus -
tentación, sino que percute inevitablemente con el conte -
nido del segundo párrafo del precepto 19 del Código Funda -
mental de la República, conforme al cual, la base procesal
debe ser estable desde el inicio del proceso, invariable -
durante su instrucción, y nunca aparecer intermitente, ha -
ciéndose proclive a la orfandad defensiva del procesado.

La reciedumbre residente en el auto que da base -
al proceso, parte del análisis concienzudo, minucioso y -
esmerado que de los hechos conformadores del acontecimien -
to delictivo realice el juez, quien por su parte, debe col -
mar las condiciones cualitativas personales de honestidad,
preparación cultural, comprensividad para los altos valo -
res del espíritu y de la sociedad, valor civil, patriotis -
mo y un profundo conocimiento jurídico, matizado por el es -
tudio de las ciencias penales auxiliares; con esto quere -
mos señalar, que a través de la sólida preparación jurídi -
ca imbuida en la personalidad del juzgador, la cataloga -
ción típica legal del acontecimiento criminal, indefecti -
blemente debe recaer y recae en principio en la responsabi -
lidad del juez, no obstante, en forma ulterior durante la -
misma secuela instancial, merced a nuestra imperfecta re -
glamentación procesal penal, se faculta indebidamente al -

representante social para trazar el seto clasificatorio - típico concluyente y anquilosante a la actuación judicial, pese a no poseer facultades jurisdiccionales ni mucho menos ser menester que reúna las cualidades humanas del juzgador; ya que, y sobre este punto insistimos, el órgano - jurisdiccional al trasladar al plano jurídico los hechos - consignados y a pesar de la parvedad que encierra el plazo constitucional, debe comprobar el cuerpo del delito, en - donde entra en juego la elevada ponderación jurídica de - los elementos del tipo en que se alojen los hechos, lo que no puede verse como una feble catalogación deleznable y - quebradiza, que pudiera conducir a la incoación de procesos ociosos, tan innecesarios que distrajeran torpemente - la justicia criminal.

Al juez le concierne, velar por la veneración - puntual de los principios generales del Derecho, entre - ellos el valor precioso de la justicia, por lo que ante el surgimiento de nuevos datos aportados al sumario, la catalogación típica inicial, pudiera desvanecerse, pero a su - vez, encontrar cabida en otra entidad típica de enorme parecido, a lo que la base procesal propuesta, sería inútil - para lograr una sentencia condenatoria, pues el perfil fáctico criminal, engastaría en una figura típica diversa a - la que fundó la base procesal, y ante esta situación, el - juzgador tropieza ante la ardua dicotomía, que le muestra-

la reclasificación de los hechos, o el respeto irrestricto a la garantía de litis cerrada, sin pasar por alto el conocimiento que posee del precepto 128 constitucional, a lo que, dado su acucioso espíritu de seguir el camino trazado por la justicia, se hunde en este embarazoso dilema, si bien, cuenta con la inmensa fortuna, de ante tan intrincada disyuntiva, su solución, merced a la desatinada exégesis jurisprudencial, queda en manos del representante social, quien podrá enmendar el camino de la errónea clasificación inicial, que a través de los nuevos datos ignotos para el juez en la etapa de preinstrucción, originen la mutación de la catalogación jurisdiccional, base del proceso, o bien, siendo correcta la catalogación judicial, se torne equívoca por el criterio ministerial revertido en la etapa del juicio, con quebranto de la justicia, y ante ambos supuestos infiriendo heridas mortales al derecho de defensa.

En efecto, merced a la peculiar reglamentación del procedimiento penal mexicano, el peso de la embarazosa dicotomía determinativa que dimana de la aportación de elementos probatorios a la causa, ignotos para el juzgador al resolver en el plazo constitucional, o en su caso, el destino clasificatorio del juzgador, aunque eventual, que conduzca en medida esencial al acomodo del contenido fáctico-delictual en el confín de otra figura típica, conllevaría en estricto apego a la garantía de litis cerrada, a la in-

factibilidad de variar la base procesal propuesta por el juez al pronunciar el auto de término, y ante esta postura, la resolución de fondo, a pesar de los elementos probatorios contundentes hacia la demostración de la responsabilidad penal del procesado en el perfil de una entidad delictiva, no expresada en el auto base del proceso, no podría declararlo penalmente responsable, sin violar el mandato de la garantía de litis cerrada.

Esta casual posición, que conduciría a poner en un extremo de la balanza, la actualización del Derecho Penal subjetivo o *ius puniendi*, que posee el Estado para preservar la armonía gregaria a través de la aplicación de la conminación penal, y en el otro extremo el apego irrestricto a la norma de normas, no obstante, en nuestro medio, pese al perfil que envuelve esta gravísima problemática, su solución es confiada a la propuesta del Ministerio Público quien en esta etapa del procedimiento, ni es autoridad, ni posee jurisdicción, y a pesar de ello, queda en sus manos la gravedad de tan importante determinación. Efectivamente, si bien, a pesar de lo remoto de esta situación, dada la innegable capacidad del juzgador, y el estudio maduro y sereno dirigido a la figura típica ajustable tendiente a la comprobación plena del *corpus delicti*, con el amplio despliegue cognoscente racional técnico exigido, sin desestimar la extrema parvedad para resolver tan delicada cues -

ción o la desmesurada porción de elementos que aporta un solo ejercicio de la acción penal, y que pudieran dirigirse a la inexacta catalogación típica del evento criminoso; o en su caso, el caudal probatorio surgido en forma ulterior al dictado de la base procesal que pudieran llevar a idéntica situación y el obstáculo que implica la garantía de litis cerrada en este supuesto, harían imposible la mutación clasificatoria de los hechos en otra figura delictiva, empero el derecho de defensa del procesado, no debe pasarse por alto, mirarse de soslayo, y confinarse a la omnímoda potestad del representante social al formular sus conclusiones, y es claro, por otra parte que ni el propio juez puede mudar la clasificación por él propuesta al sentar la base procesal, una vez firme al haberse resuelto en su caso, los recursos interpuestos, por lo que, acorde al artículo 19 constitucional en su segundo párrafo, la base procesal señalada en el auto de término constitucional, no podrá ser variada, una vez robustecida en términos legales, ni durante el desdoblamiento de las fases procesales, ni mucho menos en el plenario, moviendo al proceso penal prono a la orfandad defensiva del procesado.

El valladar preceptivo que encuentra el juez para variar la catalogación inicial de los hechos criminosos en la fase del juicio, se duplica, ya que no solamente tropieza con el principio de la garantía de litis cerrada, -

sino percute frontalmente con el tenor del precepto 21 -
constitucional. En efecto, dada la particular reglamenta -
ción del procedimiento penal mexicano, la sentencia que -
pronuncie el juzgador, se mantiene dentro del seto que le -
traze el Ministerio Público, al puntualizar el ejercicio -
de la acción penal, ya que las conclusiones del Ministerio
Público, por disposición de la ley, vinculan obligatoria -
mente la decisión del juzgador, quien no podrá rebasar el
marco trazado por el representante social en sus conclusio -
nes. Atendiendo el primer óbice que encuentra el juzgador -
para mudar su criterio clasificatorio (o el del ad quem, -
que haya fijado la base intransmutable del proceso), o sea
el que le impone la garantía de litis cerrada, resulta en -
extremo conveniente para la saludable tramitación procesal,
pues de otra forma, el procesado vendría a conocer la base
procesal por la que debió pergeñar su defensa, hasta el -
momento de oír su condena, o con inmensa ventura su abso -
lución en el mejor de los casos, pero su extrema inquietud,
el sobresalto constante ante un proceso ciego y secreto, -
se hallaría alejado abismalmente de los cauces de la epi -
queya, hundiendo al procesado en la orfandad defensiva; -
empero un cambio de catalogación típica de los hechos en -
la sentencia, abrazaría por igual la conculcación de la -
garantía consagrada por el artículo 14 constitucional, en
consecuencia la mutación del contenido procesal al pronun -

ciar sentencia el juez, asestaría una herida insalvable a la defensa del procesado.

Por otra parte, al referirnos al siguiente obstáculo que encuentra el juez, para cambiar la base procesal al resolver el fondo del asunto, o sea el que le impone el artículo 21 constitucional, éste no tiene razón de ser, coloca en un sitio de privilegio al representante social, le otorga la facultad omnímoda de normar el libre arbitrio judicial del juzgador, finca obices al órgano jurisdicente, lo conduce al plano obscuro de atender el criterio ministerial, que puede conducir al grave deletéreo del interés social que representa. En efecto, el juez al pronunciar la resolución de fondo, que resuelve el asunto principal controvertido, debe ceñirse indefectiblemente al contenido de las conclusiones ministeriales, nunca rebasarlas, vinculándolo entonces a resolver sobre ese marco, que pudiera ser erróneo, haciendo caer en terreno turbulento el interés social.

Al ser las conclusiones ministeriales el marco de referencia a que debe ajustarse la sentencia; al concebirse como momento central del ejercicio de la acción penal, por ello, se sujeta al juez a la práctica de actividades específicas, en caso de que las conclusiones fueren de acusación o contrarias a las constancias procesales, -

conforme a la regulación del Código distrital, o bien, con arreglo a la regulación del ordenamiento federal, en caso de que las conclusiones fueren de no acusación, si en las formuladas no se comprendiere algún delito que resulte probado de la instrucción, si fueren contrarias a las constancias procesales, o si no cumplieren con los lineamientos a que las somete el propio ordenamiento adjetivo penal federal; ciertamente, al hacerse vigentes las hipótesis aludidas, el juez deberá remitir la causa al procurador de justicia, para que una vez, transcurrido el plazo fijado por la ley, el procurador resuelva si son de confirmarse o modificarse, fijando en consecuencia el definitivo ejercicio de la acción penal. Esta situación nos lleva a considerar que a pesar de la buena voluntad del legislador, tratando de impedir prácticas improbas o venales del agente del Ministerio Público adscrito al juzgado, que arroje grave deletéreo al interés social que representa, traslada la facultad jurisdiccional de catalogar el contenido fáctico del evento criminal, en el tipo correspondiente, al criterio absoluto del Ministerio Público, adulterando su actividad y la del propio órgano jurisdiccional; si algo debe quedar muy claro, es que la función jurisdiccional se reserva en exclusiva al juez, y si la clasificación de los hechos criminosos, al efectuar el juzgador la traslación de lo fáctico a lo jurídico, se definió y adquirió solidez petrea en la resolución límite del preproceso, la prosecu-

ción instancial debe seguirse y fallarse por ese delito - perfectamente individualizado en el auto de bien preso; y las conclusiones ministeriales en todo caso, deben ajustarse al marco firme que el órgano aplicador del derecho proponga; opina con razón el notable procesalista Díaz de León: ". . .? Con base en que se priva al juez penal de su poder de jurisdicción, para dárselo al representante social ? ? Cual es el fundamento político o jurídico para desvirtuar la justicia y el proceso penal y acomodarlos a la voluntad e interés del ministerio público ? ? Cual es la razón para que la ley secundaria viole abiertamente a la Constitución al impedir que el juez aplique la ley sustantiva y decida el caso concreto ? No existen respuestas jurídicas que expliquen tales interrogantes; no las hay, sencillamente, porque en primer lugar nuestra Constitución no concede facultades al ministerio público para que decida y resuelva como si fuera juez el proceso, y en segundo lugar porque la función del representante social en el proceso es unicamente de parte, por lo cual la comedia de las conclusiones inacusatorias, carecen de toda justificación.

"Al órgano jurisdiccional no se le debe constreñir a la voluntad de una de las partes, porque entonces, de suceder esto, independientemente de convertirlo en una marioneta, el proceso dejaría de ser un medio de resolver los litigios o conflictos de manera imparcial, alejándose

(2)
con ello de la justicia."

Ante tan inexplicable regulación del procedimiento penal patrio, la actividad jurisdiccional tropieza irremisiblemente con el valladar ministerial, que anquilosa su libre actuación, y lo mas grave, si el criterio ministerial es inexacto, a pesar del sistema interno de revisión, a que deben sujetarse las conclusiones, o bien, por la errónea catalogación que el representante social haga de los hechos, disímbola a la única y verdadera clasificación legal de los hechos propuesta por el juez, conduciría a éste, aun contra su voluntad, a dejar de lado la epiqueya, golpeando duramente el principio general del derecho y precipuo valor de justicia.

El juez, como ya quedó anotado, no podrá en ningún caso, y bajo ninguna circunstancia legal, diversificar la clasificación fijadora del tipo procesal, y quizá la única situación, fuera de su control, lo sea la transformación fáctica de la figura típica de lesiones a homicidio, durante el desdoblamiento instancial, posterior a la determinación de la situación criminológica del indiciado, fijadora de la base procesal, en caso de abrir el proceso, en virtud del marco temporal a que contrae el acaecimiento

(2) Díaz de León, Marco Antonio. Ob. cit. (tomo I), pág. 434.

defuntivo, la fracción II del numeral 303 del Código Penal Federal.

Es el caso de la transmutación fáctica de lesiones a homicidio durante la marcha del proceso, muy probablemente el caso clave, que condujo al legislador ordinario a interpretar derogatoriamente el texto constitucional que contiene la garantía de litis cerrada, empero al abordar el problema con una sistemática inconstitucional, no solo no lo resuelve, sino que lo agrava, dando pábulo a una postura mas inicua y alejada de la mas elemental comprensión de los principios generales del Derecho, sojuzgando el precioso valor de la justicia, coonestando con tan absurda solución un cuadro inconstitucional, aplicando soluciones generales, a un caso aislado. En efecto, al poner en manos del órgano estatal, titular monopolístico de la acción penal, la facultad jurisdiccional de clasificar el contenido fáctico delictual en las fronteras del tipo aplicable, no solo propicia la invasión del monopolio de la acción jurisdiccional, sino que asesta truculentos golpes al derecho de defensa. Así es, ante la base movediza del proceso, la defensa no sabe como pregeñar el mecanismo defensivo, que derrotero seguir, que figura delictiva estudiar.

La fortaleza que adquiere la clasificación típica en el auto de plazo, arranca a partir de la comprobación del corpus delicti, o actividad monopolística del juzga-

dor, a través de la cual realiza la subsunción jurídica del suceso delictivo, facticamente estimado, en la hipótesis abstracta y genérica establecida en el catálogo de tipos, atendiendo las calidades materiales, subjetivas y valorativas de la figura delictiva, por lo que ante la meticolosa actividad de altísimo contenido técnico jurídico, el juez fija la base inamovible del proceso, es por eso comprensible, que la propuesta del material típico, caudal del proceso, sea establecida por el único aplicador del Derecho en el proceso: el juez. Habiendo quedado firme el cumplimiento procesal ubicado en el auto de plazo, resulta inteligible que no podrá variarlo, en aras de no afectar las prácticas procesales que sobre él se apoyan, y mostrando en consecuencia un proceso intermitente, movedido a los ojos de la defensa, no así para el ministerio público, que mantiene la posición de primacía en el procedimiento penal al poseer la facultad de fijar tema al plenario, invadiendo la esfera competencial del juez, con quebranto del precepto 21 constitucional, que delimita pulcramente las funciones de acusación y decisión, pero encontrando apoyo en leyes secundarias de indudable menor jerarquía que la ley máxima del país, ocasionando la mutación latente de la base procesal, o sea justamente el resultado que quiso evitar el legislador constitucional, al insertar un segundo párrafo al numeral 19.

Al fijarse en definitiva por el Ministerio Público la base sobre la que ha de partir el sentir del juez en la resolución de fondo, es manifiesto que no podrá rebasarla, sin invadir el ámbito de actuación del órgano monopolístico de la acción penal, esto es, el apuntalamiento de la acción penal, marca el límite a la decisión judicial de fondo, pues en principio la variación del delito técnicamente especificado en el pliego de conclusiones acusatorias, durante la sentencia, haría de suyo la invasión por parte del sentenciador en el ámbito de actuación del órgano acusador, implicando el quebranto del precepto 21 constitucional, asimismo, ante la mutación clasificatoria del juez, por sobre la acusación ministerial, implicaría la falta de audiencia del procesado y la consiguiente indefensión para éste, con menoscabo indiscutible en su esfera jurídica asegurada por el numeral 14 del Código Fundamental; convirtiéndose del mismo modo, la aludida sentencia que rebasa los límites del pedimento acusatorio, en pernicioso inexorable al cabal derecho de defensa, avalado por los artículos 19 en su párrafo segundo y 20 fracción IX, del Código Político de la Federación. Atinente a este tópico, caracterizado conforme al parecer de la doctrina nacional, patrocinado por el sentir de nuestros tribunales de jurisprudencia, por la irrupción en el contorno competencial del órgano monopolístico de la acción penal, antes bien,

se olvida que la invasión en el ámbito de la actuación -
jurisdiccional, acaece con anterioridad, ante el estable -
cimiento de la base del plenario, por el representante so -
cial, ante cuyos fundamentos deberá obtenerse la resolu -
ción judicial. Así es, ante la circunstancia en que el juez
varie la línea clasificatoria impuesta por el ministerio -
público, se sustituye el órgano sentenciador en acusador, -
irrumpliendo en su esfera de actuación, y esta posibilidad,
se encuentra vedada por nuestro ordenamiento máximo, y ra -
tificada tal prohibición por leyes secundarias; empero en -
la situación inversa, o sea la incursión del ministerio pú -
blico en actividades monopólicas del órgano aplicador del -
Derecho, que asimismo choca con la garantía de litis cerra -
da, y viola a todas luces el propio numeral 21 constitucio -
nal, conculca la ley de leyes y absurdamente encuentra res -
paldo en leyes secundarias, ante el descaecimiento directo
y franco del precepto 135 constitucional.

En conclusión, podemos afirmar, que nadie podrá -
transformar el cimiento procesal planteado en el auto de -
término constitucional una vez adquirida solidez petrea, -
esto es, si bien el ad quem podrá variarla, esto es en vir -
tud de que la resolución se encuentra sub-judice, y sometida
al resultado de la apelación interpuesta, que como ya -
se apuntó, en términos generales, no persigue la mutación -
clasificatoria, sino en su caso, la revocación o modifica -

ción del proveído de término constitucional, que bien pudo no haberse recurrido por las partes, y en ese supuesto la clasificación de la base procesal será inamovible. Por lo que hace a la impetración de amparo a que el procesado acude en contra del auto de bien preso, la clasificación típica de la base procesal, se mantendrá indemne, ya que solo en caso de que la resolución reclamada involucrara violación en los elementos de fondo, la concesión del amparo será absoluta, impidiendo la incoación del proceso, pero manteniendo intocada la clasificación típica del juez natural.

El juez, por su parte, en rígido acatamiento a la garantía consagrada por el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, no podrá modificar su criterio clasificatorio sobre el que se instruya el proceso, ni durante la instrucción, y jamás en el plenario, aunque lamentablemente, esa mutación será asequible, entre nosotros, siempre que respete el marco acusatorio que con grave quebranto al numeral 21 constitucional, establezca el Ministerio Público.

**2.- LA IMPOSIBILIDAD DE MUDANZA EN EL
CRITERIO CLASIFICATORIO SENTADO EN EL
AUTO DE FORMAL PRISION, POR EL REPRESENTANTE SOCIAL,
AL PERFECCIONAR SU ACUSACION.**

A la luz del contenido del precepto 21 constitucional in capite, descuello diafanamente la distribución - monopólica de los quehaceres jurisdiccional, y persecutorio, investigador delictivo, en manos respectivamente, - del órgano jurisdiccional, y de la institución del Ministerio Público. Sobre este fundamento, cabe asertar que con - cierne al Ministerio Público, de manera exclusiva la actua - ción persecutoria de los acontecimientos con barrunto de - delictivo, de que tenga noticia, para obtener del organo - aplicador de las normas jurídicas, la declaración de que - los hechos con matiz criminoso, son constitutivos de deli - to, y en consecuencia actualizar la conminación penal resi

dente en la norma. Apunta con todo acierto el maestro - Eduardo Pallares: "La acción penal es una acción pública - ejercitada en representación del Estado por el Ministerio - Público, y cuyo objeto es obtener la aplicación de la ley - penal. . . la acción penal se funda en el derecho que tiene el Estado de castigar a quienes han cometido un delito. Es - te derecho tiene el nombre técnico de pretensión puniti - va." (3)

Por su parte, manifiesta el Doctor Vela Treviño: "La acción penal nace como consecuencia de la realización - de un hecho que reúne las apariencias de un delito, califi - cado así 'a priori', de la actividad que desarrolle el Mi - nisterio Público respecto de ese hecho con apariencia de - ser delictuoso resultará la intervención del único órgano - estatal facultado para dar una calificación certera y le - gal del hecho, en cuanto a que sea o no constitutivo de - delito, órgano que, conforme hemos visto, es el jurisdic - (4) cional."

Consecuentemente, al mostrarse en el entorno de - la vida gregaria del Estado, sucesos que envuelvan lo anti - jurídico, dirigidos en forma inmediata a la ruptura de la -

(3) Pallares, Eduardo. Ob. cit. pág. 5.

(4) Vela Treviño, Sergio. La Prescripción en Materia Penal. Editorial Trillas. Segunda Edición. México, 1990. pág. 71.

armonia gregaria, cuya apreciación deriva de las mas elementales pautas conductuales, es menester la intervención del órgano encargado de perseguir la represión de esos eventos conductuales, apartados del recto sendero que anhe la el derecho, al regir las conductas del hombre propensas a la concordia social. En nuestro sistema jurídico, se deposita la función persecutoria de los eventos con apariencia delictiva, en la institución del Ministerio Público, para que a través del ejercicio de la acción penal, acuda al órgano jurisdiccional, estimulando su actuación a lo largo del desdoblamiento instancial, para que una vez, llegado el momento, puntualice el entañamiento delictivo o no de los hechos consignados, y por tanto se verifique o no la actualización de la conminación punitiva que estrecha el precepto secundario de la norma penal.

Es entonces, entre nosotros, el Ministerio Público la institución en que reside la actividad monopólica de velar por la superposición de las normas que el Derecho Penal comprende en sus ordenamientos reguladores, al través del ejercicio de la acción penal, función que, como ya se dijo, regula en forma cristalina el artículo 21 constitucional.

Es el propio precepto 21 del ordenamiento máximo de nuestro país, el que ajusta la función jurisdiccional en el derecho represivo, confiándola también con carácter-

monopólico, en el órgano jurisdiccional, único facultado para aplicar las normas de Derecho positivo del Estado.

Define el egregio maestro Manuel Rivera Silva a la jurisdicción, con estas palabras: "jurisdicción es la actividad de declarar el derecho en los casos concretos, teniendo esta declaración efectos ejecutivos por haberla hecho un órgano especial a quien el Estado reviste del poder necesario para ello."⁽⁵⁾

Expresa el procesalista Díaz de León, en su diccionario de Derecho Procesal Penal, respecto al vocablo "subsunción", lo siguiente: "Llamase así a la operación mental que realiza el juzgador en el momento del juicio, por la cual enlaza las cuestiones de hecho probadas en el proceso, es decir, la síntesis particular y concreta de los sucesos fácticos sometidos a su conocimiento, con la hipótesis abstracta y genérica establecida en la ley sustantiva. Es la aplicación que hace el juez del derecho a los hechos conocidos y probados en el proceso."⁽⁶⁾

Ponderando los elementos conceptuales vertidos, cabe expresar, que la jurisdicción es la subsunción o mecanismo cognoscente que verifica el juez, sobre los aconte-

(5) Rivera Silva, Manuel. Ob. cit. pág. 69.

(6) Díaz de León, Marco Antonio. Ob. cit. (tomo II) pág. 2135.

cimientos con barrunto criminoso, para que una vez encuadrados típicamente se determine si facticamente de manera unívoca se actualizan los elementos que en abstracto prevee el tipo penal condigno, es decir, si el momento histórico-delictual engasta o no en el marco trazado por la norma, - si la conducta productora del resultado típico o formal o el hecho que salta al plano del resultado material o modificador del mundo extrajurídico, es imputable al agente, - y si procede o no formularle el correspondiente juicio de reproche; es decir, por medio de la syndéresis, o capacidad de juzgar rectamente, imbuida en el juzgador, a partir de la facultad subjetiva abstracta que debe reunir, trasladada a las fronteras del tipo los hechos delictivos acaecidos en el mundo de relación, aplicando en consecuencia, la norma abstracta, al evento fáctico delictual concreto, es decir, aplica el derecho, y esta aplicación, posee fuerza ejecutiva, en razón de que el Estado, invistió al juzgador de facultades para ello. En efecto, es el órgano jurisdiccional en quien se afina la potestad jurisdiccional con mérito ejecutivo, reconocida y encomendada en el marco del derecho represivo, por el numeral 21 del ordenamiento fundamental de la República; la eficacia monopolística de subsunción del evento fáctico delictual en el confín del tipo, o sea, la aplicación de la redacción típica abstracta, al suceso delictivo concreto o aplicación de las leyes penales por el órgano jurisdiccional, se halla corroborada por

las leyes secundarias, reglamentarias del procedimiento penal, tanto a nivel federal como en el ámbito del Distrito Federal; ciertamente, el ordenamiento adjetivo distrital aludido, enuncia en su artículo 1o.: "Corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal: I.- Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuando un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito; II.- Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos; y III.- Aplicar las sanciones que señalen las leyes. Solamente estas declaraciones se tendrán como verdad legal." Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales, expresa en el numeral 4o., de contenido análogo al artículo precitado, lo siguiente: Art. 4o.- "Los procedimientos de preinstrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación, constituyen el proceso penal federal, dentro del cual corresponde exclusivamente a los tribunales federales resolver si un hecho es o no delito federal, determinar la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas acusadas ante ellos e imponer las penas y medidas de seguridad que procedan con arreglo a la ley . . ."

Queda establecido en el artículo 21 constitucional el contorno competencial de las actividades del órgano jurisdiccional y del Representante social, por lo que, en

consecuencia, se dilucida cualquier controversia referida al ámbito actuante, ya que como expresa el maestro Fix Zamudio: "Este mandamiento, tiene su origen en la Constitución de Cadiz . . . y es una consecuencia del principio de la división de poderes, o en estricto sentido, de las funciones."⁽⁷⁾

Por su parte, el precepto 19 constitucional, estatuye en la primera hipótesis normativa de su segundo párrafo: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión." Se consagra en estas líneas, el derecho público fundamental concerniente a todo encausado en el proceso penal, denominado por un sector de la doctrina nacional, y especialmente por el Doctor Zamora Pierce, como garantía de litis cerrada.

En riguroso acatamiento a esta garantía de orden procesal penal queda vedado al órgano jurisdiccional, y obviamente a los otros sujetos de la relación procesal, - trocar el cimiento procesal, que ha quedado establecido en la resolución jurisdiccional pronunciada en el lindero de la etapa de preinstrucción. Ciertamente, la base sobre la que adosa su desenvolvimiento el proceso penal, o sea la -

(7) Instituto de Investigaciones Jurídicas (U.N.A.M.) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México, 1985. pág. 55.

clasificación típica que el juez verifica al comprobar la corporeidad delictiva en que se ajusta el contenido fáctico criminal que le es consignado, al momento de alcanzar la fijeza jurisdicente, no podrá variarse, en aras de proporcionar la certidumbre necesaria a los sujetos de la relación procesal, sobre la base que se soporta, a efecto de que dirijan su actuación con la exacta trayectoria que sus intereses dispongan.

Al orientar su atención el legislador constituyente, a la exigencia que imponía la necesidad de dar certeza a la base procesal, adicionó un segundo párrafo al precepto 19 constitucional, y con claridad meridiana y por demás irrefragable confirió al juzgador la facultad privativa de fijar el asiento procesal, con calidad inamovible, sobre el que deberá partir el desdoblamiento estructural del proceso, y sobre él mismo, llegado el momento condenar o absolver al enjuiciado.

Es en consecuencia, el auto de formal prisión o sujeción a proceso, la base sobre la que parte el desarrollo del proceso penal, técnicamente considerado, es decir, sin la resolución de plazo constitucional, el proceso jamás llegará a nacer, no podrá emanar a la dinámica jurisdiccional y a la actividad de las partes, sencillamente, porque no posee base de sustentación.

Atendiendo el contenido del numeral 71 del Ordenamiento adjetivo de la materia, de aplicación en el Distrito Federal, podemos advertir, la clasificación de las resoluciones judiciales; en efecto, el precepto estatuye:- "Las resoluciones judiciales se clasifican en: decretos, sentencias y autos; decretos si se refieren a simples de terminaciones de trámite; sentencias, si terminan la instancia resolviendo el asunto principal controvertido; y autos en cualquier otro caso."

Por su parte, el numeral 94, del Ordenamiento Adjetivo Federal de la materia, de contenido análogo al invocado del ordenamiento local, preceptúa: "Las resoluciones judiciales son; sentencias, si terminan la instancia resolviendo el asunto en lo principal; y en autos, en cualquier otro caso . . ."

Siendo así, el auto, es una resolución judicial o jurisdiccional, en tanto que aplica el Derecho, es la determinación del juez, que recae a promociones o actuaciones procesales que a su vez, le dan origen. Define el maestro Díaz de León, el vocablo "auto", con estas palabras: - "Resolución dictada por cualquier juez o tribunal durante la secuela del proceso. Decreto judicial dado en alguna causa criminal."⁽⁸⁾

(8) Díaz de León, Marco Antonio. Ob. cit. (Tomo I) pág. 296.

Luego, es así que la resolución judicial denominada auto, solamente podrá ser pronunciada por el órgano jurisdiccional, al aplicar las normas jurídicas a la circunstancia concreta planteada.

Resulta inobjetable, que las resoluciones judiciales, no podrán modificarse, por ninguna de las partes, sujetas a la jurisdicción del juez, antes al contrario, las partes deben acatar las determinaciones del órgano jurisdicente, pues tienen carácter ejecutivo, provienen de autoridad investida de poder para ello, que inclusive podrá emplear cualquiera de los medios de apremio que la ley otorga para hacer cumplir sus determinaciones; las resoluciones judiciales, unicamente podrán ser modificadas, a través de la ejecutoria correspondiente emitida por el tribunal de alzada, que recaiga a la resolución del recurso interpuesto en contra de la resolución que admita ser recurrida, o en su caso, cuando la resolución judicial, se traduzca en acto reclamado a través del juicio de garantías.

Partiendo de las ideas expresadas, debe resultar patente, que la clasificación judicial vertida en el auto de bien preso o de sujeción a proceso, que da base al desdoblamiento instancial, no podrá ser trastocado en su contenido por alguna de las partes en el proceso, ya que siendo el juez la única autoridad y poseyendo la facultad ju -

risdiccional, redundaría en el desquiciamiento jurisdiccional la modificación de sus resoluciones, por cualquiera de las partes, que no poseen la calidad de autoridad y mucho menos la potestad de aplicar el Derecho, resulta pues, del todo absurdo concebir lo desatinado de esta postura.

Pese a ello, el procedimiento penal nacional, se ha caracterizado por tolerar, y todavía legitimar tan aberrante anomalía; efectivamente, en nuestro sistema, la base procesal que precise el juzgador al resolver la condición criminolegal del indiciado en el auto de plazo constitucional, es insubstancial, irrelevante y del todo anodina, ya que la instrumentación del proceso, versará no propiamente, sobre la base procesal propuesta por el juzgador, sino sobre el contenido material del suceso criminoso, sobre el evento fáctico delictual, y siendo así es evidente, que la comprobación plena del cuerpo del delito, se hace superflua, para la incoación del proceso, con franco quebranto al precepto 19 del Código Político de la Federación; en efecto, si bien, el juzgador cuenta con un margen tan exiguo, de tan notoria extrema parvedad, para verificar la elevada elucubración jurídica, la puesta en juego del altísimo despliegue técnico jurídico que le permita, a través del amplio desarrollo cognoscente hacia el perfil de los hechos delictivos, efectuar la subsunción jurídica, o sea el traspaso de lo fáctico a lo típico, al comprobar el -

cuerpo del delito en que se adecue el evento delictivo, toda esta considerable y estimabilísima actividad, ya en el plano pragmático procedimental, será estéril, habida cuenta que la fijación culminante de la clasificación típica de los hechos delictuosos, o sea la comprobación del *corpus delicti*, el establecimiento del aspecto toral del proceso, queda en manos del representante social, que no es autoridad en el proceso, ni posee potestad jurisdicente, no obstante, tiene encomendado como representante social la gravísima función de fijar tema, pero lamentablemente, no al proceso, sino al plenario, ya que esta ingente aberración, se verifica al puntualizar el ejercicio de la acción penal, y mas aún, nuestro máximo tribunal, ha sostenido constantemente en diversas ejecutorias, la asequibilidad de mutación clasificatoria del evento delictivo, en el tipo condigno, denotando como única cortapisa, que los hechos criminosos que se reclasifiquen, no hayan variado, lo que huelga decir, ya que en caso de desemejanza en los hechos conformadores del evento delictivo, resulta obvio, que el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del injusto típicamente apreciado, serían disímbolos, y en caso de encontrarse el conocimiento de los hechos componedores del segundo delito, a lo largo del desdoblamiento procedimental, sería la segunda hipótesis normativa, del párrafo segundo, del numeral 19 constitucional, la que se actualizaría.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, la errónea regulación del procedimiento penal, confirmada por la todavía más insensata exégesis jurisprudencial de la garantía de litis cerrada, ha conducido al deletéreo terreno de lo inconstitucional, conculcando abiertamente los preceptos 14, 19, 20 fracción IX y 21 de la Carta Fundamental, y soslayando paladinamente el principio de supremacía constitucional, a que alude el numeral 133 del propio Código Fundamental.

Ante tan descabellada postura, el procedimiento aparece ciego y subrepticio a los ojos del propio juez, pero sobre todo del enjuiciable, que no sabrá que elementos perquirir para su defensa, o sobre que figura típica versará el debate final y la sentencia; por su parte al juzgador cuya potestad jurisdicente se desvanece, lo lleva al campo de la obsecuencia ante la omnímoda posición clasificatoria del representante social, quien paradójicamente, se encuentra sujeto a su jurisdicción.

Ante esta postura, los criterios doctrinales son encontrados, contraponen inexplicablemente. En efecto, sobre el tópico, el destacado maestro Colín Sánchez, expone: "Aunque en el auto de formal prisión se fijan los hechos por los cuales se sigue el proceso, el nomen iuris utilizado para catalogarlos no deja de ser provisional, ya que al ser investigados a través de la instrucción pueden-

resultar afectados, no en cuanto a su esencia, pero sí en cuanto a sus circunstancias y accidentes; por tal motivo, antes de celebrarse el juicio es conveniente precisarlos en las conclusiones, y relacionándolos con el proceso, establecer el nexo causal entre la conducta y el resultado, para que, según el caso, sean el tema sobre el cual versen la audiencia final de primera instancia y la sentencia, o por el contrario, den lugar al sobreseimiento de la causa y a la libertad del procesado . . ."⁽⁹⁾

Por su parte, el connotado procesalista Díaz de León, expresa: "Por cuestiones de política criminal mal entendidas, en nuestro sistema procesal penal las conclusiones del Ministerio Público pierden su naturaleza de alegatos, dejan de poseer su calidad de opiniones meramente orientadoras del juicio del órgano jurisdiccional, para convertirse, tratándose de las acusatorias, en decisiones unilaterales del ministerio público que fijan la pretensión punitiva por la que deba fallarse en definitiva o bien, en el caso de las inacusatorias, que decretan ad libitum la libertad del procesado, todo ello expresado, por disposición de la ley, de manera vinculante y obligatoria para el juzgador, quien no puede menos que acatar la decisión del Representante Social, el que por esto último se -

(9) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. pp. 419, 420.

convierte en juez y parte.

"Respecto de las conclusiones acusatorias, por una serie de errores de la Doctrina desarrollada normalmente por penalistas que ignoran la materia procesal, se ha establecido, queriendo olvidar que desde la consignación se determina la pretensión punitiva objeto del procesamiento, el falso criterio de que es en las conclusiones donde el ministerio público establece la acusación definitiva por la cual se habrá de sentenciar. Dichos autores estiman que el Representante Social solo consigna hechos, por lo cual en sus conclusiones puede reclasificarlos en cuanto al tipo penal que a su criterio considere se adecuan. A esto sigue la idea generalizada de que las mencionadas conclusiones tienen efectos vinculatorios para el tribunal, es decir, éste tendrá que sentenciar sin rebasar las conclusiones del ministerio público."⁽¹⁰⁾

Los criterios doctrinales expuestos, nos llevan a establecer la impostergable necesidad, de adecuar la reglamentación del procedimiento penal mexicano, sobre la orientación establecida por el mandato de la ley suprema del Estado; en efecto, aceptar que la comprobación de la corporeidad delictiva sobre la que deberá establecerse el-

(10) Díaz de León, Marco Antonio. Ob. cit. (Tomo I) pág. 428.

aspecto toral del procedimiento, el tema del plenario, la clasificación típica definitiva, el marco al que deberá circunscribirse el juzgador obtemperando la dirección que el representante social le fije, equivale a trasladar la facultad jurisdicente a la actividad ministerial con grave quebranto al precepto 21 constitucional. Ahora bien, ante tan desatinada postura, se deja entrever la posibilidad de la incoación procesal sin previa comprobación del cuerpo del delito o sea sin la anticipada constatación de la existencia material típica jurídica del delito, por el órgano jurisdicente, siendo bastante para incoar el proceso, el señalamiento preciso, exacto e invariable de los hechos, sucesos o acontecimientos, perpetrados en el marco espacial temporal del evento delictivo, pudiendo alojarse solo de manera provisional en algún molde típico, para posteriormente, dar paso a la auténtica y única catalogación típica del evento criminal, verificada por el ministerio público en la etapa procedimental del juicio, cuando las fases probatorias, se divisan a lo lejos, en tiempo pasado, vulnerándose con tan descabellada posición, los preceptos 14, 19, 20 fracción IX y 21 de la ley fundamental del país.

La acción penal, es la fuerza vinculante, impulsora, vigorizante y desencadenante del dinamismo procedimental, incita la actividad jurisdiccional al través de su ejercicio, el cual es único, homogéneo e inseparable, de forma tal, que su impracticabilidad por el órgano monopóli

co de su ejercicio, traería consigo el reposo, la quietud, el descanso de la dinámica jurisdiccional, como consecuencia de la carencia de su fuerza incitadora, y en esta inteligencia, se hace ineluctable el perfeccionamiento, la puntualización de su ejercicio, al través de la formulación de las conclusiones acusatorias, fastigio de la actividad ministerial, y solo existiendo esta acusación definitiva - una vez sopesadas, ponderadas una a una y en conjunto las probanzas aportadas al sumario, existirá el estímulo ineludible, para que el juzgador resuelva el fondo del asunto, aplique el derecho en abstracto al pedimento concreto, verifique la subsunción sinderética, el tránsito de lo fáctico a lo jurídico.

Tocante a la acción penal, manifiesta el maestro Rivera Silva: " . . . el ejercicio (de la acción penal) no solo comprende la consignación pues también abarca las actuaciones posteriores como son: aportación de pruebas, órdenes de comparecencia, aseguramientos precautorios, formulación de conclusiones, de agravios y alegatos, pudiéndose aseverar . . . que el desarrollo de la acción procesal penal iniciándose con la consignación llega a su momento cenital en la formulación de conclusiones."⁽¹¹⁾

(11) Rivera Silva, Manuel. Ob. cit. pág. 45.

Efectivamente, el ejercicio de la acción penal - no incorpora en su dinamismo unicamente el acto aislado de la consignación de los acontecimientos con apariencia de - lictiva al órgano aplicador del Derecho, sino por el con - trario, su actividad desarrolla amplitud de desempeño uni - forme y hermanado encaminado al movimiento de la actividad jurisdiccional desencadenante del proceso, por lo que son - de ordinario indispensables, las conclusiones acusatorias - como perfeccionamiento de la acción penal, para poder inci - tar de manera forzosa la resolución de fondo o aplicación - jurídica, al contenido fáctico, que ponga fin a la instan - cia.

Nuestro máximo tribunal, ha resuelto en diversas ejecutorias, que mediante las conclusiones acusatorias, se puntualiza el ejercicio de la acción penal.

El Código de Procedimientos Penales para el Dis - trito Federal, preceptúa, en su artículo 3o.: "Corresponde al Ministerio Público: I.- Dirigir a la policía judicial - en la investigación que esta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente - con su cometido o practicando el mismo aquellas diligen - cias; II.- Pedir al juez a quien se consigne el asunto, la practica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, -

sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades; III.- Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este Código (delito flagrante)- y pedir en los demás casos la detención del delincuente; - IV.- Interponer los recursos que señala la ley y seguir - los incidentes que la misma admite; V.- Pedir al juez la - práctica de las diligencias necesarias para comprobar la - responsabilidad del acusado; VI.- Pedir al juez la aplica - ción de la sanción que en el caso concreto estime aplica - ble; y VII.- Pedir la libertad del detenido, cuando ésta - proceda.

Por su parte, el numeral 136 del Ordenamiento - Adjetivo Federal de la materia, de contenido equivalente - al diverso transcrito, estatuye: "En ejercicio de la ac - ción penal, corresponde al Ministerio Público: I.- Promo - ver la incoación del proceso penal; II.- Solicitar las or - denes de comparecencia para preparatoria y las de aprehen - sión, que sean procedentes; III.- Pedir el aseguramiento - precautorio de bienes para los efectos de la reparación - del daño; IV.- Rendir las pruebas de la existencia de los - delitos y de la responsabilidad de los inculpados; V.- Pe - dir la aplicación de las sanciones respectivas; y VI.- En - general, hacer todas las promociones que sean conducentes - a la tramitación regular de los procesos."

Como puede patentizarse del contenido de los nu-

merales transcritos, la acción penal engloba una retahíla de diligencias procedimentales homogéneas entre sí, vigilantes de la armonía social que se vulnera con la aparición del evento fáctico delictivo, para que a través de ellas, se motive a que el órgano aplicador del Derecho, realice su cometido.

Afirma con razón, el maestro Colín Sánchez: "La acción penal se ejercita cuando el Ministerio Público formula conclusiones, afirman algunos autores; sin embargo, de acuerdo con nuestros puntos de vista . . . , será así hasta el momento de la consignación de los hechos ante el órgano jurisdiccional. Los actos del Ministerio Público, a partir de ese instante son de carácter persecutorio hasta en tanto se declara cerrada la instrucción, la que, entre otros efectos, los transforma en acusatorios, siempre y cuando formule conclusiones con ese carácter. Por ello, tampoco compartimos el criterio de quienes aseguran que la acción penal se transforma, porque lo mutable, debido a exigencias procedimentales, son los actos del Ministerio Público y no la acción penal; de esta manera, son investigatorios en la averiguación previa, persecutorios a partir de la consignación, y acusatorios al formular conclusiones en ese sentido."⁽¹²⁾

(12) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. pág. 420.

Ciertamente, la acción penal no se transmuta, - mantiene un contenido homogéneo, orientado a un mismo fin, y a través de la prosecución procedimental, su dinámica, - adquiere variados matices, necesarios de acuerdo a la etapa de su desdoblamiento, de forma tal, que en la averiguación previa experimentan un aspecto persecutorio investigatorio del suceso delictivo, durante el proceso adoptan la función comprobatoria, y finalmente en el plenario, muestran el perfil acusatorio decisivo de su ejercicio.

Se afirma por la doctrina, el carácter de irrevocable que en nuestro sistema jurídico posee la acción penal, conforme al cual, una vez ejercitada, el órgano que la ejerce en exclusiva, no está facultado para desistirse de ella, por tanto la única forma de resolver lo propuesto ante su ejercicio, es la sentencia definitiva.

Cabe señalar, por otra parte, que en nuestro procedimiento penal, la acción penal se encuentra regida por el principio de legalidad, acorde al cual una vez cubiertos los requisitos legales para su ejercicio, será indefectible para el órgano monopólico de ella, llevar a cabo su práctica. El principio de legalidad, es opuesto al de oportunidad, con arreglo al cual: "la acción penal no debe ejercitarse cuando así convenga a las razones del Estado, porque se turbe la paz social o se quebranten intereses políticos o de utilidad pública; campea un criterio de con

veniencia, que resulta muy perjudicial para satisfacer los anhelos de justicia, el ejercicio de la acción penal es - potestativo; se deja en manos del órgano del Estado resolver sobre su ejercicio."⁽¹³⁾

Siguiendo esta línea de pensamiento, atendiendo a las particularidades o características que sustentan el - ejercicio de la acción penal en nuestro sistema jurídico, - podemos afirmar, que una vez colmados los presupuestos legales para su ejercicio, el órgano encargado, deberá ejercitarla inexcusablemente, porque sobre ella tiene un derecho-obligación, de tal forma que las razones de conveniencia u oportunidad de su ejercicio, deben quedar a un lado, al menos es éste el principio que priva en nuestro procedimiento penal.

Por otro lado, si una vez, ejercitada la acción-monopólica del representante social, su ejercicio se torna irrevocable, pudiera pensarse, que una vez llevada a la - práctica moviendo la actividad del órgano jurisdiccional, - su ejercicio no requiere de ningún dinamismo ulterior, ya que al ser irrevocable, el juez deberá invariablemente resolver el fondo de la pretensión punitiva, lo cual es erróneo, en vista de que, como ya se apuntó, la acción penal -

(13) González Bustamante, Juan José. Ob. cit. pág. 46.

envuelve multiplicidad de actividades procedimentales homogéneas y dirigidas a un mismo fin: animar el movimiento de la actividad jurisdiccional, para que resuelva sobre el carácter delictivo de una conducta o conductas con matiz delictivo, a efecto de actualizar la pretensión punitiva del Estado, propensa a mantener el orden en el seno social; por tanto, como quedó señalado el ejercicio de la acción penal no implica un acto singular y aislado, sino multiplicidad de actos con una finalidad común. No obstante el principio de irrevocabilidad que comprende la acción penal, el Ministerio Público, actuando dentro del marco de la legalidad y fundado en principios de justicia, podrá solicitar el sobreseimiento o cesación del proceso, cuando de la causa se desprendan los datos suficientes que actualicen las hipótesis legales para su procedencia, apoyadas en los más elementales criterios de justicia, y razones de utilidad jurídica, sin que con esto, se aparte el ejercicio de la acción penal, de los principios de legalidad e irrevocabilidad que lo rigen. Efectivamente, sobre el particular consolida esta idea el distinguido maestro Rivera Silva: "Nuestro procedimiento penal se inspira en forma absoluta en el principio de legalidad, . . . no quedando, por ende, el ejercicio de la acción penal al capricho del Ministerio Público. Se ha rechazado la afirmación expuesta, invocándose las normas que reglamentan el no ejercicio de la acción penal, el desistimiento o solicitud de sobreseimiento

de la misma y la solicitud de libertad por parte del representante social. A esto cabe objetar que dichas normas, como se infiere de su cuidadoso estudio no se animan en principios de oportunidad, sino única y exclusivamente en la idea de que el Ministerio Público es una institución de buena fe y que como tal, tiene interés en que no se vaya a cometer la injusticia de castigar a quien no merece la pena, ya sea por que prescribió la acción penal; porque quedó comprobado que el inculpado no tuvo participación en los hechos; porque el proceder imputado no es típico, etc. En suma, porque legalmente no es acreedor a consecuencia condenatoria fijada en la ley . . . Todos los casos de no ejercicio de la acción penal o petición de desistimiento de la misma, están previstos en la ley, luego el principio de legalidad es absoluto en nuestro Derecho." (14)

En efecto, habida cuenta de que los supuestos legales que pueden dar origen al sobreseimiento de la causa, se encuentran revestidos de los principios de economía procesal, pero sobre todo del precípua valor justicia, es razonable que el Ministerio Público como institución de buena fe, y actuando dentro del marco de la ley, apoyado en los principios apuntados, posea facultades para solicitar el sobreseimiento del proceso. Los numerales 298 y 660 de-

(14) Rivera Silva, Manuel. Ob. cit. pp. 56, 57.

los ordenamientos adjetivos de la materia, de aplicación federal y en el ámbito del Distrito Federal, respectivamente, establecen las hipótesis que dan lugar a la procedencia del sobreseimiento, las que trasuntamos a continuación: "Art. 298.- El sobreseimiento procederá en los casos siguientes: I.- Cuando el Procurador General de la República confirme o formule conclusiones no acusatorias; II.- Cuando el Ministerio Público lo solicite, en el caso a que se refiere el artículo 138; III.- Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida; IV.- Cuando no se hubiere dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y aparezca que el hecho que motivó la averiguación no es delictuoso o, cuando estando agotada ésta, se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivó; V.- Cuando, habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos, esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar una nueva orden de aprehensión, o se esté en el caso previsto por la parte final del artículo 426; VI.- Cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculpado existe alguna causa eximente de responsabilidad; y VII.- Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado . . ."

Art. 660.- El sobreseimiento procederá en los casos siguientes: I.- Cuando el Procurador General de Justicia del Distrito Federal confirme o formule conclusiones

no acusatorias; II.- Cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida; III.- Cuando no se hubiere dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y aparezca que el hecho, que motiva la averiguación no es delictuoso o cuando estando agotada ésta, se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivó; IV.- Cuando habiéndose decretado la libertad por desvanecimiento de datos, esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión, o se esté en el caso previsto por el artículo 546; V.- Cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculcado existe alguna causa eximente de responsabilidad; VI.- Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado; y VII.- Cuando así lo determine expresamente este Código."

Ahora bien, una vez precisados algunos de los rasgos distintivos de la acción penal, se establece la necesidad de puntualizar su ejercicio, mediante el acto posterior de la actividad ministerial en la primera instancia: sus conclusiones. En este orden de ideas, cabe señalar que al dar las conclusiones acusatorias el perfeccionamiento a la acción penal, es insustituible su presencia en la instancia, pues sobre su base, partirá la actividad de la defensa, y la resolución de fondo que resuelve sobre la delictuosidad de los hechos y la responsabilidad del enjuiciado.

Con todo, a pesar de ser necesarias las conclusiones acusatorias, para perfeccionar la incriminación inicial una vez desahogadas las probanzas, aquéllas, en riguroso apego a la garantía que consagra el segundo párrafo del numeral 19 constitucional, deben ajustarse a la base procesal, que quedó establecida en el auto de plazo constitucional en aras de no trasponer la clasificación típica, sobre la cual se comprobó la corporeidad de la figura delictiva, verificada por el juzgador en uso de la facultad jurisdiccional.

No obstante, haber sido el designio legislativo de la garantía de litis cerrada prono a la invariabilidad de la base procesal, los tribunales federales, por razones de equidad, de rectitud, de ilusoria justicia mal solucionada, eligieron la engañosa, falsa y aparente solución de conferir la aptitud de definir la materia del juicio, o sea el tema del plenario o fastigio del procedimiento, al representante social, con lo cual, no solo le otorgan la doble función de juez y parte, sino que hollan y escarncen el designio del constituyente, plasmado en el segundo párrafo del numeral 19. En efecto, la eventual, incierta y aún latente posibilidad, de que la base procesal establecida por el aplicador del Derecho, en la resolución de plazo constitucional, no coincidiera con la verdad histórica obtenida en la etapa probatoria, y por ende, aunque comproba

da la responsabilidad penal que deviene al procesado, éste, en exacto acatamiento a la garantía de litis cerrada, no podría ser juzgado por la figura típica exacta en que acomodan los hechos delictuosos, en vista de que la base procesal ya quedó fijada, firme e inamovible; ante esta situación, las ejecutorias de los tribunales federales, han optado por brindar al Ministerio Público, la facultad de realizar la subsunción jurídica de los hechos, clasificarlos técnicamente conforme al tipo exacto, o sea comprobar el corpus delicti, en conclusión decir el derecho aplicable al evento típico verificable en el mundo de relación, o sea trasladar lo fáctico a lo jurídico, soslayando el valor de la base procesal propuesta por el juzgador en el momento exacto en que debía hacerse. Ante este desenlace, se menoscaba no solo la norma fundamental, sino la propia justicia procurada por nuestra ley suprema.

Ciertamente, la única cortapisa que encuentra el Ministerio Público para hacer caso omiso a la base procesal, y reclasificar los hechos criminosos, en el molde que a su dilatado criterio estime se adecuen, es la de no variar los hechos criminosos, como contenido fáctico del evento delictivo, pero ¿cómo podría hacerlo si ya quedaron consumados?

Dentro de nuestro sistema jurídico, sea cual fuere el sentido que posean las conclusiones del Ministerio -

Público, es decir: acusatorias o no acusatorias, respetando la base procesal o no, el juzgador deberá ser obsecuente ante la decisión final del órgano de la acción penal, - aunque en algunas ocasiones, este rigor decisorio se vea - atemperado por el procedimiento interno de revisión por el procurador o sus auxiliares, pero que por último pueden - clasificar erróneamente, desviar la puntual aplicación del derecho, función que no le corresponde al representante - social, pero finalmente, una vez trazado el marco de acusación o no acusación, el juez, ante el absurdo jurídico, deberá ceñirse a ese cerco, trazado por una de las partes, - sujeta a su jurisdicción.

Ante tan disparatada postura, el juzgador deberá absolver al procesado, sobre quien jurídicamente pesan las probanzas que determinan su responsabilidad penal, golpeando asperamente el valor justicia, que en apariencia fué - preservado por la interpretación de los tribunales de jurisprudencia.

La vinculación obligatoria de la decisión jurisdiccional hacia las conclusiones del Ministerio Público, - quien no encuentra coto racional alguno que le impida re - clasificar la base procesal, es pernicioso absoluto dentro de nuestro sistema jurídico.

Expresa su opinión sobre el particular, el reco-

nocido constitucionalista Héctor Fix Zamudio: "En el aspecto en el cual no existe un criterio preciso en la jurisprudencia de los tribunales federales, se refiere a si el desistimiento de la acción penal o las conclusiones no acusatorias vinculan al juzgador, porque en algunas resoluciones se ha estimado que aún en el supuesto de que estas actuaciones sean autorizadas por el procurador respectivo, - como jefe del Ministerio Público, el juez de la causa no está obligado por ellas, en virtud de que es facultad exclusiva de la autoridad judicial fallar de acuerdo con las constancias procesales, lo que nos parece un criterio acertado.

"Sin embargo, ha predominado la interpretación - que considera el desistimiento de la acción penal y a las conclusiones no acusatorias, autorizadas por el procurador respectivo, como obligatorias para el juzgador, quien debe decretar el sobreseimiento definitivo del proceso, con efectos equivalentes a la absolución del procesado. Este principio en la práctica, ha producido el fenómeno contrario a la extralimitación de los jueces, es decir, la hipertrofia del Ministerio Público. (15)

Aún, en desacuerdo con el papel fundamental que-

(15) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Ob. cit. pp. 55, 56.

se le ha otorgado a la función ministerial, dentro del procedimiento penal, se manifiesta el maestro Díaz de León: - "Estimamos equivocadas las concepciones doctrinarias y de jurisprudencia . . . , primero porque desvirtuan la naturaleza que de simples alegatos tiene las conclusiones acusatorias, para convertirlas en un descabellado acto procesal en el que se establece la pretensión punitiva al concluir la instrucción. Y segundo, porque tal forma de concebir - las conclusiones es totalmente contradictoria con el mas rudimentario conocimiento que se pudiera tener del proceso; éste es un método de debate que sirve para constatar - si la pretensión o en su caso la excepción, así como los hechos en que se basan, son correctas y verdaderas, con la finalidad de tutelar con la justicia, el interes demostrado y fundado en la sentencia; dicho método supone el conocimiento cierto, por parte de todos los sujetos de la relación procesal; pero principalmente del inculminado, de los hechos y de la pretensión punitiva sobre la que versará el proceso, desde el principio de éste, es decir, desde la - consignación misma, con objeto de saber a ciencia cierta - la materia de derecho penal sobre la que se va a litigar y probar durante la instrucción; consecuentemente, resulta - aberrante sostener que es hasta las conclusiones del Ministerio Público, cuando terminó ya la instrumentación y por tanto el procedimiento probatorio, donde se viene a determinar la acusación y mas bien la pretensión punitiva; ello

implica un proceso ciego, una instrucción absurda durante la cual no se sabe con precisión sobre que se debe actuar, probar o excepcionarse; es claro que de aquí sale perdiendo no unicamente la justicia o la defensa, que no sabe contra que defenderse, sino inclusive, el propio Ministerio Público que sufre por ello una mutación que le desfigura peligrosamente su calidad de parte en el proceso. Pero además, independientemente de que la Constitución determina categoricamente en su artículo 19 que "todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión" y de que al otorgar las aludidas facultades al Representante Social con ello se viola de manera franca el precitado artículo 19 constitucional, es inconcebible sujetar obligatoriamente al proceso y al juez, en cuanto a la fijación del delito sobre el que se debe fallar en definitiva, a la voluntad omnimoda de una de las partes como lo es el Ministerio Público." (16)

Ahora bien, como lo establecen los maestros García Ramirez y Adato de Ibarra: "Aún cuando el ejercicio de la acción penal implica, desde que se produce por medio de la consignación, la incriminación del inculpado, ésta se perfecciona sólo en el acto acusatorio final: las conclu -

(16) Díaz de León, Marco Antonio. Ob. cit. (Tomo I) pág. 431

siones del M.P., que fijan en definitiva el tema y los alcances de la sentencia. En nuestro Derecho, las conclusiones del M.P. poseen consecuencias vinculatorias para el ejercicio de la función jurisdiccional." ⁽¹⁷⁾ Efectivamente, como quedó asentado, el ejercicio de la acción penal, encuentra su momento culminante en la formulación de conclusiones, cuando la ilustración de la causa, a través del acervo probatorio reunido, da a conocer o se muestra propincuo al reconocimiento de la verdad histórica ansiada, y el Ministerio Público pueda tasar, apreciar y evaluar el caudal probatorio para determinar la acusación o inacusación definitiva, marcando en consecuencia su postura final, (con excepción del segundo supuesto, o sea el de inacusación, que como ya quedó apuntado se somete a la revisión del procurador de justicia y sus agentes auxiliares) a la que deberá dirigir su sentir o ánimo sentenciador, el aplicador del Derecho. No obstante, la actividad culminante del ejercicio de la acción penal, debe ajustarse con puntualidad a la base procesal fijada en el auto de plazo, en vista de que el cuerpo del delito que dió pábulo al proceso, quedó comprobado precisamente, en esa resolución, que a esas alturas quedó firme y adquirió robustez petrea e inamovible. Facultar al representante social para reclasi-

(17) García Ramírez, Sergio. y Adato de Ibarra, Victoria. Ob. - cit. pág. 441.

ficar los hechos criminosos en el molde típico que conforme a su apreciación es el exacto, equivale a autorizarlo para comprobar el cuerpo del delito, o sea, aplicar el Derecho a los hechos, ya que, no debemos olvidar que el Ministerio Público como autoridad investigadora en la fase de averiguación previa realiza las diligencias a que lo lleve el perfil delictivo de los hechos, para integrar en su concepto el cuerpo del delito, que deberá ser comprobado por el órgano adjudicador de la norma legal, es decir por el órgano jurisdicente.

Consecuentemente, en estricto acatamiento a la garantía procurada por el numeral 19 constitucional en su párrafo segundo, el cimiento procesal sobre el que partió el desdoblamiento instancial, una vez firme, será inamovible; y si el propio juzgador, está desprovisto de facultades para transmutar la base procesal por él propuesta, deriva obvio colegir, que ningún otro sujeto procesal podrá trastocar esa base, toda vez que sus pretensiones, están supeditadas al órgano decisorio y aplicador del Derecho, ante lo cual, la mutación de la catalogación típica jurisdiccional, efectuada por cualquiera de las partes, desquiciaría la función jurisdiccional, que serviría de mero objeto ornamental en el proceso, idea que desde luego, resulta de ingente desvario.

Podemos concluir, aseverando categóricamente, que

al Ministerio Público le está vedado mudar el criterio clasificatorio, comprobador del cuerpo del delito, que quedó establecido en el auto de plazo constitucional, y que al alcanzó firmeza coetaneamente con la resolución, o al resolverse el recurso interpuesto, debiendo en consecuencia, el representante social, puntualizar su labor en el sentido - que sea conducente, pero acatando ante todo la intransmutable base procesal, si bien las conclusiones son el límite a la actividad del sentenciador, la catalogación típica verificada en la resolución de plazo constitucional, es el - cerco, del cual no deberá salir el momento cenital de la - acción penal, unicamente de ese modo se estará en estricta veneración a la garantía de litis cerrada.

**3.- LA DEFENSA DEL PROCESADO Y EL OBICE INQUEBRANTABLE,
MOTIVADO POR LA VARIACION CLASIFICATORIA DE LA
FIGURA TIPICA BASE DEL PROCESO.**

Entre nosotros, el procedimiento penal ajusta la indispensable función de la defensa, no solo a la facultad del procesado, elevada al rango de derecho fundamental público subjetivo, sino además afirma su presencia sobre el soporte de la obligatoriedad defensiva. En efecto, al dar lectura a la fracción IX del precepto 20 de nuestro ordenamiento fundamental, descuella diáfano el aserto anterior; su texto es del tenor siguiente: "Art. 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: . . . IX.- Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defenso-

res, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que este se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite. ."

La función de la defensa, es conceptuada por algunos tratadistas como premisa menor del silogismo procedimental, o sea, la antítesis del discernimiento ministerial, opuesto y complementario a aquella, para así, poder intuir el juicio, o síntesis de acusación y defensa. La fracción-arriba transcrita, del numeral enunciado, garantiza el derecho de defensa de todo acusado en juicios del orden criminal, reputando los vocablos acusado y juicio, en su significación mas amplia, a saber: por acusado; inculcado en cualquier fase procedimental, comprendiendo desde el indiciado hasta el sentenciado inclusive; en tanto que por juicio, debe interpretarse: cada una de las etapas del desdoblamiento instancial, partiendo de la etapa indagatoria - prejurisdiccional, o sea la averiguación previa al ejercicio de la acción penal, según se patentiza en la fracción-en comento. Ciertamente, la parte conducente de la fracción del numeral invocado expresa: ". . . El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido . . ." La doctrina nacional, es unánime en señalar la fac-

tibilidad de intervención defensiva en la etapa de preparación de la acción penal; ya que al señalar el constituyente "desde el momento en que sea aprehendido", no cabe duda colegir, a través de una hermenéutica pura, que el máximo-legislador empleó el término "aprehensión" como sinónimo - de detención, misma que puede tener lugar a partir de la - flagrancia delictiva como lo establece el diverso 16 del - propio ordenamiento fundamental, y si bien, la detención - puede obedecer al cumplimiento de la correspondiente orden de captura librada por órgano jurisdicente, el derecho a - nombrar defensor ante la autoridad jurisdiccional, ya se - encuentra asegurado por la tercera hipótesis legal de la - propia fracción en estudio, consecuentemente, derivaría - tautológico preservar reiteradamente el derecho defensivo - ante el órgano jurisdicente.

Es laudable el reconocimiento, que sobre este - mandato constitucional han verificado las legislaturas es- - tatales; ciertamente, al decir del maestro Arilla Bas: - " . . . es incuestionable que las leyes secundarias pueden reglamentar la intervención de defensor en las diligencias de averiguación previa, como hizo por vez primera el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de - 1961 (artículo 152, fracción II)" ⁽¹⁸⁾ Hoy en día, las le -

(18) Arilla Bas, Fernando. Ob. cit. pág. 76.

yes adjetivas penales para el Distrito Federal y para el fuero federal respectivamente, merced a sendas reformas, reconocen la aptitud defensiva del indiciado, durante la averiguación previa; efectivamente, por lo que hace a la regulación del procedimiento penal en el Distrito Federal, por decreto de 26 de Diciembre de 1981, publicado en Diario Oficial de 29 del mismo mes y año, se creó el artículo 134 bis, que en su último párrafo a la letra dispone: " . . . Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio."; esta disposición encuentra correspondencia con el numeral 17 de la ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, que en lo conducente estatuye: "Art. 17.- Los defensores de oficio, peritos y trabajadores sociales, se encontrarán distribuidos en las siguientes adscripciones, para una eficiente prestación del servicio: I.- Averiguaciones previas y juzgados calificadores; . . . "

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales, consigna en su artículo 128, el derecho en manos del indiciado de designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda; el numeral de cuenta, introdujo el reconocimiento a la actividad defensiva en la fase indagatoria previa a la acción penal, a partir de su-

reforma en el año de 1983, sobre la que comenta el maestro Ovalle Favela: ". . . La misma adición señala también a la detención como el momento a partir del cual se debe hacer saber al indiciado el derecho que tiene para designar de defensor y para que el Ministerio Público reciba las pruebas de descargo que el propio inculpado o su defensor aporten dentro de la averiguación previa . . . Asimismo, el Ministerio Público deberá tomar en cuenta las pruebas de descargo aportadas por el detenido y su defensor, en el acto de la consignación o de la liberación de aquél. La parte final del mismo artículo 128 prevé que cuando no sea posible el pleno desahogo de las pruebas de la defensa, 'se reservan los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial.' Es evidente que esta imposibilidad debe ser plenamente justificada y no quedar al criterio discrecional del agente investigador; y que, de acuerdo al espíritu de la reforma, debe ser la excepción y no la regla, cuando la defensa haya propuesto las pruebas."⁽¹⁹⁾

En la actualidad, el artículo 128 del ordenamiento invocado, después de haber sufrido nuevas reformas, en el año de 1991, mantiene a salvo no solo el derecho a de -

(19) Código Federal de Procedimientos Penales, comentado por el Licenciado José Ovalle Favela. Serie Legislación Mexicana. Procuraduría General de la República. Instituto Nacional de Ciencias Penales. segunda Edición. México, 1985. pág. 14.

signar defensor en la etapa de averiguación previa, sino - que norma esa actividad defensiva, autorizando la recepción de probanzas de descargo que permitan disipar los elementos que acrediten el factible ejercicio de la acción penal. El texto vigente del numeral de referencia, en la parte conducente a nuestro estudio, expresa: Art. 128.- "Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido, o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma: . . . II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y en su caso, el nombre del denunciante, así como los siguientes derechos: . . . b) El de designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda o auxilie, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación, y . . . IV.- El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de la consignación o de la libertad del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas."

No obstante encontrarse instituido por nuestra Carta Magna el derecho de defensa desde el momento de la aprehensión, es encomiable su reconocimiento expreso por las leyes secundarias.

Volviendo nuestra atención, al precepto 20 fracción IX del Código fundamental del país, se evidencia de su contenido, que la defensa es figura indispensable en el procedimiento penal, y su actividad es ineluctable, aún en contra de la voluntad del inculpado; la intervención defensiva es el elemento equilibrante en la contienda jurisdiccional; es contrapeso de la actividad, normalmente acusadora del representante social. A partir del derecho fundamental, consagrado por la fracción a estudio, el inculpado tiene derecho a defenderse por sí o a través de persona de su confianza, lo que revela la extrema amplitud que le es conferida al inculpado para nombrar defensor a la persona o personas que estime idoneas sin interesar si son versadas o no en el campo jurídico; con todo, estimando lo abstracto de algunas cuestiones de evidente elevado rigor técnico jurídico, es aconsejable para bien del inculpado, que efectúe la designación de defensor sobre personas que posean la capacitación profesional estricta al correcto desempeño de la técnica defensiva; apreciando asimismo, que la actividad jurisdiccional en nuestro sistema jurídico, en altísimo porcentaje se encomienda a jueces profesionales, dejando muy exiguo margen a la actividad del jurado popular, y si por otra parte la actividad acusadora se deposita monopolicamente en la institución del Ministerio Público, que se encuentra representada por profesionales del Derecho, es imperativo positivo, que frente a la función -

acusadora siempre aparezca la defensa por profesionales - del Derecho.

El Código Federal de Procedimientos Penales, ha tratado de dirigir la elección defensiva del inculcado, hacia el sector de la defensa profesional, o al menos atemperar la facultad que posee de confiar su defensa en cualquier persona, lo cual en principio, denota un matiz de - inconstitucionalidad a pesar del indulgente espíritu legislativo, ceñido por el numeral 160, que no obstante se dirige en cierta forma a la atemperación del perfil inconstitucional, al través de la adición de un segundo párrafo, en el año de 1986; el texto del precepto referido expresa:

"Art. 160.- No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que esten procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo II título decimosegundo del libro segundo del Código Penal, ni los ausentes, que por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.

"Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculcado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a-

la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, - un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente - al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa . . ."

Pese a la benignidad que refleja el ánimo del legislador, el precepto reproducido, coarta la dilatada facultad en manos del inculpado para nombrar como defensor, - a cualquier persona de su confianza, tal y como lo anheló el legislador constituyente. Ciertamente, el numeral 160 - del ordenamiento adjetivo penal de aplicación federal, segrega de la amplísima facultad de elección que la Carta - Fundamental confiere al inculpado para nombrar defensor, a las personas que en forma casuística enuncia el primer párrafo del precepto en comento, entre las que aparecen los - presos, las personas sujetas a proceso, los condenados por delitos de abogados, patronos y litigantes y los ausentes, que no puedan asumir el cargo conferido dentro de las 24 - horas siguientes a su designación.

Por lo que hace a los primeros, es decir a los - segregados del medio social, precisamente su calidad de - cautivos impediría la atención y aplicación necesaria a - una defensa eficaz; en lo que toca a los procesados, la limitación, deviene de la disposición consagrada por la fracción II del precepto 38 constitucional, en concordancia -

con la fracción II del diverso 35 ibidem; efectivamente, - la fracción II del numeral 38 constitucional, dispone que se suspenden las prerrogativas de los ciudadanos, a partir de la fecha del auto de formal prisión que defina la situación jurídica del ciudadano cuyas prerrogativas se suspenden, y por otra parte, la fracción II del precepto 35 ibidem, expresa como prerrogativas del ciudadano: "Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley." ; respecto a la segunda hipótesis que comprende la fracción indicada en último lugar, expresa el maestro Francisco José de Andrea Sánchez:- " . . . Por último, esta fracción también establece la prerrogativa del ciudadano mexicano de poder ser nombrado para cualquier otro empleo o comisión, con lo cual se cubren aquellos puestos o cargos que no son de elección popular . . . " ⁽²⁰⁾ ; de esta exégesis doctrinal, deriva la privación de actividad en defensa de otro, por procesados, siempre y cuando no sea en causa propia, aunque a decir verdad, esta limitación deriva tautológica, ya que como se ve, su prohibición la establece la propia Carta Fundamental.

En relación a los condenados por delitos de abogados, patronos y litigantes, estarán impedidos para ac -

(20) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Ob. cit. pág. 94.

tuar en defensa del inculpado que solicite sus servicios, -
empero, esto es en razón de la medida de seguridad impues-
ta al través de la sentencia condenatoria, consistente en-
la suspensión de derechos para el ejercicio de profesión o
empleo, por lo que de igual forma, resulta reiterativa es-
ta prohibición.

Por último, tocante a los ausentes, impedidos pa-
ra apersonarse a aceptar el cargo de defensor que se les -
confiere e iniciar las actividades propias de esa naturale-
za, es obvio que su nombramiento resultaría ocioso, en vis-
ta de que el dinamismo defensivo que a través de su perso-
na, se podría esperar, sería quimérico, al no poder estar-
físicamente presentes.

Volviendo al artículo 160 del Código Adjetivo de
la materia de aplicación federal, en su segundo párrafo, -
encuentra relación con el numeral 28 de la Ley Reglamenta-
ria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio
de las profesiones en el Distrito Federal, que a la letra
dispone: "En materia penal el acusado podrá ser oído en de-
fensa por sí o por medio de persona de su confianza, o por
ambos, según su voluntad. Cuando la persona o personas de-
la confianza del acusado, designados como defensores no -
sean abogados, se le invitará para que designe, además, un
defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este
derecho, se le nombrará el defensor de oficio."

Estimamos que tanto el segundo párrafo del artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, como el reproducido artículo 28 de la ley reglamentaria del artículo 50. constitucional, hallan estricto apego al dispositivo constitucional regulador del derecho público fundamental de defensa, en vista de que aparte de acatar y reiterar la facultad procesal de libre designación de defensa, ensancha su contenido, asegurando el cumplimiento del mandato constitucional extendido, garantizando el derecho de defensa por letrados, en caso de que el defensor designado no posea esa calidad; y evocando la idea unánimemente aceptada, de que la Constitución establece solo el mínimo de derechos que la autoridad debe reconocer al gobernado, por lo que la ley secundaria puede ampliar ese mínimo de derechos y otorgar al individuo nuevos y mayores derechos frente al poder público cuando ello resulte conveniente y no se vulneren los intereses de la sociedad, derivan apegados al mandato constitucional, los preceptos de las leyes secundarias referidos.

Afirma con entera veracidad el maestro Cipriano-Gómez Lara: " . . . El abogado es, en nuestro sistema, desde luego un licenciado en derecho, que se dedica a asesorar, a patrocinar y a representar, ante los tribunales, a sus clientes. Es decir, en rigor no todo licenciado en derecho viene a ser un abogado, aunque todo abogado, en nues

tro sistema, debe ser licenciado en derecho, es decir, debe poseer el título respectivo . . " (21)

Compartimos sin reserva lo asertado por el maestro Gómez Lara, y sin que sirva de obstáculo, cabe también afirmar, que en ajustado sometimiento al dispositivo del Código fundamental contenido en el artículo 20 fracción IX, la actividad de la defensa podrá ser ejecutada por cualquier persona que designe el inculcado, posea o no, el grado académico de licenciado en Derecho.

Afianzado el derecho público fundamental subjetivo de defensa, y elevado al plano de lo imprescindible, por la fracción IX del artículo 20 constitucional, la garantía de defensa, se estrecha irreductiblemente con los demás derechos consagrados por el propio numeral constitucional de referencia, de tal forma que la ocupación de la actividad defensiva encuentra sustento en un sistema armónico de derechos fundamentales, que administrados entre sí, y obsecuentes en su acatamiento, dan pábulo al correcto perfil defensivo.

Efectivamente, las fracciones III, IV, V y VII, conjuntamente con la fracción IX del artículo 20 del Orde-

(21) Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Universidad Nacional Autónoma de México. Séptima Edición. México, 1987.-pág. 215.

namiento fundamental del país, fijan las pautas mínimas y básicas, para que todo inculpado en el procedimiento repressivo, pueda pergeñar su actividad defensiva; en efecto, el inculpado podrá preparar su defensa, solamente después de conocer los hechos con aspecto delictivo que le son imputados, así como las pruebas y fundamentos jurídicos que sirven para integrar la corporeidad delictiva, de la figura típica en que engaste el contenido delictual imputado, así como para hacer probable su responsabilidad en los hechos. Es la fracción III, del referido artículo 20 constitucional, la que garantiza el derecho del inculpado, a ser enterado de la imputación de los hechos criminosos que se le atribuyen, así como a conocer el nombre de su acusador, es decir de la persona que le imputa su autoría o participación en los hechos con perfil delictivo, para que una vez informado debidamente de la imputación en su contra pueda, si así lo desea rendir su declaración preparatoria en relación a la imputación inculpativa, lo cual significa, que la diligencia de declaración preparatoria, mantiene preponderancia defensiva, y no de cargo. La fracción invocada, es del tenor siguiente: "Art. 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: . . . III.- Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho-

punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria."

Otro derecho primordial consagrado por el numeral a estudio, lo es el referente a la exigencia de presentar personalmente frente al imputado a todas aquellas personas que depongan en su contra, para así, estar en disposición de objetar las deposiciones que lo incriminan, e inquirir a sus deponentes, a efecto de desvirtuar los elementos de cargo que obran en su contra, se trata en consecuencia de un derecho de defensa elevado a nivel de derecho fundamental público subjetivo consagrado por la fracción IV del artículo 20 constitucional, que estatuye: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: . . . IV.- Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, - si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacer les todas las preguntas conducentes a su defensa."

La finalidad del careo, como se desprende de la fracción reproducida, en este caso, no pretende despejar la incertidumbre provocada por declaraciones confusas o antitéticas y discordantes, sino la de presentar en forma personal a quienes formulen deposiciones en contra del inculpado, para que éste los vea y conozca, disipándose así la posibilidad de fraguar artificialmente testimonios en -

su contra, y proporcionándose asimismo el derecho de que el imputado los interroge sobre los datos que estime pertinentes a su defensa. Este careo, es conocido por la doctrina como constitucional, a diferencia del procesal, que requiere para su emanación, de la existencia de deposiciones contradictorias o antónimas, es éste según opinión de un sector de la doctrina, un medio especial de prueba, por cuanto concurren factores de naturaleza psíquica en la actitud de los careados, y funciona especialmente para aclarar lo confusamente aportado sobre un mismo hecho o circunstancia, por lo que no cabe duda que propende como todo medio de prueba a la obtención de la verdad real de los hechos controvertidos concurrentes en la instancia.

Sobre la razón expuesta, debe en consecuencia practicarse el careo constitucional, o sea el derecho de defensa tutelado por nuestra ley suprema y elevado al rango de derecho fundamental, siempre que existan deposiciones en contra del inculcado, y los deponentes se encuentren en el lugar donde se desarrolla el correspondiente procedimiento, sin que de ordinario se requiera que de lo declarado aparezcan dichos contradictorios, requisito éste, esencial de los careos procesales, como medio probatorio.

El propio numeral 20 de la ley fundamental, garantiza el derecho del inculcado a ofrecer todas las pruebas conducentes a su defensa, esto significa que la ampli-

tud de los medios probatorios de que puede valerse el impu
tado es libre en su extensión, debiendo ajustarse a nues -
tro entendimiento, unicamente a los principios generales -
que rigen en materia probatoria, a saber: el de idoneidad,
factibilidad jurídica, y procedencia moral. Igualmente, el
numeral a estudio asegura, por lo que hace a la prueba tes
timonial, el auxilio de la autoridad jurisdiccional, hacia
la obtención de la comparecencia de las personas cuyo tes -
timonio solicite el inculpado, en provecho de su defensa, -
siempre que se hallen en el lugar del proceso. Este dere -
cho, lo consagra la fracción V del precepto invocado, que -
a la letra expresa: "Art. 20.- En todo juicio del orden -
criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías: . . -
. V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que -
ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime nece -
sario al efecto y auxiliándosele para obtener la compare -
cencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre -
que se encuentren en el lugar del proceso."; esta fracción,
es concordante con el contenido del último párrafo del nu -
meral 314 del Ordenamiento Adjetivo Penal de aplicación en
el Distrito Federal.

Por su parte, la fracción VII del pluricitado ar
tículo 20 constitucional, señala: "Le serán facilitados to
dos los datos que solicite para su defensa y que consten -
en el proceso." Esta fracción, confirma el derecho en ma -

nos del imputado, de obtener las constancias de la causa - que estime idoneas para enderezar el exacto perfil de su - defensa, esto implica que las prácticas inquisitoriales - que mantenían secreta la acusación, ocultando al acusado - los datos que pudieran serle convenientes a su defensa, - quedan desterradas concluyentemente en nuestro sistema pe- nal, y por el contrario ninguna actuación podrá quedar - oculta a los ojos del inculpado.

La ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Uni - dos Mexicanos, es acorde con los derechos de defensa, ele- vados a la calidad de subjetivos fundamentales, anterior - mente registrados, y en la parte conducente a ellos, expre - sa en el artículo 160, textualmente: "Art. 160.- En los - juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: I.- Cuando no se le haga saber el mo - tivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nom - bre de su acusador particular si lo hubiere; II.- Cuando - no se le permita nombrar defensor, en la forma que determi - na la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista - de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nom - bre del adscrito al juzgado o tribunal que conozca de la - causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le fa - cilite la manera de hacer saber su nombramiento al defen -

sor designado; cuando se le impida comunicarse con él o -
que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del pro-
ceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin-
manifestar expresamente que se defenderá por si mismo, no-
se le nombre de oficio; III.- Cuando no se le caree con -
los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran
su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando tam-
bién el quejoso en él . . . VI.- Cuando no se le reciban -
las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se reciban
con arreglo a derecho; . . . VIII.- Cuando no se le sumi-
nistren los datos que necesite para su defensa.

Alcanza preponderancia sin paralelo en el contor-
no de la actividad defensiva del procesado, el derecho a -
ofrecer y desahogar las probanzas conducentes al desvaneci-
miento de los fundamentos incriminatorios que obren en su-
contra; "La defensa es por tanto, el derecho de probar con-
tra la prueba, el derecho a demostrar que la autoridad pro-
bó errónea o insuficientemente." ⁽²²⁾ Es motivo de farragosa
discusión entre la doctrina, el tópico atinente a la vigen-
cia del principio de la carga procesal en el ámbito del -
procedimiento penal; empero, pese a ello, y dada la cali-
dad de imperativo discrecional que guarda la carga en el -

(22) Herrera Lasso y Gutierrez, Eduardo. Garantías Constitucionales en
materia penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Primera -
Edición. México, 1979, pág. 94.

plano procesal, esto es, de actividad de realización facultativa que pesa sobre las partes a actuar en provecho propio, a diferencia de obligación en el sentido estricto de la teoría general del Derecho, esto significa, sin que sea óbice la dificultad de penetración en el marco de divergencia entre obligación y carga desde el estudio de la teoría general del Derecho; que en cambio, en el plano de la teoría general del proceso se ha reputado a la carga probatoria no como obligación estrictamente, sino como la conminación o compulsión hacia la actuación procesal de las partes, como imperativo de un interés propio, a diferencia de la obligación, que se dirige a la necesidad jurídicamente imprescindible de actuar en el sentido de satisfacer un interés ajeno bajo la amenaza de la coercitividad de los órganos estatales competentes. Se ha discutido, del mismo modo, que el Ministerio Público, carece de carga subjetiva de actuación, ya que al accionar no lo hace en interés propio, sino en interés ajeno, o de la sociedad que representa, o sea, que sobre el representante social, la carga no tiene eficacia de incentivo hacia su actuación, en vista de que el interés de su actuación no solo no obedece a un interés subjetivo, sino que su accionar se encamina al deber derivado de la titularidad de la pretensión punitiva del Estado, confiada en la institución del Ministerio Público, no obstante, en razón de la finalidad sui generis -

del proceso penal, de perseguir el conocimiento de la verdad histórica del contenido fáctico con matiz delictivo a fin de resolver con justicia el fondo del asunto de contenido criminal, y en consecuencia alentar el despliegue de la actividad de los órganos estatales para preservar la armonía de los elementos de la sociedad, la carga probatoria se observa como una regla de conducta conminatoria dirigida a las partes, para estimularlas a que en beneficio de sus intereses colmen las fases procedimentales con su actividad, y la instancia no solo no corra el riesgo de verse demorada en su desdoblamiento, sino que a través del acervo probatorio aportado a la causa, lleven al ánimo del juzgador la posibilidad de resolver inconcusamente condenando o absolviendo en justicia. Con razón afirma el maestro Rivera Silva: "La carga de la prueba, o sea, la determinación de la persona obligada a aportar pruebas, no existe en materia penal, pues nadie, en particular, está obligado a aportar determinadas pruebas para acreditar ciertos hechos y todos están obligados a ayudar al esclarecimiento de la verdad histórica. No es válido el principio: 'quien afirma está obligado a probar', pues la búsqueda de la verdad en materia penal, es independiente de que quien afirme pruebe o no su aseveración. El artículo 248 del Código del Distrito Federal es una supervivencia de sistemas pretéritos sin ninguna vigencia en el presente." (23)

(23) Rivera Silva, Manuel. Ob. cit. pág. 200.

La teleología del procedimiento penal, y el imperativo de carácter facultativo que recae en las partes, nos lleva a asertar, que éstas deben aportar los medios probatorios orientados a sus intereses condignos, y en lo atinente a la defensa, la evacuación de los medios de prueba conducentes a su provecho, debe verificarse indispensablemente como aspecto predominante de los quehaceres de la defensa; empero, para que la defensa pueda llevar a la causa los medios de prueba pertinentes e idoneos a la finalidad que solicita, debe poseer la representación plena del thema probandum, es decir del objeto de prueba, para lo cual debe saber el material típico exacto que sirvió de base al proceso, que alentó la incoación del mismo, y que se precisó al través del auto de plazo, para que a partir de él indague sobre los medios de prueba aptos para su defensa; efectivamente, si lo que debe probarse en el proceso, se circunscribe a los hechos conformadores del momento histórico delictual, que engastó dentro de los límites de la descripción legislativa típica, al integrar la corporeidad delictiva concreta, así como la autoría o participación delictiva del encausado, e incluso como afirman algunos tratadistas, la personalidad del delincuente, como objeto de prueba; resulta claro, que el conocimiento sobre la figura típica que es materia del proceso, es indefectible para saber el objeto de prueba mediato, o sea "lo que hay que probar en el proceso en general" y así colegir el objeto pro-

batorio inmediato, es decir "lo que hay que determinar con cada prueba que en concreto se lleva al proceso"⁽²⁴⁾, para que en consecuencia puedan aportarse los medios de defensa precisos, idóneos y convenientes a los intereses del quehacer defensivo. En otras palabras, si el proceso penal emana y se sustenta a partir de la comprobación de la corporeidad delictiva de la figura típica en que se haya adosado el contenido fáctico del acontecimiento espacio-temporal perpetrable en el mundo de relación, con matices delictivos, así como la responsabilidad penal probable que devenga a un individuo sobre quien se desploman los argumentos inculminatorios que hacen presumir su autoría o participación en el evento fáctico criminal, deriva diáfano, a todas luces que el afán defensivo del encausado, deberá orientarse hacia la mixtificación o destrucción del corpus delicti, comprobado por el juzgador a través del proveído bien preso, que da génesis a la prosecución procesal, o tornarse, en su defecto a la desvinculación de la intervención conductual, imputable y culpable del inculpado, sobre el evento delictual.

Es irrefragable en consecuencia, que el procesado y la defensa deberán encausar el sendero defensivo sobre el tema integral del proceso, o sea el tipo o tipos de

(24) Rivera Silva, Manuel. Ob. cit. pág. 206.

finidos y precisados por el juez al comprobar el cuerpo del delito, ya que, en estricto rigor técnico, el cuerpo del delito no existe, sino hasta que el juez lo compruebe, por lo que, siendo disímbolos entre sí los elementos componentes de las figuras típicas, la variación inopinada del cuerpo del delito una vez consolidado como cimiento procesal, suscitaría la excisión abrupta o cesación tajante del derecho de defensa. Resulta palmario, que el estudio amplio y sereno, la elucubración disquisitiva extensa y pormenorizada que sobre los elementos típicos que conforman la corporeidad delictiva verifique el defensor, que por lo tanto debe ser versado, no solo en el campo jurídico, sino concretamente en el ramo del Derecho Penal, se encamina al estudio de la base procesal, perquiriendo en forma vasta el objeto probatorio, que lo lleve al uso de los medios probatorios suficientes idoneos y capaces de quebrantar la base procesal destruyendo el corpus delicti comprobado, o al menos desligando la participación delictuosa del procesado, por lo tanto, la variación de la base procesal representada por el cuerpo del delito y la responsabilidad presunta del procesado, si incide categóricamente en la oportunidad de defensa, es decir en la ocasión de desvirtuar esa base que pesa sobre los intereses del imputado. A la luz de estas ideas, estimamos inaceptable, en consecuencia, el criterio sostenido por el maestro jalisciense Julio Acero, en referencia a la constancia de la oportunidad defensiva,

sin que obste la mutación del cimiento procesal sobre el período del plenario, en efecto, el citado tratadista sostiene: "Se alega que aún con el cambio de clasificación se vulneran los intereses de tal defensa, porque esta tiende a preparar los descargos no solo discutiendo los hechos, sino también su apreciación legal concretamente fijada en el auto de prisión y en las conclusiones. Si el nombre delictuoso se altera, se alteran también los elementos de punibilidad en que primeramente se había fijado la atención del reo. Los caracteres legales del robo no son los mismos del fraude y si por el primer delito se anunció el proceso o se citaron los artículos correspondientes por el acusador social, no tiene que preocuparse el detenido mas que por desvanecer los elementos de aquella categoría, pero no se le puede exigir que atienda a otros ni menos se le puede atacar por razón de estos otros de cuya aplicación no se le previno . . . precisamente en abierta oposición con el procedimiento civil, formal y convencional, el procedimiento penal tiene que ser esencialmente humano y efectivo porque tiende a combatir un mal social: el delito, no en su esencia conceptual o abstracta, sino en su traducción práctica de actos nocivos de los delincuentes. Fijar su resultado por la discusión legalista de fórmulas y etiquetas y sancionar con la absolución la defensa reducida exclusivamente a tales fórmulas y no fundada en el fondo de las cosas, es desvirtuar todo el objeto del proceso, convertir

el debate de los hechos en debate de palabras y tomar el contingente (sic) por el contenido. La defensa que se reduzca a prevenir el descarte de uno solo de los nombres o aspectos del acto reputado delictuoso en vez de pensar en desvanecerlos todos o en demostrar la inocuidad en general cuando no la inexistencia de tal acto, es una mísera defensa que no puede reclamar ningún éxito contra los intereses sociales."⁽²⁵⁾

Debe quedar claro, que los hechos, acaecimientos o sucesos verificables en el mundo de relación, no poseen relevancia para el Derecho Penal, o sea son carentes de sanción jurídica y por tanto no incitan la reacción de los órganos del Estado, entretanto no se ajusten puntualmente a los tipos, contenidos en los catálogos de delitos que prevén las diversas leyes penales, y todavía, el proceso no nace sino hasta que el juzgador verifica la subsunción o traslación de lo fáctico a lo jurídico, al comprobar el cuerpo del delito, y la probable responsabilidad penal del imputado, por lo que es claro concebir, que los hechos con traza delictiva, no dejan de ser hechos con aperiencia relevante para el mundo del derecho punitivo, que darán lugar al proceso, una vez que hayan engastado en alguna figura típica, y se efectúe la comprobación de la corporeidad-

(25) Acero, Julio. Ob. cit. pp. 148, 149.

delictiva por el juzgador, por eso, es explicable que dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores al ejercicio de la acción penal con detenido, se de a conocer a éste, - la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible, no así el tipo concreto, en vista de que hasta ese momento, el juez no ha efectuado la - subsunción o traslación del mundo extrajurídico al legal, - que permita incoar el proceso, merced a la existencia de la corporeidad delictiva; consecuentemente, es el cuerpo del delito, la entelequia, el quid, que da vida al proceso penal, y la instrucción marchará por el marco trazado por el juzgador en el auto de formal prisión; la discusión sobre hechos con carácter delictivo, resulta pues, insubstancial en el campo jurídico penal, toda vez que las figuras típicas dan origen a las infracciones penales, entonces, si el corpus delicti, quedó plenamente comprobado, para dar surgimiento al proceso, y éste requiere para su comprobación - la puesta en juego de la altísima calidad sinderética y - providente arbitrio judicial, propios del juzgador, deriva absurdo y desatinado, querer dirigir el desarrollo de la - instancia sobre hechos, y no sobre figuras delictivas, bien definidas y precisadas en el auto de la base procesal, por lo tanto, no es el cambio de nomenclatura técnica lo que - complica y embaraza la postura defensiva, sino la figura - típica variada, con todos sus elementos constitutivos que es dada a conocer al procesado, cuando la oportunidad pro-

batoria se divisa a lo lejos en tiempo pretérito; los hechos por tanto no representan nada en tanto no accedan a un tipo penal, y se compruebe su corporeidad delictiva, en tal virtud, la dogmática jurídica debe hacerse patente en todo proceso, al estudiar la defensa el tipo concreto cuya corporeidad vió la necesidad de incoar el proceso penal, - inquiriendo cualquier resquicio que de pábulo al perfil defensivo del procesado, no debe pasarse por alto, como lo afirma Vázquez Rossi, que: " . . . el proceso penal es un sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, sus mecanismos de comprensión y aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta realiza y actúa." ⁽²⁶⁾ La instrucción y el debate en el proceso, deben sostener la vista, no en los hechos - con aspecto delictivo, ya que estos, quedaron individualizados en la entidad delictiva cuya corporeidad comprobó el juzgador, y es justamente la figura típica puntualizada en el auto de plazo, el sustentáculo en que se adosa el proceso, y no en hechos ilícitos con perfil delictivo, que bien pueden o no engastar en las descripciones legislativas penales, y por tanto la comprobación de su corporeidad delictiva ser contingente o eventual, lo que no ha codiciado seguramente el legislador constituyente, al disponer que la-

(26) Citado por Zamora Pierce, Jesús. ob. cit. pág. 346.

comprobación de la corporeidad delictiva es requisito sine qua non al auto de bien preso, es decir sería inimaginable concebir un proceso sin la comprobación del cuerpo del delito que le da génesis.

Continuando en este orden de ideas, reputamos - del mismo modo inexacto el juicio del maestro Borja Osorno, en relación a la capacidad defensiva del procesado, ante la variación inopinada de la figura delictiva base del proceso, en cuanto que señala: " . . . el acusado se defiende de una conducta que se le imputa y no del nombre jurídico que se dé a esa conducta; no podemos llegar a la conclusión de que se le deje sin defensa cuando hay un cambio de nombre jurídico, máxime que el acusado, por regla general, no tiene conocimientos profundos en la ciencia jurídica." (27)

Insistimos sobre este punto, que no es la nomenclatura técnica de la figura típica lo que aqueja a los quehaceres defensivos, sino la mutación clasificatoria en otra entidad delictiva, que naturalmente no posee los mismos elementos que la otra figura típica en que inicialmente empotró el contenido fáctico delictivo, no existen figuras típicas idénticas, ya que ello haría tautológico el contenido de una de ellas, incluso el concurso de normas,-

(27) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. pág. 404.

incompatibles entre si, siempre es aparente (privando en la actualidad el principio de la especialidad que consagra el artículo 6o. del Código Penal Federal); es inconcuso en nuestro concepto, que el dinamismo sobre el que camina el desdoblamiento instancial debe mirar al tipo penal que concretamente se comprobó en su corporeidad, así como a la actividad típica que desplegó el probable autor, o a la conducta que revela la posible participación del imputado, de lo cual deriva la actividad técnica de las partes, mirando el contenido de la figura delictiva con toda su compleja estructura que puede hospedar lo mismo elementos subjetivos, que de valoración cultural o jurídica, ya que esencialmente, la actividad procesal en el terreno del derecho represivo, y dado el intrincado, subjetivo, ca^liginoso y hasta filosófico aspecto que nos muestra el delito, debe ser lo suficientemente técnica, arrojando un esfuerzo valorativo sobre cada uno de los elementos del tipo y efectuando un estudio de conjunto, que involucra inclusive a las dos partes conformadoras en su conjunto del Derecho Penal. Fincar el desarrollo del proceso sobre hechos de aparente relevancia para el Derecho Penal, llevaría a pasar por alto la actividad del juzgador, que a esas alturas, efectuó la calificación típica de los hechos, al comprobar la integración del cuerpo delictivo, o sea, aplicando el Derecho a los hechos, y decretando la iniciación del proceso, puesto que existe materia para él, sobre el deli-

to comprobado en su corporeidad; no encontramos justificación para que el proceso se despliegue sobre hechos con apariencia delictiva, y sea hasta el plenario en que se define el tipo concreto en que se adecuan, ello equivaldría a proceso sin materia, o lo que es lo mismo a procesado sin defensa, ya que ¿sobre que debe encaminar su defensa? ¿debe defenderse de imputaciones fácticas que no encuentren relevancia jurídica sino solo en apariencia?

Es indudable que no, el proceso y la defensa deben partir de la base establecida en el auto de formal prisión, por lo que la mudanza clasificatoria del contenido fáctico criminal, incide concluyentemente en la oportuna actividad de la defensa.

Queremos aludir en este apartado, a uno de los fundamentos doctrinarios del instituto de la prescripción en materia penal, que ha venido tomando auge en el decurso histórico evolutivo de esta figura jurídica, que si bien, no guarda relación con el aspecto a que aquí hacemos referencia, no queremos dejar de lado, que la teoría basada en la seguridad jurídica de los procesados o incluso delinquentes, según se trate de la prescripción de la acción o de la sanción penales, tiene como fundamento, la necesidad de proporcionar la seguridad jurídica al evadido de la justicia, por considerarse que se encuentra en un estado de agitación anímica; en efecto, el Doctor Vela Treviño, to -

cante a la teoría basada en la seguridad jurídica como fundamento del instituto de la prescripción penal, apunta: -

" . . . lo que empieza a tomar forma es un concepto de mayor profundidad, porque es el que coloca al hombre frente al poder represivo del Estado y trata de darle una cierta seguridad de que, a determinado tiempo, ya no habrá de ser motivo de persecución o de sanción, en su caso. En esta tarea de dotar al hombre de la seguridad jurídica indispensable entran en juego elementos tales como la necesidad de la tranquilidad que da la limitación de la actividad estatal. No debe ser posible que el ser humano esté indefinidamente sujeto a la zozobra que implica el saber que en cualquier momento puede ser privado de su libertad. Los efectos que este estado produce pueden ser mas dañinos inclusive que el delito mismo que se haya cometido." ⁽²⁸⁾

Volviendo a la defensa del procesado, se hace patente, que la mutación clasificatoria de los hechos con perfil delictivo encuadrados por el juzgador en la entidad delictiva correspondiente, al comprobar su corporeidad delictiva al través del proveido de procesamiento, innegablemente obstruye los quehaceres defensivos y ocasiona la zozobra o agitación anímica del procesado, si bien, evidentemente no en el grado a que lo llevaría la espera del lapso

(28) Vela Treviño, Sergio. Ob. cit. pág. 50.

prescriptivo, pero si ante la desagradable sorpresa que pudiera arrojar la variación de la clasificación típica durante la secuela procedimental, y aún en el plenario, de vastando con ello el derecho de defensa, en tanto que la práctica probatoria, consubstancial a la tarea defensiva, quizás a esas alturas de la instancia se hiciera nugatoria.

La garantía de litis cerrada, proclamada por el numeral 19 constitucional en su segundo párrafo brinda al procesado, la seguridad de la intransmutabilidad de la base procesal perfectamente delimitada y establecida en el auto de bien preso, o sujeción a proceso, a fin de que se dirija la actividad de los sujetos de la relación procesal, precisamente sobre esa base, por lo que esta seguridad propuesta por el constituyente, y elevada al rango de derecho público subjetivo, debe, sin reserva ser acatada; invocamos aquí las palabras del Doctor Vela treviño, acerca de la seguridad jurídica del procesado frente al poder estatal: "En nuestra opinión, las relaciones entre el hombre y el Estado estan sometidas a una premisa inalterable, como lo es la existencia del Estado de Derecho, o sea, una conformación de todas las relaciones bajo el mandamiento imperativo de la ley, que al mismo tiempo que crea y estructura la forma que en particular haya de adoptar el Estado, va estableciendo los límites de la libertad de acción del-

propio Estado y de los individuos; es la ley, entonces, la soberana de todas las relaciones. . . Ante la ley, el hombre requiere de la seguridad, es decir, debe conocer el individuo libre su posición frente al Estado y mas aún cuando la figura del Estado está representada por su medio mas drástico de coacción, como lo es la pena o sanción con lo que comunica a los transgresores de la ley penal."⁽²⁹⁾

En efecto, la obediencia puntual a la garantía de seguridad jurídica que ofrece el segundo párrafo del precepto 19 constitucional debe ser irrestricta, por lo que en caso de verse vulnerada, es innegable que el derecho de defensa, también reconocido y garantizado como derecho fundamental del procesado, sufriría menoscabo deletereo e irreparable.

El derecho de defensa, como quedó anotado, debe ser concomitante, y es consubstancial a la facultad probatoria, que como carga se cierne sobre las partes; es decir, la defensa, por la comprobación que al través de los medios probatorios idoneos, apropiados y oportunos que se ofrecen en razón de la base procesal que subyace en el auto de plazo constitucional, dirige el dinamismo preponderante del quehacer defensivo, que si bien puede también orientarse -

(29) Vela Treviño, Sergio. Ob. cit. pp. 50, 51.

sobre aspectos procesales que lastimen los derechos del interés que representa; en tal virtud, es manifiesto el menoscabo que produce al derecho de defensa, la variación del material procesal, sobre el que marcha el desarrollo del proceso; esto significa, que si el representante social disiente con el criterio jurisdiccional que sentó la base del proceso en el auto de plazo, en cuanto a la clasificación del contenido fáctico delictivo en la figura típica adecuada, y decide modificar su clasificación, lo que equivale a comprobar un nuevo cuerpo del delito; no solo la defensa, sino el propio juzgador, en atención a la regulación de nuestro procedimiento, deberán ceñirse a la nueva base procesal, propuesta por una de las partes en el proceso, y sujeta a las decisiones de la única autoridad facultada para aplicar el derecho correspondiente. Ante la inopinada o repentina mutación de la base procesal, la defensa poco o casi nada podrá hacer para ofrecer y desahogar nuevas probanzas, ligadas a la nueva figura delictiva sobre la que se dirigirán en adelante las conclusiones de la defensa, la audiencia final de primera instancia y la sentencia.

No pasamos por alto, que en la audiencia de vista, o audiencia final de primera instancia como prefiere denominarla el procesalista Colín Sánchez⁽³⁰⁾, se autoriza

(30) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. pág. 427.

la recepción de pruebas, empero estas se podrán perfeñar - únicamente en el exiguo lapso de cinco días, que corre a - partir de la presentación de conclusiones por la defensa, - hasta la audiencia de vista, por lo que hace al proceso or - dinario distrital. Ciertamente, lo antes señalado, encuen - tra apoyo en lo preceptuado por el numeral 325, en corres - pondencia con el diverso 328 del ordenamiento adjetivo pe - nal del Distrito Federal. El artículo 325 aludido, a la le - tra señala: "Exhibidas las conclusiones de la defensa, o - en el caso de que se le tengan por formuladas las de incul - pabilidad, conforme al artículo 318, el juez fijará día y - hora para la celebración de la vista, que se llevará a ca - bo dentro de los cinco días siguientes."

Por su parte el numeral 328 ibidem, estatuye: - "Después de recibir las pruebas que legalmente puedan pre - sentarse, de la lectura de las constancias que las partes - señalen y de oír los alegatos de las mismas, el juez decla - rará visto el proceso, con lo que termina la diligencia."

Por lo que hace, a la regulación del proceso pe - nal federal, el ordenamiento aplicable, en los numerales - conducentes, dispone: "Art. 305.- El mismo día en que el - inculcado o su defensor presenten sus conclusiones, o en - el momento en que se haga la declaración a que se refiere - el artículo 297, se citará a la audiencia de vista que de -

berá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia."

"Art. 306.- En la audiencia podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público y la defensa. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal y si hubieren sido solicitadas por las partes a mas tardar el día siguiente al en que se notificó el auto citando para la audiencia. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen y después de oír los alegatos de las mismas se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia.

Contra la resolución que niegue o admita la repetición de las diligencias de prueba, no procede recurso alguno."

Como se observa de los últimos numerales transcritos, la facultad probatoria se restringe a la repetición de las diligencias de prueba practicadas con anterioridad durante la instrucción, y siempre y cuando fuere necesario y posible a juicio del juez, de lo cual se evidencia, que la reiteración de probanzas ya desahogadas con anticipación, seguramente no servirán para que la defensa haga

frente a la nueva situación derivada de la mutación de la figura típica base del proceso.

Expresa sobre este punto, el maestro Zamora Pierce: "Tampoco le será posible defenderse, después de presentadas las conclusiones acusatorias que reclasifican, contra la nueva imputación que se le hace, dado que, en esa etapa procesal, normalmente ya no se le recibirán pruebas. El derecho de defensa no es tal si no comprende la posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas."⁽³¹⁾

De lo expuesto creemos, que es inconcuso que la mudanza verificada sobre la base procesal propuesta en el auto de plazo constitucional, una vez firme, conculca el mandato constitucional a que se contrae la garantía de litis cerrada, y con ello, el derecho de defensa se hace nugatorio o frustraneo, ya que, si bien, la fracción V del artículo 20 constitucional garantiza el derecho del procesado a ofrecer pruebas en forma amplia, a través del sistema probatorio libre, en cuanto a los medios empleados, estos deberán ofrecerse dentro del tiempo que la ley estime necesario al efecto; y al encontrarse comunicados en forma consubstancial el derecho de defensa y la oportunidad probatoria, deriva apodíctico que ante la propuesta de

(31) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 155.

una nueva entidad delictiva como base del proceso, el cimiento procesal se remueve no solo en cuanto a su nomenclatura típica, sino en lo referente a los elementos que conforman el tipo, abarcando en algunos casos, una raigambretan abstrusa, que técnica y materialmente, hacen imposible una defensa eficaz y oportuna de los altísimos valores que el procesado expone al encontrarse inmerso en el terrible drama del proceso penal, en virtud de que el plazo probatorio, ha quedado en la anterior etapa procesal, lo que nos permite afirmar, que la variación de la figura típica base del proceso, es óbice inquebrantable a la defensa del procesado.

**4.- LA INDEBIDA GRADUACION DE LA GARANTIA DE LITIS CERRADA
POR LA LEY DE AMPARO.**

La ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expresa en la fracción XVI, del numeral 160 lo siguiente: "En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: . . . XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia solo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cam -

biando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiere sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal."

El tenor del precepto trasuntado, como se patentiza de su lectura, pretende matizar, o dar graduación al derecho público fundamental subjetivo procesal, que preconiza el párrafo segundo in capite, del numeral 19 constitucional, cuya finalidad, mantiene como orientación esencial, la de garantizar la intransmutabilidad del cimiento en que se adosa el nacimiento y prosecución de la instancia, insisto en el auto de plazo constitucional, al disponer una serie de hipótesis legales, hacia cuya actualización, la garantía de litis cerrada se mantendría indemne en lo que hace a su respeto puntual e irrestricto; ciertamente, conforme al discernimiento del legislador secundario, las hipótesis legales planteadas en el numeral invocado de la ley de amparo, encuentran preciso acomodo a lo estatuido por el precepto 19 constitucional, en su segundo párrafo, que confiere el carácter de derecho fundamental a la garantía intitulada por un sector de la doctrina, de litis cerrada. - Entonces, de conformidad, con lo preceptuado por los supuestos normativos establecidos, por el numeral en comento, de la ley de amparo, la defensa del procesado, no hallará valladar alguno, siempre y cuando, la concreta posición pro-

cesal, que como acto reclamado se combata a través del juicio de garantías, encuentre cabida en alguno de los supuestos legales a que se contrae la fracción XVI, del numeral-160 de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 - constitucionales.

En efecto, el numeral de referencia, inicia diciendo: "En los juicios del orden penal se considerarán - violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: . . . Cuando - seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso - delito. De este supuesto normativo, se colige nitidamente, la vulneración al derecho de defensa del procesado, así es, la mutación clasificatoria de la figura típica consolidada como base del desdoblamiento instancial, restringe decididamente, al procesado, la factibilidad amplia, de perquirir minuciosamente a partir del cimiento procesal los elementos que estime conducentes al quehacer defensivo. Si el proceso fuere seguido por una entidad delictiva, perfectamente delimitada conforme a sus elementos constitutivos y sobre ese material se desarrolla la etapa comprobatoria durante la instrucción, es decir, sobre ese contenido típico jurídico los sujetos de la relación procesal, inclusive el propio órgano jurisdicente en su caso, contribuirán al conocimiento de la verdad histórica del evento fáctico delic

tual, por lo que la variación inopinada o repentina que sobre la base fundamental del proceso verificare el órgano - sentenciador, precisamente en el pronunciamiento mismo de la sentencia, no solo traería consigo la invasión en el - ámbito competencial de las funciones del representante social, cuya actividad marca el seto o fija el lindero a la decisión judicial de fondo, sino que, asimismo sería conculcatoria del derecho de defensa, que avala la fracción - IX del precepto 20 constitucional, en correspondencia, con el diverso 14 ibidem, que a su vez, garantiza el derecho - de audiencia, que se vería vulnerado ante tal circunstancia, en vista de que el propio juzgador, tiene vedada la - posibilidad de reclasificar el contenido fáctico criminal - en otra u otras entidades delictivas, una vez consolidada la base que da origen al proceso; máxime, si la mutación - clasificatoria tiene lugar al momento de verificar el juzgador la subsunción o traslación de lo fáctico a lo jurídico, al resolver en el fondo, sobre la responsabilidad penal del sentenciado, ya que, la actividad aplicadora del - derecho o clasificatoria en el marco típico exacto, de los hechos con traza delictiva, es consubstancial al órgano jurisdicente, empero esa facultad, debe efectuarse conforme lo garantiza el segundo párrafo del precepto 19 constitucional, justamente al tiempo de determinar la situación - criminolegal del indiciado, al resolver en el plazo consti

tucional lo conducente, o sea al comprobar la corporeidad-delictiva, que quedó integrada a partir del evento fáctico delictivo, y si bien, la decisión de fondo que determina - sobre la responsabilidad penal del enjuiciado, debe mirar- los términos de la acusación ministerial, es forzoso que - ésta, en veneración exacta a la garantía de litis cerrada, deberá también mantenerse invariable por lo que hace a la- base procesal instalada en la resolución de formal prisión o sujeción a proceso; consecuentemente, el juzgador deberá observar, al efectuar la subsunción sinderética que ponga- fin al proceso, el cerco que como límite a la decisión de- fondo, disponga el órgano de acusación, ya que, de no aten- der ese lindero acusatorio, implicaría la clara transgre- sión al precepto 21 constitucional por lo que hace a la - irrupción en las facultades competenciales del Ministerio- Público, conculcando coetaneamente, los diversos dispositi- vos 14, 19 párrafo segundo y 20 fracción IX del ordenamien- to fundamental del país.

Ahora bien, la misma fracción XVI del numeral - 160, de la invocada ley de amparo, estatuye, las hipótesis legales, conforme a las cuales la pretensa conculcación al derecho fundamental que garantiza el párrafo segundo del - precepto 19 constitucional, se desvanece en lo absoluto, - conforme a la graduación, que a la garantía constitucional, pretende hacer el legislador secundario. En efecto, el re-

ferido texto del numeral 160 de la ley de amparo, en la -
fracción XVI, expresa: "En los juicios del orden penal se-
considerarán violadas las leyes del procedimiento, de mane-
ra que su infracción afecte a las defensas del quejoso: . .
. XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determina-
do en el auto de formal prisión, el quejoso fuere senten-
ciado por diverso delito - lo cual posee un sentido irre-
fragable, pero continúa diciendo el dispositivo:- No se -
considerará que el delito es diverso cuando el que se ex-
prese en la sentencia solo difiera en grado del que haya -
sido materia del proceso . . . "

Sobre este particular discernimiento, sostenido-
por la ley de amparo, estimamos, como quedó anotado en el-
capítulo segundo de este trabajo, que la determinación que
consolida la base que da génesis al proceso, debe ceñir la
clasificación exacta del material fáctico que con perfil -
delictivo, engaste en el condigno tipo penal, lo mismo se-
trate de tipos básicos o fundamentales, que de tipos com-
plementados, ya sean cualificados o agravados, o bien pri-
vilegiados o atenuados, es decir, pese a la parvedad extre-
ma que fija la norma fundamental al órgano jurisdicente, -
para solucionar la situación criminolegal en que deberá -
permanecer el indiciado, al fenecer el plazo constitucio-
nal, resulta saludable, que el procesado, lo mismo que el-
Ministerio Público, lleven a la etapa probatoria, todos -

los medios que conduzcan al conocimiento de la verdad histórica, o que en caso sumo, satisfagan el contorno de sus intereses, pero siempre sobre una base procesal sólida, y no deleznable o quebradiza; ciertamente, el juez puede y debe cuando la hipótesis fáctica lo requiera, comprobar el tipo especial en que engaste el evento histórico delictual, es decir, el juzgador deberá comprobar el cuerpo del delito especial, que conforme a la apreciación ministerial que do integrado al ejercitarse la acción penal, lo cual conduce en forma manifiesta, al análisis de un tipo, formado a partir del tipo básico, empero que, por tener agregadas - nuevas características, segrega su subordinación al tipo - fundamental.

Conceptuamos, que con severo apego a la garantía de litis cerrada, la determinación que da vida al proceso, no obstante su exiguo margen, y pese a lo abstruso y complejo que la subsunción jurídica conlleva; la catalogación típica que el juez efectúe al resolver lo conducente en el plazo constitucional, debe abrazar por igual tanto a tipos fundamentales, como complementados. Siguiendo esta línea - de pensamiento, no debe desatenderse, que el juzgador, al determinar sobre la procedencia o negativa de la libertad-provisional caucionada, conforme a la fracción I del precepto 20 constitucional, deberá atender las modificativas-del delito, estimado conforme a su entidad fundamental, es

decir, en ese caso, los tipos complementados deberán ser observados por el juzgador, antes de resolver sobre la procedencia o negativa del derecho fundamental de libertad caucional, que si bien es cierto, pudiera beneficiar al impetrante de la libertad caucionada, en los casos en que el tipo complementado derivare en privilegiado o atenuado, también es cierto, que en muchos otros, el deprecante de ese derecho, se verá desfavorecido ante una catalogación provisional, que todavía mantiene un carácter dubitativo, en vista, de que en muchas ocasiones, no se ha resuelto aún sobre la formal prisión, o sujeción a proceso, y por tanto, el cuerpo del delito, tampoco ha sido, en consecuencia, comprobado por el juzgador.

Sobre el particular, la Primera Sala, del máximo Tribunal del país, ha sentado jurisprudencia al dilucidar, la contradicción de tesis sustentadas por los tribunales primero y segundo, colegiados en materia penal, del primer circuito; jurisprudencia, que como podrá observarse, no fué resuelta por unanimidad de votos, por lo que nos permitimos reproducir, a continuación, tanto el texto jurisprudencial, como el voto particular de la ministra disidente.

"Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento, so

lo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, sin analizar modalidades o circunstancias - modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva. No es obstáculo a la conclusión anterior, lo preceptuado por el artículo 20 fracción I, - constitucional, en el sentido de que al resolverse sobre la procedencia de la libertad provisional, deben tomarse en cuenta las calificativas o modificativas que para el delito materia del ejercicio de la acción penal se invoquen - por el Ministerio Público, ya que esta última - disposición no se refiere en concreto al auto - de formal prisión, sino a la hipótesis en que - el acusado solicite y se le conceda la libertad bajo caución; además de que al reformarse el último de los dispositivos legales citados, en - los términos aludidos, no sufrió enmienda el artículo 19 de la Constitución General de la República.

Contradicción de tesis 5/88. Entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Cole-

giados en Materia Penal del Primer Circuito.
3 de mayo de 1989. Mayoría de cuatro votos contra el voto de la Ministra Victoria Adato Green de Ibarra. Ponente: Samuel Alba Leyva. Secretario: Carlos Arellano Hobelsberger.

Voto particular que formula la Ministra Victoria Adato Green de Ibarra, en contra de la sentencia mayoritaria emitida por los señores Ministros integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Samuel Alba Leyva, Presidente y Ponente; Francisco Pavón Vasconcelos; Luis Fernández Doblado y Santiago Rodríguez Roldan.

"La interrogante respecto de incluir o no las modificativas o calificativas del delito en el auto de formal prisión no puede circunscribirse al análisis del contenido del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que debe relacionarse con otras disposiciones de la propia Carta Magna, y los principios jurídicos que de la misma se deducen, en una interpretación armónica y sistemática de los preceptos constitucionales que rigen el procedimiento penal mexicano."

"El artículo 19 Constitucional, obliga a todo órgano jurisdiccional a justificar la detención de todo indiciado, mediante un auto de formal prisión que debe dictarle dentro del plazo de tres días (72 horas), en el que señale el delito que se impute al acusado, los elementos que lo constituyen, lugar, tiempo y circunstan-

cias de ejecución, y los datos que arroje la -
averiguación previa, los que deben ser bastan -
tes para comprobar el cuerpo del delito y hacer
probable la responsabilidad del acusado.

Así pues, de acuerdo con esta disposición-
Constitucional, en ese auto, el Juzgador debe -
hacer el análisis necesario para determinar si -
en el caso concreto se encuentra comprobado o -
no el cuerpo del delito que la Representación -
Social imputa al indiciado. En realidad, el ju -
ez habrá de realizar un juicio de tipicidad, es
to es, habrá de determinar si la conducta des -
plegada por el activo en el mundo fáctico y el
resultado producido, en su caso, se adecúan a -
la descripción de la conducta o hecho previstos
en la norma penal como delito. En síntesis, si -
la conducta o hechos realizados por el indicia -
do, encuadran dentro de un tipo penal prestable
cido.

Ahora bien, si se habla de tipo penal, debe
señalarse que desde siempre se ha establecido -
una distinción entre lo que es un tipo fundamen
tal o básico; lo que es un tipo especial; lo -
que es un tipo complementado, circunstanciado o
subordinado, bien sea privilegiado (con circuns
tancias atenuantes) o cualificado (con circuns
tancias agravantes), y aún mas, si se quiere, -
un tipo presuncionalmente complementado, cir -
cunstanciado o subordinado cualificado. De esta
forma, al realizarse esa operación de tipicidad,
debe tomarse en consideración el tipo que apa
rezca probado de los elementos que integran la
averiguación previa, bien sea fundamental o bá
sico, el especial o el complementado o circuns

tanciado con absoluta precisión, en este caso, - de las circunstancias agravantes o atenuantes - que en la comisión de la conducta delictiva hayan concurrido.

El mencionado artículo 19 constitucional, - en la primera parte de su segundo párrafo, establece que "todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión." Aquí se fija, pues, la materia del proceso, materia en relación con la cual se habrán de desplegar en esta etapa procedimental los actos que caracterizan la relación que se establece entre las tres partes que integran la relación jurídica procesal: los actos de acusación por parte del Ministerio Público, los de - defensa, por parte del acusado y su defensor, - y los de decisión, por parte del juzgador, respecto de los planteamientos que cada uno de - aquellos formule.

De lo anterior se desprende la necesidad - de que ya después el auto de formal prisión deben precisarse las circunstancias modificativas, atenuantes o agravantes, que hayan concurrido - en la comisión del delito, pues estas también - habrán de ser materia de prueba por parte de la acusación, para tratar de acreditarlas en cumplimiento de la función que al Ministerio Público encomienda el artículo 21 constitucional, - así como por parte de la defensa, para tratar - de probar que no concurrieron en el caso concreto que se analice. De no actuarse de esta manera, es de estimarse que se estaría infringiendo la garantía de defensa que el artículo 14 constitucional consagra en favor del indiciado, se-

le estaría dejando en estado de indefensión, al no tener noticia exacta y completa de la materia del proceso, de la extensión exacta de la acusación, para estar en posibilidad de desarrollar adecuadamente los actos de defensa.

En adición y como antes se apuntó, en una interpretación sistemática, visto ese artículo-19 constitucional, no de manera aislada sino en relación con otras normas constitucionales de índole procesal penal, debe señalarse que la fracción I del artículo 20 de la Carta Magna, que establece la forma y términos que rigen el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, señala que ese beneficio será concedido inmediatamente que lo solicite el inculpado, siempre que el delito que se le impute "incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de 5 años de prisión, sin mas requisitos- que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad judicial . . ."

Esas "modalidades" a que se refiere la norma constitucional en alusión, son precisamente las circunstancias atenuantes o agravantes a que antes se aludió al hablar de los tipos complementados, circunstanciados o subordinados, bien sea privilegiados o cualificados.

Ahora bien, atendiendo a la norma constitucional transcrita y a la expresión "inmediatamente que lo solicite" que se utiliza, es de precisarse que el indiciado puede solicitar ese beneficio desde el momento mismo del auto de radicación, antes de que se determine su situación jurídica en el auto de Término Constitucio

nal de 72 horas que exige el artículo 19 de la Norma de normas, esto es, antes, en su caso, - del auto de formal prisión con que de acuerdo - con esta disposición se justifique la detención del inculpado.

Luego entonces, de aceptar la postura que se sostiene en la sentencia mayoritaria, de que en el auto de formal prisión, no deben incluirse las calificativas, se llegaría al criterio contradictorio, y por demás incongruente, de que - cuando el inculpado solicitara el beneficio de la libertad provisional bajo caución antes de - que le fuese dictado el auto de formal prisión - se exija al juzgador del conocimiento que en - cumplimiento de la fracción I del artículo 20 - constitucional analice y determine si concurren "modalidades" en la comisión del delito que se le imputa, para estar en aptitud de definir la procedencia de la libertad provisional, mien - tras que para efectos del auto de formal pri - sión, se le diga que no es necesario que analice - esas "modalidades" (cuya concurrencia ya se es - tudió para determinar la procedencia de la li - bertad provisional bajo caución) porque el ar - tículo 19 Constitucional no lo requiere y que, - por ende, puede dejar su estudio como tema de - sentencia."

Con respecto a nuestro particular punto de vista, prohibamos abiertamente, la apreciación aducida en aten - ción al voto particular de la Ministra Victoria Adato; en-

vista de que, el órgano jurisdicente, al efectuar la subsunción, o juicio racional cognoscente, justipreciador o evaluador de los hechos con aparente trascendencia al mundo de las descripciones legislativas típicas, deberá tasar, a su providente juicio, la relevancia en el campo punitivo de los hechos con traza delictiva, es decir, deberá alojar el contenido fáctico delictual, en el molde típico exacto, ya sea que esa figura delictiva, corresponda a un tipo fundamental, o bien complementado, circunstanciado o subordinado, ya sea que se trate de cualificados o privilegiados, o sea, el juzgador, deberá observar, la extensa diversidad de descripciones típicas que comprenden los catálogos de delitos, y si para disponer la procedencia o negativa de la libertad provisional caucionada, debe mirar, al efectuar la subsunción jurídica de los hechos con barrunto delictivo, el vasto campo de las descripciones típicas, sin limitarse solo a los tipos básicos o fundamentales, es justo y racional, colegir, que al resolver sobre la apertura del proceso, califique los hechos, conforme al tipo exacto, tratase éste de un tipo básico o bien complementado, ya que como, con gran acierto anota la Ministra Adato de Ibarra, pudiese darse un trato disímil, a una situación fáctica idéntica, y si bien, la libertad provisional bajo caución pudiera obtenerse, al concretarse la pena en sentencia definitiva, ya sin atender a la media aritmética, aun así, reputamos de inicuo o falto de epiqueya el trato desi

gual, que se da a la calificación jurídica de los mismos hechos materiales, ora tratándose de la libertad provisional, ora del auto de plazo constitucional, con todo, nosotros encontramos como único obstáculo a una subsunción exacta del contenido fáctico delictivo, la suma parvedad, a que se contrae el plazo constitucional, empero si el juez, debe atender la solicitud de libertad bajo caución, inmediatamente que lo solicite el inculpado, lo cual puede acaecer, como lo aprecia la Ministra Adato de Ibarra, al mismo momento de radicarse las actuaciones en el juzgado, siendo así, el óbice que en razón del exiguo plazo se presenta, carece de importancia cardinal para una exacta catalogación típica.

En otro orden de ideas, y prosiguiendo la secuencia de la fracción XVI del numeral 160 de la Ley de amparo, conforme a la cual, el legislador secundario, pretende matizar los alcances de la garantía de litis cerrada, no existirá conculcación a esta garantía, en virtud de la graduación que dirige la ley secundaria, cuando la transmutación de la catalogación típica, base del proceso, tenga lugar, conforme a los supuestos normativos expresados en el segundo párrafo, de la fracción de referencia; en efecto, el contenido de este dispositivo expresa: "En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedi

miento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: . . . Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito. No se considerará que el delito es diverso . . . cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal."

Merced a este supuesto legal, de muy sensurable contenido, el Ministerio Público encuentra apoyo, para desdenar la base fundamental del proceso, sobre la que gira el desdoblamiento de la instancia, para poder transmutar, a su dilatado capricho, la decisión judicial, que sentó el fundamento del proceso, cumpliendo como única restricción, la de someterse, en la nueva catalogación típica que proponga, al contenido material de los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal, lo que huelga anotar, ya que el contenido fáctico con traza delictiva, es único e inamovible, en razón de que los hechos se perpetraron en el pretérito, y por ende, quedaron consumados, no siendo susceptibles de variación, ya que, en la circunstancia de-

que apareciere durante la instrucción, el conocimiento de otros sucesos, correspondientes a otro acontecimiento fáctico delictual, imputables al propio procesado, la hipótesis normativa aplicable en la especie, sería la que consagra en segundo lugar, el párrafo segundo del numeral 19 - constitucional, a saber: la de iniciar nueva averiguación-
previa, por los hechos ignotos hasta ese momento, para que, en caso de actualizarse los presupuestos legales, se ejercite nueva acción penal, y en caso de ser conducente, se acumulen los procesos correspondientes; empero, por otra parte, como ya se anotó en el punto 2 de este opúsculo, el Ministerio Público, conforme a una puntual veneración a la garantía de litis cerrada, tiene vedada la facultad de -
transmutar la base fundamental del proceso, que quedó ínsita en el auto de bien preso, o sujeción a proceso, en vista de que una nueva catalogación, equivaldría a comprobar el cuerpo de un delito diverso, y por tanto, a la necesidad, por parte del representante social, de realizar la -
subsunción o valoración racional cognoscente y tasativa de los hechos con traza delictiva, para encuadrarlos en otra hipótesis típica de definición abstracta, lo cual equivale a aplicar el derecho, o sea a irrumpir en el campo compe -
tencial de la autoridad jurisdicente, invadiendo y conculcando la actividad monopólica de aplicar el derecho, propia del juzgador, y limitando su decisión judicial, a la -

espuria y nueva catalogación típica, o aplicación del derecho, y dejando de paso ayuno de defensa, al procesado, por lo que si bien, el órgano sentenciador debe mirar en todo caso, a la acusación, que como límite a la decisión judicial, que pone fin a la instancia, es justo, lógico y razonable que la acusación, debe plantearse a partir de la base elemental del proceso, o sea la que quedó consolidada en el auto de formal prisión o sujeción a proceso; y en el caso, de que la representación social desestime la base elemental del proceso, al proponer la acusación definitiva, o puntualizar el ejercicio de la acción penal, estaría invadiendo la actividad monopólica de aplicación del derecho, conculcando o transgrediendo en tal virtud, el propio numeral 21 constitucional, in capite, y a todas luces, provocaría la indefensión del procesado, ante una mutación intempestiva de la base procesal, que acorde a la garantía proclamada por el segundo párrafo del precepto 19 constitucional in capite, es inamovible, sólida y de robustez pretrea, cuando ha adquirido solidez jurisdiccional.

Ahora bien, tocante a la asequibilidad de la defensa inherente al enjuiciable, como derecho fundamental, el supuesto normativo en comento, que preve la fracción XVI de la ley de amparo, establece, la invulneración de la garantía que preconiza la primera hipótesis normativa, del

párrafo segundo del numeral 19 constitucional, es decir la de litis cerrada, siempre y cuando la transmutación clasificatoria de la base procesal, sea propuesta por el representante social, en el propio escrito de conclusiones acusatorias, y el quejoso, hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal.

En respecto a esta postrera posición, a que se contrae la última hipótesis que con pretensión normadora de la garantía de litis cerrada, adopta el legislador secundario, estimamos necesario, pasar revista al discernimiento prohiado por la doctrina sobre el juicio en materia penal, a efecto de desentrañar la factibilidad de defensa por el acusado, ya en esta etapa procesal, o sea la del juicio.

Expresan en relación al juicio, los tratadistas García Ramírez y Adato de Ibarra, lo siguiente: "La voz 'juicio' posee diversas connotaciones procesales. Puede entenderse como tal al período del procedimiento que sucede a la instrucción (la segunda gran etapa del procedimiento judicial, que engloba actos preparatorios -especialmente las conclusiones que concretan el tema de la resolución- y audiencia) y culmina con la sentencia y, eventualmente, la aclaración de ésta)" (32)

(32) García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria. Ob. cit. pág. 479.

En su turno, anota el maestro Arilla Bas: "En el procedimiento sumario se concentran, en una sola audiencia, la que el artículo 307, reformado, denomina principal, los períodos de proceso y juicio, toda vez que salvo el caso - de que las partes se reserven el derecho de formular con - conclusiones por escrito, estas se formulen verbalmente en la propia audiencia. En cambio, en el procedimiento ordinario, el período de juicio, totalmente diferenciado del proceso, se inicia con el auto que, en los términos del artículo - 315, reformado, el juez declara cerrada la instrucción y - manda poner la causa a la vista del Ministerio Público y - de la defensa, durante cinco días para cada uno, para la -
(33)
formulación de conclusiones."

Por su parte, señala el maestro Julio Acero: -
" . . . cuando al concluirse la instrucción de una causa - se formulan por el Ministerio Público conclusiones acusato - rias contra alguno o algunos de los reos, se pasa al esta - do propiamente de juicio, porque es hasta entonces cuando - se plantea formalmente la cuestión capital de la culpabili - dad para su discusión que antes no pudo tratarse en defini - tiva, y cuando queda sujeto a la resolución decisiva de su - suerte, el procesado a quien solo de un modo provisional y

(33) Arilla Bas, Fernando. Ob. cit. pág. 154.

preventivo se había detenido sin saberse aún con seguridad si tendría que llegar a ser juzgado, es decir, sentenciado por resolución estimativa de todas las pruebas del proceso y declarativa de su responsabilidad o irresponsabilidad - con la condena o absolución consiguientes." (34)

Sobre el particular, manifiesta el maestro Colín Sánchez: "Con la resolución judicial que declara cerrada - la instrucción, surge la tercera etapa del procedimiento - penal llamada juicio por nuestra legislación." (35)

En cuanto al mismo tema, expresa el maestro González Bustamante: "En el juicio, el Ministerio Público formula sus conclusiones; la defensa, a su vez, formula las - suyas, y ambas partes definen y precisan sus puntos de vista que van a ser objeto del debate. El juicio comprende actos de acusación, actos de defensa y actos de decisión. - Aquéllos corresponden al Ministerio Público como titular - que es de la acción penal. A la defensa incumbe impugnar - los términos de la inculpación, llevando al ánimo del tribunal la improcedencia en aceptarlos. En cuanto al juez, - le compete exclusivamente la misión de juzgar." (36)

(34) Acero, Julio. Ob. cit. pág. 169

(35) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. pág. 416.

(36) González Bustamante, Juan José. Ob. cit. pág. 215.

Del mismo modo, la legislación penal adjetiva, - de aplicación federal, estatutaria, en la fracción III, del artículo 1o. (antes de ser reformado en el año de 1986), - lo siguiente: "Art. 1o.- El procedimiento penal federal - tiene cuatro períodos: . . . III.- El de juicio, durante - el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el - acusado su defensa, ante los tribunales, y estos valoran - las pruebas y pronuncian sentencias definitivas."

Como se patentiza, de los criterios doctrinales-reproducidos, para que el procesado, sea oído en defensa,- sobre la nueva clasificación, mutación inopinada o aplicación espuria del derecho, que afecta la base fundamental - del proceso, efectuada por el representante social, al formular sus conclusiones acusatorias, restringe o estrecha - el cerco del derecho de defensa del procesado, a la singular, o única oportunidad que pudiese vislumbrarse en la audiencia final de primera instancia, o audiencia de vista,- empero, si partimos de la sólida base, de que la factibilidad defensiva del procesado se dirige en línea recta, a la oportunidad probatoria, como enteleguía peculiar del derecho de defensa del procesado, de tal manera, que si no se hace descansar la defensa, en respaldo probatorio suficiente y oportuno, en más de las ocasiones, la defensa estará a expensas de lo probado por el Ministerio Público, con - grave riesgo de zozobrar, y con ello, los valores que el -

procesado pone en peligro, al sumergirse en los infortunios a que lo llevan las fauces del procedimiento penal.

Ahora bien, cabe en consecuencia, analizar la oportunidad probatoria del acusado, durante la audiencia final de primera instancia, a efecto de entrever, si se hace o no factible una auténtica y eficaz defensa, apoyada en un adecuado caudal probatorio.

En lo atinente al proceso sumarísimo y sumario, a que alude el numeral 307 del ordenamiento adjetivo penal federal, la puntualización del ejercicio de la acción penal, se verifica durante la propia audiencia del plenario, por lo que la defensa del acusado, se reduce, a la formulación de sus conclusiones, por lo que en el caso, de que la acusación del Ministerio Público, no partiera de la base esencial del proceso, contenida en el auto de plazo constitucional, ante la intempestiva mutación de la base procesal, la defensa poco a casi nada podrá hacer, al formular sus conclusiones, para ulteriormente, dar paso a la decisión de fondo ya sea en la misma audiencia, o dentro de los cinco días siguientes a ésta; de lo que resulta inconcuso, que ante la posible emboscada, a que llevaría la mutación de la base procesal al perfeccionarse el ejercicio de la acción penal, la defensa del acusado, sería quimérica o irrealizable. El numeral en comento, a la letra prescribe: "Art. 307.- Cuando se trate de delitos cuya pe-

na no exceda de seis meses de prisión o en los que la apli cable no sea corporal, la audiencia principiará presentando el Ministerio Público sus conclusiones y contestándolas a continuación la defensa. Si aquellas fueren acusatorias, se seguirá el procedimiento señalado en el artículo anterior, dictándose sentencia en la misma audiencia. Si las conclusiones fueren no acusatorias, se suspenderá la audiencia, procediéndose conforme a lo dispuesto en los artículos 294 y 295.

Cuando se esté en los casos de los artículos 152 y 152 bis, la audiencia principiará presentando el Ministerio Público sus conclusiones y contestándolas a continuación la defensa. Si aquellas fueren acusatorias, se seguirá el procedimiento señalado en el artículo anterior, dictándose sentencia en la misma audiencia o dentro de los cinco días siguientes a ésta, salvo que el juez oyendo a las partes, considere conveniente citar a nueva audiencia, por una sola vez; si las conclusiones fueren no acusatorias o si se produjeren bajo cualquiera de los otros casos contemplados en el artículo 294, se suspenderá la audiencia y se estará a lo previsto en el artículo 295."

Por lo que hace, a la audiencia de vista, en el proceso ordinario federal, la factibilidad defensiva del procesado, sujeto a la oportunidad probatoria, también se hace nugatoria, en razón de que podrán repetirse, en la re

ferida audiencia, las diligencias de prueba que se hubie -
ren practicado durante la instrucción, siempre que fuere -
necesario y posible a juicio del juzgador; y su reproduc -
ción estará sujeta a que hubiesen sido solicitadas por las
partes a mas tardar el día siguiente al en que se notificó
el auto citando para la audiencia. A nuestro entender, es -
ta reiteración probatoria, es contraria al principio de -
economía procesal, y ante una nueva base fundamental del -
proceso, en el caso de haberse mutado por el Ministerio -
Público, al formular sus conclusiones acusatorias, sería -
pernicioso inexorable al correcto y auténtico derecho de -
defensa del acusado, sin pasar de lado, que la repetición -
de las diligencias probatorias, puede ser negada por el -
juzgador, en cuyo caso, contra la negativa, no procede re -
curso alguno. El numeral de referencia, textualmente, dis -
pone: "Art. 306.- En la audiencia podrán interrogar al acu -
sado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Mi -
nisterio Público y la defensa. Podrán repetirse las dili -
gencias de prueba que se hubieren practicado durante la -
instrucción, siempre que fuere necesario y posible a jui -
cio del tribunal y si hubieren sido solicitadas por las -
partes a mas tardar el día siguiente al en que se notificó
el auto citando para la audiencia. Se dará lectura a las -
constancias que las partes señalen y después de oír los -
alegatos de las mismas se declarará visto el proceso, con -
lo que terminará la diligencia.

Contra la resolución que niegue o admita la repetición de las diligencias de prueba, no procede recurso al guno."

Tocante al proceso sumario del Distrito Federal, el derecho de defensa, se abrevia o acorta a la formulación de conclusiones, habida cuenta, que el desahogo de los medios probatorios aportados por las partes, las propias conclusiones y la resolución de fondo, pudieran realizarse en una sola audiencia, denominada principal; es decir, se hipostasian en diligencia única, los períodos de instrucción y juicio, cabiendo la posibilidad, de que cualquiera de las partes se reserve el derecho de formular conclusiones por escrito, no obstante, la oportunidad probatoria de la defensa, en el caso de mutación de la base estructural del proceso, por el Ministerio Público, al verificar su acusación definitiva, estaría desierta, ante la carencia de ocasión probatoria, ulterior al cambio de catalogación típica, de la base procesal. Los artículos 307 y 308 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, regulan lo conducente a la audiencia principal, en los siguientes términos: "Art. 307.- Abierto el procedimiento sumario, las partes dispondrán de diez días comunes, contados desde el siguiente a la notificación del auto de formal prisión, para proponer pruebas, que se desahogarán en la audiencia principal. Para los efectos de esta dili -

gencia se estará a lo prescrito en los párrafos segundo y tercero del artículo 314."

"Art. 308.- La audiencia se realizará dentro de los diez días siguientes al auto que resuelva sobre la admisión de pruebas, en el que se hará además, fijación de fecha para aquella.

Una vez terminada la recepción de pruebas, las partes podrán formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta relativa.

Cualquiera de las partes podrá reservarse el derecho de formular por escrito sus conclusiones, para lo cual contarán con un término de tres días.

Si es el Ministerio Público el que hace dicha reserva, al concluir el término señalado, se iniciará el concedido a la defensa."

Ahora bien, nos resta examinar, la factibilidad de defensa del acusado, al través del proceso ordinario del Distrito Federal, cuando se ha mostrado la mutación de la base fundamental del proceso, durante la puntualización del ejercicio de la acción penal. De la lectura del artículo 328 del ordenamiento adjetivo de la materia, de aplicación en el Distrito Federal, se desprende, la oportunidad probatoria de las partes, en tanto se efectúa la audiencia

de vista, si bien, la coyuntura probatoria que aquí se columbra, no es la misma que se dió durante la instrucción, - en razón de la premura motivada por la parvedad temporal, - asi como la dificultad a que se contrae el desahogo de algunos medios probatorios, sin embargo, debemos admitir, que éste es el único caso, en que existe una auténtica oportunidad probatoria y por cierto, muy pocas veces empleada - por las partes en la práctica forense cotidiana. El numeral en comento, textualmente dispone: "Después de recibir las pruebas que legalmente puedan presentarse, de la lectura de las constancias que las partes señalen y de oír los alegatos de las mismas, el juez declarará visto el proceso, con lo que termina la diligencia."

Siguiendo el anterior orden de ideas, puede advertirse que al aparecer la etapa del juicio en el desdoblamiento instancial, la actividad probatoria de las partes, disminuye en forma importante, dada la característica que guarda el proceso penal mexicano. Al decir del maestro Colín Sánchez: "el juicio queda reducido al simple formalismo de la llamada vista o audiencia . . . ya que todos los actos anteriores a la misma, no tienen por objeto, como en el proceso penal europeo, facilitar el paso de la instrucción secreta al debate oral, público y contradictorio, en donde los actos procesales de acusación, defensa y decisión tienen lugar durante esa etapa . . . porque en -

nuestro medio, el debate, con los caracteres anotados, se ha llevado a cabo desde el inicio del proceso, a través de la actuación de quienes han intervenido en el mismo, lo cual demuestra que las peculiaridades del juicio europeo se dan en nuestro sistema desde el momento en que se inicia la relación jurídica procesal, continuándose hasta la sentencia . . . en el Derecho mexicano, si se quiere emplear la palabra juicio con el contenido propio del Derecho europeo, habría que referirla a todo el proceso, porque el debate oral, público y contradictorio, ha tenido lugar desde la consignación . . . todo pensamiento contrario a lo explicado, equivale a poner en vigencia peculiaridades de otros sistemas de enjuiciamiento, en los que las características del juicio, son: el debate oral y contradictorio, la recepción de pruebas, la deliberación y la pronunciación inmediata de la sentencia; actos sucesivos en donde no se rompe la continuidad de unos y otros. A mayor abundamiento, en nuestro medio, la ley establece una instrucción en la cual, desde su inicio, surge el llamado debate oral, público y contradictorio, significándose con eso que nuestra instrucción absorbe al juicio." (37)

Ciertamente, dado el carácter que desde su ini -

(37) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. pp. 417, 418.

cio, encierra el proceso penal, la etapa del juicio sustenta el papel fundamental por lo que hace a la actividad culminante que sobre el ejercicio de la acción penal adopte - el Ministerio Público, que en caso de perfeccionar su acusación inicial, concreta su postura definitiva, afirmando que conforme a los datos verificados durante la instrucción procede la acusación definitiva, partiendo de un minucioso estudio técnico dirigido desde la base procesal inserta en el auto de procesamiento; es decir, el punto elemental del juicio, se recoge en el ejercicio de la acción penal, que en caso de puntualizarse, a través de las conclusiones acusatorias, dará pábulo a la resolución de fondo que ponga fin a la instancia, lo cual significa, que la audiencia final de primera instancia, habida cuenta de la actividad desplegada por las partes a lo largo de la fase instructoria, en términos generales, se hace ociosa y los sujetos de la relación procesal, lejos de otorgarle la importancia toral que el legislador quiso darle, la desdeñan, limitándose a reproducir oralmente sus conclusiones, sin debatir en lo absoluto, y si se tiene en cuenta, que en razón del proceso que se haya incoado, la oportunidad probatoria es nula en unos casos, y en otros muy restringida; - el derecho fundamental de defensa, que el constituyente, - quiso brindar al inculpaado, ante tal circunstancia, se hace nugatorio; por ello afirma con razón el tratadista jalisciense Julio Acero: " . . . en la generalidad de nues -

tros Códigos vigentes puede no haber ninguna prueba en este período (juicio) puede no haber ninguna audiencia de debates (aunque ficticiamente se de por celebrada) y si la hay, puede reducirse a mera audiencia de alegatos sin fuerza legal ninguna sobre el fallo; pueden las partes no moverse para nada desde que se formularon las conclusiones del Ministerio Público. El juez a solas en su estudio, dentro de varios días, escribe y firma su decisión sobre el expediente del sumario instruído. Entonces, la dá a conocer: todo el juicio se redujo a su fallo."⁽³⁸⁾

Volviendo al punto de partida, es decir, a lo atinente a la graduación, ordenación o regulación, acerca del derecho fundamental de intransmutabilidad de base procesal, o garantía de litis cerrada, a que se orienta el texto de la fracción XVI del numeral 160, de la ley de amparo; estimamos preciso, pasar revista sobre algunos de los criterios sostenidos por la doctrina, antes de emitir el propio, por nosotros adoptado.

Sobre el particular, sostiene el maestro Borja Osorno: ". . . se sostiene que puede hacerse la clasificación del delito hasta antes de sentencia, porque se sostiene que de cambiarse la clasificación del delito en la sen-

(38) Acero, Julio. Ob. cit. pág. 177.

tencia, el acusado queda sin defensa por no haber sido oído. Estamos en contra de este criterio, sostenemos que debe reformarse la ley de Amparo, puesto que si el criterio dominante es: que el Ministerio Público acusa por hechos delictuosos y no por nombres, mas o menos exactos que se den a los hechos delictuosos; que el acusado se defiende de una conducta que se le imputa y no del nombre jurídico que se dé a esa conducta; no podemos llegar a la conclusión de que se le deje sin defensa cuando hay un cambio de nombre jurídico, máxime que el acusado, por regla general, no tiene conocimientos profundos en la ciencia jurídica." (39)

Sobre el propio texto de referencia, de la ley de amparo, expresa el maestro Arilla Bas: "La sentencia de be dictarse por el delito o delitos por que se haya seguido el proceso, es decir, por él o los señalados en el auto de formal prisión. El cambio de clasificación deberá sujetarse a lo dispuesto en la fracción XVI del artículo 160 de la ley de amparo. Se sostiene, por otra parte, que el juzgador no puede rebasar la acusación del Ministerio Público, toda vez que rebasarla sería tanto como substituirse en la función persecutoria, que solo a él compete, pero este criterio, aceptable en principio, debe armonizarse -

(39) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. pág. 404.

con el contenido del precepto de la Ley de Amparo, ante -
(40)
riormente invocado."

Por su parte, anota sobre el particular, el maestro Zamora Pierce: "La segunda hipótesis del artículo 160 de la Ley de Amparo, o sea aquella que se presenta cuando el Ministerio Público cambia la clasificación del delito - en sus conclusiones, exige una crítica aún mas enérgica. - Dado que la condena dictada por delito diverso del señalado en el auto deja en indefensión al procesado, la ley de Amparo cree resolver el problema, e impedir la violación - de garantías, afirmando que ello será posible unicamente - a condición de que ' . . . El quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio - propiamente tal.' Tal condición es de imposible cumplimiento. Ciertamente, el inculpado no ha sido oído en defensa - sobre la nueva clasificación durante el lapso procesal - transcurrido entre el auto de formal prisión y las conclusiones acusatorias, puesto que, en esa etapa procesal, no se ha producido la reclasificación del delito. Tampoco le será posible defenderse, después de presentadas las conclusiones acusatorias que reclasifican, contra la nueva imputación que se le hace, dado que, en esa etapa procesal, -

(40) Arilla Bas, Fernando. Ob. cit. pág. 164.

normalmente ya no se le recibirán pruebas. El derecho de -
defensa no es tal si no comprende la posibilidad de ofre -
cer y desahogar pruebas." (41)

Continuando sobre la línea analítica a que nos -
lleva el contenido normativo de la fracción XVI del nume -
ral 160 de la Ley de amparo, sostenemos en convencimiento,
orientado al aserto que la Constitución Federal, es el ín -
dice de validez formal de todas las leyes ordinarias, se -
cundarias o derivadas que conforman el sistema jurídico es
total, con lo que el desempeño legislativo ordinario, se -
encuentra limitado al confín trazado por el texto supremo -
del ordenamiento fundamental; por tanto, las disposiciones
normativas que prevengan los ordenamientos secundarios, ja
más podrán variar, matizar o graduar el espíritu legislati
vo imbuido en el texto constitucional del cual derivan, ya
que como diestramente aserta el Doctor Ignacio Burgoa: . . .
la actividad del legislador ordinario, originado por y en -
la Constitución, debe estar sometido a los imperativos de
ella y los fundamentales o efectos objetivos de dicha acti
vidad, o sea las leyes, tienen, consiguientemente, que su -
peditárseles también y, en caso de contradicción, debe op -
tarse por la aplicación de la Ley Fundamental, lo cual no

(41) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 155.

es otra cosa que la expresión del principio de la supremacía constitucional." (42)

Ahora bien, el texto enunciado por la fracción - XVI del artículo 160 de la ley de amparo, procura a todas luces, trazar la línea de aplicación a que deberá ceñirse el espíritu constituyente, expresado en el segundo párrafo, in capite, del precepto 19 del ordenamiento fundamental, - con lo que el ordenamiento secundario, viene a tasar la esencia a que debe ceñirse, o sea a graduar el contenido - del texto supremo, coonestando así, su vituperable disposición. En efecto, si conforme al derecho público fundamental, de índole procesal que consagra la primera hipótesis-normativa del párrafo segundo del precepto 19 constitucional, se garantiza, en protección del derecho de defensa - del procesado, la intransmutabilidad de la base fundamental en que se adosa la incoación procesal, deriva palmario, que ese derecho nunca podrá verse coartado por los órganos de autoridad, antes al contrario, posee el carácter de derecho mínimo, que garantiza, asociado de otros dispositivos de esa naturaleza, el derecho de defensa que codició el constituyente, por lo que cualquier actividad legislativa que menoscabe un derecho público subjetivo que como lí-

(42) Burgoa, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Séptima Edición. México, 1989.

mite inferior se reconoce al gobernado, estará actuando en contra de la entidad suprema normativa, que da soporte y vida a su actuación, como poder constituido, y consecuentemente, rebasando el valladar que con carácter de infranqueable, estableció el poder constituyente; con razón expresa pulcramente, el maestro Polo Bernal: "Todos los poderes deben mantenerse dentro de la orbita de sus competencias y obedientes a las normas que a través de la Constitución fijó el poder constituyente."⁽⁴³⁾

Siguiendo esta línea de pensamiento, cabe afirmar, que el párrafo segundo de la fracción XVI del numeral 160 de la Ley de amparo, orienta su contenido, a la normación del texto fundamental que preconiza la garantía de litis cerrada, y ante la inexacta y conculcatoria graduación imbibita en su contenido, la inoperancia de su aplicación, debe hacerse valer, a través del medio de control constitucional, que preveee nuestro régimen jurídico, es decir, mediante nuestro juicio de amparo.

Conforme al pensamiento, del Doctor Ignacio Burgoa: "la supremacía de la Constitución implica que ésta sea el ordenamiento 'cuspide' de todo el derecho positivo del Estado, situación que la convierte en el índice de va-

(43) Polo Bernal, Efraín. Manual de Derecho Constitucional. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. México, 1985. pág. 15.

lidez formal de todas las leyes secundarias u ordinarias - que forman el sistema judicial estatal, en cuanto que ninguna de ellas debe oponerse, violar o simplemente apartarse de las disposiciones constitucionales. Por ende, si esta oposición, violación o dicho apartamiento se registran, la ley que provoque estos fenómenos carece de validez formal, siendo susceptible de declararse 'nula', 'inválida', 'inoperante' o 'ineficaz' por la vía jurisdiccional o política que cada orden constitucional concreto y específico establezca."(44)

Por lo antes expresado, y sobre el soporte de la fundamentalidad y supremacía de la Constitución, como fuente de validez formal de todas las normas secundarias, e invocando el proloquio pronunciado por Don José María Iglesias, que reza: "Sobre la Constitución, nada; bajo la Constitución, todo.", es dable sostener, que la regulación contenida en el numeral 160, fracción XVI, segundo párrafo, de la ley reglamentaria de los preceptos constitucionales-103 y 107, se aparta manifiestamente de la garantía constitucional a que se contrae el precepto 19 constitucional, - en su párrafo segundo in capite, por lo que su aplicación, debe hacerse inoperante, al través de nuestro juicio de garantías, asimismo, en acatamiento, al precepto 133 cons-

(44) Burgoa, Ignacio. Ob. cit. pág. 359.

titucional, en concordancia con el 128 del propio ordenamiento fundamental, debe venerarse en forma rigurosa, el principio de supremacía constitucional conforme al cual, - la primacía aplicativa del Código Supremo del país, prevalece sobre cualquier disposición de índole secundaria; al respecto, afirma el Doctor Burgoa: " . . . si en el artículo 128 constitucional se impone a todo funcionario la obligación de guardar sin distinciones de ninguna especie la Constitución, es evidente que la intención del legislador constituyente fue en el sentido de revestir al ordenamiento supremo de primacía aplicativa sobre cualquier norma secundaria."⁽⁴⁵⁾

(45) Burgoa, Ignacio. Ob. cit. pág. 366.

**5.- LA EXEGESIS ANTAGONICA DE LOS TRIBUNALES
DE JURISPRUDENCIA, CON EL ESPIRITU LEGISLATIVO CREADOR DE
LA GARANTIA DE LITIS CERRADA.**

La faceta interpretativa es el marco fundamental insustituible, previo a la etapa aplicativa de los esquemas jurídicos regidores del cabal orden gregario que ambiciona todo sistema jurídico; en otras palabras, la interpretación de los supuestos normativos, es tarea anterior al acto de aplicación que atribuya la consecuencia jurídica al sujeto de la adecuación normativa. En efecto, el problema interpretativo de los criterios jurídicos normativos expresados en la ley, constituye una de las mas arduas cuestiones que envuelve la técnica jurídica, o doctrina de aplicación del Derecho; pero es conveniente, abordar esta cuestión, partiendo desde el principio.

La jurisprudencia técnica, es una disciplina del orden positivo, que tiene por objeto: "la exposición orde-

nada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación."⁽⁴⁶⁾ Esta disciplina, se encarga de dos aspectos de importancia total para el planteamiento de todo orden jurídico; a saber: uno teórico o sistemático y otro técnico o práctico; el primer aspecto, suele conocerse como sitemática jurídica, y el segundo, como técnica jurídica o doctrina de aplicación del Derecho. El primer aspecto o capítulo de la jurisprudencia técnica, o sea el de la sistemática jurídica, se dirige a la sistematización, agrupación, jerarquización y clasificación de los esquemas jurídicos o reglas de Derecho; la división, que es aceptada en nuestros días, en forma genérica, es la que agrupa a los preceptos jurídicos, en ramas de Derecho público y de Derecho privado, propuesta por los juristas romanos; no obstante, la tarea de sistematización, debe ir mas allá, al agrupar las reglas del derecho, en disciplinas especiales, y a su vez, en el ámbito temático de cada una de ellas, deben encontrarse varias partes, hasta agrupar institutos o instituciones, que desde este punto de vista, conforman la entidad de disposiciones normativas, que norman o reglaman tan aspectos de igual naturaleza, verbigracia: las normas-

(46) García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. Trigesimoctava Edición. México, 1986.pág. 124.

reguladoras de la prescripción en materia penal o civil, - la hipoteca, el matrimonio, etcétera.

Al lado del primer capítulo de la jurisprudencia técnica, o sea la sistemática jurídica, hallamos a la técnica jurídica, como arte de la interpretación y aplicación de las normas de Derecho. Su estudio, encierra el planteamiento de cinco problemas, o cuestiones fundamentales a - que puede dirigirse la aplicación normativa o técnica jurídica. Estos problemas, se compendian en lo siguiente: 1) - Determinación de la vigencia; 2) Interpretación; 3) Integración; 4) Retroactividad y 5) Conflicto de leyes en el - espacio.

Cabe advertir, que la técnica jurídica, o sea el segundo capítulo de la doctrina del orden positivo, conocida como jurisprudencia técnica, ubica en forma paralela a la técnica de aplicación de las normas jurídicas, la técnica de formulación, es decir, la técnica legislativa, sin embargo, debido a la finalidad de nuestro estudio, estimamos que sería demasiado prolijo, emprender el estudio amplio de todos los aspectos que abraza la jurisprudencia técnica, por lo que solo nos referiremos a una de las cinco cuestiones fundamentales que toca su segundo capítulo, referente a la técnica de aplicación, y es lo atinente, al problema interpretativo, como aspecto fundamental del proceso de aplicación del Derecho.

Define el maestro García Maynez, a la técnica jurídica, en estos términos: ". . . la técnica jurídica consiste en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que aquél (el Derecho) persigue."⁽⁴⁷⁾

Pero ahora nos corresponde, enfocar nuestra atención, al problema de la interpretación de las normas jurídicas, como cuestión cardinal de la técnica aplicativa del Derecho. El tratadista invocado, expresa que: "interpretar, es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos, por ello tiene significación . . . Interpretar ésta (la ley) es descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los 'artículos' de los Códigos."⁽⁴⁸⁾

Anota el propio maestro García Maynez: "El problema capital de la teoría de la interpretación es saber que debe entenderse por sentido de la ley."⁽⁴⁹⁾

En efecto, el sentido de la ley, es la intrincada cuestión, a que se contrae el desentrañamiento del tex-

(47) García Maynez, Eduardo. Ob. cit. pág. 318.

(48) García Maynez, Eduardo. Ob. cit. pp. 325, 327.

(49) García Maynez, Eduardo. Ob. cit. pág. 327.

to de la norma jurídica; este abstruso intrínquilis, ha llevado en el decurso evolutivo de su estudio, al planteamiento de numerosísimos métodos interpretativos, propuestos por otros tantos tratadistas.

Expresa el maestro Villoro Toranzo: "Recibe el nombre de 'Hermenéutica Jurídica' la disciplina que estudia y selecciona los métodos de interpretación de las leyes."⁽⁵⁰⁾ No obstante, a pesar de la ingente cantidad de criterios doctrinarios en torno a la hermenéutica jurídica, y en atención a lo prolijo que sería explorar en forma por menorizada cada uno de ellos, apreciamos oportuno, registrar el análisis de las dos tendencias dominantes, en el campo de la hermenéutica jurídica, que encierran posiciones antagónicas irreductibles, por lo que también analizaremos, la postura ecléctica, que en nuestro concepto, parece zanjar el campo del problema interpretativo.

El primer método interpretativo a que haremos alusión, es el tradicional o exegético. "El método exegético aparece en su forma más radical, que es la gramatical, en la época de los glosadores (siglos XII y XIII) . . . Aparece . . el culto al texto de la ley y con ocasión de la promulgación de la legislación napoleónica, se repite -

(50) Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial porruá. Octava Edición. México, 1988. pág. 255.

el fenómeno . . . Pero esta vez, con mayores conocimientos históricos, no se contentará con la exégesis gramatical - sino que aspirará al conocimiento de la intención del legislador." (51) "Como la ley es para los defensores de la doctrina que exponemos expresión de la voluntad legislativa, la interpretación de los preceptos legales debe reducirse a la búsqueda del pensamiento de su autor. Esta tarea, cuyo fin último consiste en descubrir la intención de los legisladores, es precisamente lo que se llama exégesis." (52) Los pasos que prevé el método exegético de interpretación, se condensan en lo siguiente: primero se parte de la interpretación gramatical del texto, es decir, se desentraña a partir de las reglas del lenguaje y la gramática; si esto no fuere suficiente, será menester desentrañar la intención legislativa, al través de las exposiciones de motivos, diarios de debates o discusiones parlamentarias y en general todos los trabajos preparatorios; y solo en caso, de que con los elementos anteriores, no sea realizable el desentrañamiento del querer legislativo, se acudirá a los principios generales del Derecho. El aspecto provechoso que reporta el uso de este método interpretativo, se dirige a la certeza jurídica que asegura; a este respecto, anota el maestro Villoro Toranzo: "La certeza -

(51) Villoro Toranzo, Miguel. Ob. cit. pág. 257.

(52) García Maynez, Eduardo. Ob. cit. pág. 334.

jurídica es un valor que debe proteger todo método de interpretación de la ley, el Derecho no puede cambiar al antojo de las soluciones judiciales. El juez no puede hacer a un lado, sin mas, las soluciones dadas por la ley." (53)

Percute en forma frontal, contra el pensamiento de la escuela referida, el criterio de la escuela alemana del derecho libre. Conforme al pensamiento sostenido por esta escuela: "Su preocupación ya no es la certeza del Derecho sino la justicia del caso que cree conculcada por las incomprensiones de una ley inflexible. Su solución: facultar al juez para que pueda resolver fuera de la ley y para que se atenga en todo caso al sentido que la comunidad tiene de la justicia . . . el jurista debe proteger a la Justicia, en cada caso, del anonimato, inflexibilidad e imprevisión de la ley; debe darse cuenta de que la vida social se transforma continuamente . . . las leyes no pueden prever todos los matices y circunstancias de la vida real y que, por consiguiente, habrá que tratar de lograr una aplicación del Derecho mas en contacto con la vida fluctuante y cambiante." (54) Los partidarios de esta doctrina, preconizan la actividad creadora del juez, al reputar insuficientes los textos jurídicos para dirimir la totalidad -

(53) Villoro Toranzo, Miguel. Ob. cit. pág. 258.

(54) Villoro Toranzo, Miguel. Ob. cit. pp. 259,260.

de las controversias del orden gregario, impulsan la actividad del juzgador hacia el plano de la actividad legislativa.

De las posturas doctrinarias sucintamente expuestas, se colige el antagonismo o incompatibilidad de ambas, la una, excluye a la otra; en efecto, si por una parte la inamovilidad del texto de la ley, y su fijación en el anhelo legislativo, conlleva a la certeza jurídica, por la otra, el dinamismo social que marcha de la mano de la conflictiva interpersonal, no encuentra en muchos casos, dirimir esa conflictiva, a partir de la letra de la ley, o del espíritu legislativo, que se mantiene estático, ante la vivacidad característica del mundo social; no obstante, adecuar la interpretación judicial al mundo fáctico de la dinámica conflictiva gregaria, corre el riesgo de olvidar el texto de la ley, de inaplicarla, y con ello aparecería reinante, la incertidumbre jurídica.

En medio de la postura adoptada por el método interpretativo exegético y la preconizada por la escuela del derecho libre, emana como posición ecléctica, el método de la libre investigación científica del derecho. Acorde a las ideas expuestas por esta doctrina, debe partirse de la concepción del sentido del texto de la ley; ciertamente, se conceptúa, al sentido del texto legal, no como mera ex-

presión gramatical, ni siquiera como expresión lógico sistemática, es decir como expresión empleada por el legislador en un contexto sistemático, ya que no son mas que medios, que conducen al conocimiento esencial del sentido del texto, y éste no es otra cosa que la valoración normativa que trató de defender el legislador, al crear la norma jurídica. Por ello, será necesario poner atención en las condiciones históricas dominantes en el momento del surgimiento de la ley, es decir, habrá que recurrir a la historia del derecho; la escuela de la exégesis, participaba de este criterio, pero su fin se dirigía a reconstruir la mente del legislador; en cuanto que el método de la libre investigación científica se dirige a la proyección de las tendencias actuales, pero sin trastocar el sentido de la ley; para lo cual, será necesario recurrir, a la dogmática jurídica; sobre este punto, expresa el maestro Villoro Toranzo, partidario de este método, lo siguiente: "Tanto la escuela de la exégesis como el método que defendemos hacen uso de la técnica de la historia del Derecho: exámenes de trabajos preparatorios, discusiones previas y exposiciones de motivos; reconstrucción de las condiciones históricas que prevalecían en la época de la elaboración de la ley, así como de los motivos por los cuales esta fué promulgada. La diferencia reside en los fines que motivan el uso de dicha técnica: La Exégesis pretende repensar la dog

mática jurídica que animaba al legislador, en tanto que no nosotros investigamos el pasado en cuanto que está eslabonado con la Dogmática jurídica del presente, en cuanto que integra las valoraciones que, mas o menos perfeccionadas, deben seguir siendo nuestro criterio de conducta."⁽⁵⁵⁾

Ahora bien, el tópico precipuo que atañe a nuestro estudio, se orienta hacia la hermenéutica jurídica del ordenamiento supremo del país, es decir, al exámen y valoración, de los métodos interpretativos, mas idoneos o apropiados, a la penetración y desentrañamiento del sentido de las normas fundamentales ínsitas en nuestra ley suprema, - así como de los órganos estatales, que poseen la facultad jurídica de interpretar el texto de los preceptos constitucionales.

Puede afirmarse, que el principio de supremacía del ordenamiento fundamental, guarda relación en línea recta por lo que hace al desentrañamiento del sentido de sus preceptos, en tanto que su interpretación, mantendrá prevalencia y primacía, por sobre cualquier interpretación de normas jurídicas ordinarias o secundarias, en caso de contradicción entre ellas.

En alusión a la hermenéutica jurídica o metodolo

(55) Villoro Toranzo, Miguel. Ob. cit. pág. 265.

gía interpretativa de la ley, el ínclito tratadista Ignacio Burgoa, señala los métodos interpretativos primordiales, al desentrañamiento del sentido del texto fundamental, existiendo entre ellos, una gradación en cuanto a validez y prevalencia, a saber: a) método gramatical; b) método lógico o conceptual; c) método sistemático y d) método causal teleológico; de esta metodología interpretativa, el invocado tratadista, se inclina por la idoneidad del método causal teleológico: "Este método (el causal teleológico) . . . es el mas idoneo para poder determinar el sentido, alcance y comprensión normativos de los preceptos constitucionales. La denominación de dicho método obedece a . . . la 'causa final' de todo acto humano, es decir, el conjunto de motivos inspiradores o determinantes de la conducta del hombre y el cúmulo de objetivos a los que ésta propende . . . Es en la causa final de todo ordenamiento jurídico donde descubrimos su verdadero y auténtico sentido normativo . . . La utilización del método causal-teleológico, en lo que a la interpretación constitucional atañe, obliga a inquirir sobre los motivos y los fines inspiradores de las disposiciones de la Constitución . . . la Constitución jurídica de un país debe reflejar . . . la Constitución teleológica. Los motivos y los fines de los preceptos constitucionales, según el método de que hablamos, hay que encontrarlos en esa Constitución real y teleológica donde estan

inmersos . . . el método causal-teleológico de interpretación constitucional consiste en la averiguación y determinación de todos los factores, elementos, circunstancias, - causas o fines que en un momento dado de la vida de un pueblo hayan originado la proclamación de postulados o de principios básicos que forman el contexto esencial del ordenamiento constitucional."⁽⁵⁶⁾

Puede apreciarse con nitidez, de las ideas del Doctor Burgoa, arriba trasuntadas, que el método interpretativo por el que mantiene predilección, o sea el causal-teleológico, en esencia, postula los mismos aspectos del método de la libre investigación científica, señalado ut supra, en cuanto que partiendo de la sólida base del desentrañamiento del sentido de la ley, o sea de la raigambre-teleológica del texto, se dirige al través de la investigación histórica, a la búsqueda de los elementos, circunstancias, causas o fines que en el momento histórico preciso, hayan originado la proclamación de los postulados o principios básicos que integran el espíritu del precepto, dentro del marco contextual de todo el ordenamiento constitucional, pero no dirigiéndose concretamente a desentrañar la voluntad del legislador, sino el espíritu del precepto,

(56) Burgoa, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Séptima Edición. México, 1989. pág. 396.

sistemáticamente apreciado, ya que como expresa el jurista Sebastian Soler: "La voluntad de la ley puede ser - intemporalmente buscada; no así la voluntad del legislador dotada de una vida concreta y finita."⁽⁵⁷⁾ En virtud del método a que aludí el Doctor Burgoa, como el mas apto para emprender el desentrañamiento del texto constitucional, se hace asequible su uso: "para acoplar las disposiciones - constitucionales, en su contenido esencial, a los cambios- que se operen en la diversificada realidad vital del pueblo, procurando evadir la necesidad de modificar constantemente las disposiciones de la Constitución. Es precisamente en este aspecto en donde descubrimos la ingente utilidad del método causal-teleológico, pues a través de él se determina el espíritu sustancial de un conjunto de normas- constitucionales, éstas, sin requerir ninguna enmienda, - pueden conservar su vigencia positiva dentro del marco donde incidan las transformaciones sociales, económicas, culturales o políticas de la colectividad como elemento humano del Estado y de sus diferentes grupos componentes."⁽⁵⁸⁾

Ahora bien, se hace ineluctable determinar cuales son los órganos del Estado, que poseen la facultad ju-

(57) Invocado por Villoro Toranzo, Miguel. Ob. cit. pág. 262.

(58) Burgoa, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Ob. cit.- pág. 397.

rídica de efectuar el desentrañamiento del texto del Código supremo; acerca de este tópico, es preciso señalar, que son dos los órganos estatales que gozan de la facultad exgética del texto de la ley fundamental: El poder legislativo federal, al través del Congreso de la Unión, y el Poder Judicial Federal, mediante los Tribunales Federales, o específicamente, por medio del Tribunal Supremo del país, ya sea actuando en pleno o en salas, y a través de los Tribunales Colegiados de Circuito.

En lo que toca a la facultad jurídica exgética del Poder Legislativo Federal, su atribución encuentra apoyo, en lo estatuido por los numerales 72, inciso F, y 73, -fracción XXX del propio ordenamiento fundamental, en atención a los cuales, el Congreso de la Unión, goza de la facultad exgética legislativa, es decir, mediante la expedición de leyes interpretativas, tiene acceso al desentrañamiento de la letra de la ley fundamental, no obstante, la legislación interpretativa que expida el Congreso de la Unión, estará supeditada, en el caso de apartamiento manifiesto del sentido codiciado por el precepto constitucional, a la interpretación de los Tribunales Federales, es decir, en el caso de que una ley exgética o interpretativa del texto de la ley fundamental, vislumbre alejamiento del sentido o alcance normativo del dispositivo constitucional, el gobernado, podrá impugnar esa ley exgética del Código Fundamental, a través del medio de control constitu

cional que consagra la propia ley suprema, o sea el juicio de amparo, que en todo caso, corresponderá conocer a los Tribunales Federales, quienes en modo definitivo efectuarán el estudio de la constitucionalidad de la ley, para lo cual deberán interpretar el propio texto constitucional.

En lo atinente a la exégesis de los Tribunales Federales, es a propósito del juicio de garantías, donde deviene su facultad interpretativa, si bien, al verificar el exámen sobre la constitucionalidad o apego irrestricto al mandato jurídico supremo, se hace patente, que esta misión, solo podrá efectuarse mediante la interpretación del texto constitucional, y como quedó expresado, esta última interpretación jurisdiccional, será la que en última instancia, o en forma definitiva disponga el derrotero exegético, que deberá atenderse para la aplicación normativa del precepto constitucional. Con razón aserta el conspicuo maestro Burgoa: "En lo que respecta a la interpretación jurisdiccional de la Constitución, las conclusiones que mediante ella se establezcan o declaren, son las únicas prevalentes y conforme a ellas debe entenderse y aplicarse el precepto constitucional interpretado, a pesar del criterio opuesto o distinto que se sustente en cualquier ley 'interpretativa' que hubiese emitido el mencionado Congreso Federal." (59)

(59) Burgoa, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Cb. cit. pág. 398.

En efecto, la exégesis jurisdiccional que realizan los Tribunales Judiciales Federales, en que de modo privativo recae la facultad de desentrañar el sentido del texto constitucional, se traduce en la exégesis culminante de la ley suprema del país, de acatamiento obligatorio para las entidades jurisdiccionales subordinadas jerárquicamente a ellos. En términos de lo estatuido por el párrafo séptimo del precepto 94 del propio ordenamiento fundamental, con remisión a la ley reglamentaria, se establece la obligatoriedad de las resoluciones judiciales interpretativas del texto constitucional, verificadas por los tribunales de jurisprudencia. Siendo la interpretación de estos tribunales, la exégesis cumbre, en lo que al desentrañamiento constitucional concierne, es necesidad imperiosa, determinar los aspectos atinentes a la jurisprudencia de los Tribunales Federales, analizando al menos sus rasgos o características esenciales; no obstante, es menester abordar este tópico, a partir de la idea de jurisprudencia, desde un punto de vista positivo legal, o mas concretamente positivo jurisdiccional, dejando de lado las consideraciones lógico-filosóficas que sobre el tema existan. El Doctor Burgoa, eminente autoridad en la materia, define a la jurisprudencia, desde un punto de vista positivo jurisdiccional, de esta forma: . . . se traduce en las consideraciones, interpretaciones, razonamientos y estimaciones -

jurídicas que hace una autoridad judicial en un sentido - uniforme e ininterrumpido, en relación con cierto número - de casos concretos semejantes que se presentan a su conoci- miento, para resolver un punto de derecho determinado . . . la jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y con- sideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, - respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y de terminados que surgen en un cierto número de casos concre- tos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autori- dades y que expresamente señale la ley."⁽⁶⁰⁾

Por su parte, el licenciado Arturo Serrano Ro - bles, conceptúa a la jurisprudencia, como: . . . el conjun- to de reglas o normas que la autoridad jurisdiccional que- cuenta con atribuciones al respecto, deriva de la interpre- tación de determinadas prevenciones del derecho positivo,- que precisan el contenido que debe atribuirse y el alcance que debe darse a éstas, y que, al ser reiteradas cierto nú- mero de veces en sentido uniforme, no contrariado, son - obligatorias para quien deba decidir casos concretos régi-

(60) Burgoa, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa, S.A. Vigésimonovena Edición. México, 1992. pp. 818,821.

dos por aquellas prevenciones." (61)

Sin lugar a dudas, la subsunción jurídica sinde-
rética, o aplicación recta de la norma jurídica abstracta,
al caso específico concreto que la dinámica conflictiva -
social planteo, requiere el desentrañamiento previo de la
norma legal por aplicar; pues bien, como ya vimos, la fa-
cultad de interpretar las normas constitucionales que pue-
den o no encontrar exacta cabida en un caso concreto de -
la problemática gregaria, corresponde de modo exclusivo -
(en cuanto al carácter obligatorio que la exégesis conlleva
hacia las demás autoridades jurisdiccionales de inferioridad
jerárquica) a los tribunales de jurisprudencia, o -
sea a la Suprema Corte de Justicia, ya sea actuando en ple-
no o en salas, y a los Tribunales Colegiados de Circuito, -
de tal forma, que al atender los casos concretos que a su-
jurisdicción competan, y al reiterar en cinco ocasiones -
ininterrumpidas, en la parte relativa a las consideracio-
nes, interpretaciones y razonamientos jurídicos de la sen-
tencia, es decir, en la parte de la resolución donde se -
aborda el fondo del negocio, o capítulo considerativo o de
considerandos, el mismo criterio, correspondiente a casos-
o asuntos de naturaleza análoga, se integrará la correspon-

(61) Suprema Corte de Justicia de la Nación. Manual del Juicio de Amparo. Editorial Themis. Primera Edición. México, 1988. pág. 169.

diente jurisprudencia que vendrá a desentrañar y dar luz - al texto constitucional, obscuro o controvertido, y en oca - siones creará o construirá el derecho, mediante la función de integración.

Ahora bien, la reiteración o repetición de consi - deraciones jurídicas, en las resoluciones a casos concre - tos de naturaleza análoga, por los tribunales de jurisp - ru - dencia, requiere de la votación unánime, o al menos mayori - taria de los integrantes del tribunal de que se trate, en - la proporción que la ley lo exige, para que constituya la - mencionada tesis jurisprudencial, que impondrá la obligato - riedad de su acatamiento de acuerdo al tribunal que la in - tegre, a sus inferiores jerárquicos, para que adopten el - criterio que la exégesis jurisprudencial soporte, al resol - ver casos de naturaleza semejante que hagan idonea y nece - saria su aplicación.

Empero, lo antes señalado, no constituye el úni - co caso conforme al cual pueden integrarse criterios jurisp - ru - denciales, pues bien, las Salas del mas alto Tribunal - del país, o los Tribunales Colegiados de Circuito entre si, pueden sustentar en sus tesis correspondientes, discerni - mientos encontrados, y ante tal contradicción, surgiría la incertidumbre de la tesis prevalente, por lo que el supe - rior jerárquico de que se trate, (en caso de contradicción

de tesis entre las Salas de la Suprema Corte, será el pleno de dicho alto tribunal, y en el caso de criterios antitéticos de los Tribunales Colegiados, será la Sala correspondiente, del mencionado alto tribunal) dilucidará la contradicción de tesis, previa denuncia que se haga por parte de quienes legalmente se encuentren facultados para ello, y esa sola resolución, pasará a integrar tesis jurisprudencial, con carácter obligatorio para todos los tribunales del país, lo mismo federales o locales, que judiciales o administrativos, del trabajo o militares.

En consecuencia, los tribunales judiciales federales, que poseen la facultad constitucional, de desentrañar el sentido del propio ordenamiento fundamental, y a su vez gozan de atribuciones para sustentar tesis de jurisprudencia, son:

a) El Pleno de la Suprema Corte de Justicia. En lo que atañe al pleno del mas alto tribunal del país, sus resoluciones constituyen jurisprudencia, siempre que lo sustentado en la parte relativa a los considerandos, se manifieste ininterrumpidamente en cinco ocasiones, correspondientes a casos jurídicos de naturaleza análoga o similar, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros.

b) Las Salas de dicho alto tribunal. Atinente a-

este punto, cabe mencionarse, que las resoluciones que estas expresen, establecen jurisprudencia, si satisfacen el requisito de reiteración, unanimidad en su parte considerativa, y analogía en los casos resueltos, y no encuentran interrupción, por tesis, que sustente criterio contradictorio, y además, si son aprobadas, por un mínimo de cuatro ministros, de los cinco que integran la Sala correspondiente.

c) Los Tribunales Colegiados de Circuito. Estos deben satisfacer, para establecer jurisprudencia, identicos requisitos que los expresados para el mencionado alto-tribunal, con la condición que las resoluciones en que se sustente la concordancia considerativa, sean aprobadas por unanimidad de votos de los tres magistrados que los integran.

En respecto a la obligatoriedad de la jurisprudencia; la que establezca el Tribunal Supremo del país, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas, si es la integrada por el Pleno, y además, para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares, Tribunales Judiciales del Orden Común de los Estados y del Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, Federales y Locales.

Por lo que hace a la jurisprudencia que establez

ca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito, es obligatoria para los Tribunales Unitarios, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares y Judiciales del Fuero Común - de los Estados y del Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, Locales y Federales.

Con todo, hoy en día el asunto concerniente a la obligatoriedad de la jurisprudencia que establezca nuestro mas alto tribunal, merced a las reformas a la ley de Amparo, con vigencia desde el año de 1988, han venido a desencajar, desconcertar y desquiciar el sistema regulatorio de la jurisprudencia, ocasionando la inseguridad jurídica y - un notable veneno de confusiones en la práctica procesal, - poniendo en alto riesgo de desaparición a la interpretación jurisdiccional de nuestro Tribunal Supremo, y lo mas grave del caso estriba en que esa interrupción podrá ser - decretada por sus inferiores jerárquicos, como lo son los Tribunales Colegiados de Circuito. En efecto, el artículo sexto transitorio del decreto de reformas a la Ley de Amparo, de fecha 21 de diciembre de 1987, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 5 de enero de 1988, - sostiene que: "La jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia hasta la fecha en que entren en vigor las reformas y adiciones que contiene el presente decreto, en las materias cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales Colegiados de Circuito de acuerdo a las propias re -

formas, podrá ser interrumpida y modificada por los propios Tribunales Colegiados de Circuito."

El artículo transitorio trasuntado, ha sido germen de todo tipo de críticas por los tratadistas de la materia, como es el caso del maestro Alberto del Castillo, - quien apunta: "Este es un error legislativo que viene a crear una serie de enfrentamientos jurisprudenciales y una inseguridad jurídico-procesal completa, máxime si se tiene en consideración que no se exigen mayores requisitos para que los Tribunales Colegiados de Circuito dejen de aplicar las tesis que durante varios años han sido la base para resolver los juicios de amparo."⁽⁶²⁾

Otra de las cuestiones, que ha venido a despertar la inquietud de los tratadistas de la materia, es lo concerniente a la extensión competencial, que en materia de jurisprudencia gozan los Tribunales Colegiados de Circuito, ya que mientras algunos autores afirman, que dichos Tribunales, pueden conformar tesis jurisprudenciales sobre cualquier aspecto interpretativo, inclusive sobre el Ordenamiento Máximo del país, con motivo de las resoluciones que produzcan en el ámbito de su competencia, o sea, al resolver los recursos de revisión, en tratándose de amparos bi-

(62) Del Castillo del Valle, Alberto. Ley de Amparo Comentada. - Editorial Duero S.A. de C.V. Primera Edición. México, 1990. pág. 219.

instanciales, o bien, en los casos de las resoluciones de fondo, en los amparos directos; otros autores, entre ellos los maestros Carlos de Silva y Nava e Ignacio Burgoa, sostienen la parvedad competencial en materia jurisprudencial, de los citados Tribunales Colegiados, sobre este punto, expresa el último tratadista mencionado: ". . . los mencionados Tribunales unicamente pueden crear jurisprudencia - respecto de reglamentos locales autónomos, no heterónomos. Por razones análogas, dichos Tribunales también pueden establecer jurisprudencia en materia suspensiva en amparos (63) bi-instanciales."

No obstante, lo substancial de estos tópicos, da do lo prolijo del tema, y estimando el aspecto central que trata de recoger este trabajo; aquí exponemos, en forma - por demás escueta, solo aquellos puntos, que hemos estimado de mayor trascendencia dentro del estudio de la jurisprudencia, desde un punto de vista positivo legal.

Los aspectos relativos a la formación, interrupción, modificación, obligatoriedad y publicidad de la jurisprudencia, se encuentran regulados por el título cuarto, capítulo único, del libro primero, que comprende de los nu merales 192 a 197-B de la Ley de Amparo, reglamentaria de

(63) Burgoa, Ignacio. El Juicio de Amparo. Ob. cit. pág. 831.

los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, una vez visualizados desde un panóptico general los puntos concernientes al desentrañamiento del texto de la ley fundamental, la hermenéutica jurídica propuesta para ese fin, así como los órganos constitucionalmente facultados para abordar la exégesis del Código Supremo del país, debemos dar paso al tópico central que implica el estudio de este punto.

El derecho público fundamental, de índole procesal, que consagra la primera hipótesis normativa del segundo párrafo, del precepto 19 del Ordenamiento Supremo, ha sido amplio pasto de controversia en lo que a su exégesis se refiere, por extensos sectores de la doctrina nacional, aún después de su desentrañamiento jurisdiccional, por el interprete máximo de nuestro texto constitucional. En efecto, como quedó anotado en el punto 2 del capítulo primero de este opúsculo, la polémica mas espesa, hace su aparición, en lo que a la exégesis de la garantía en comento se refiere, en lo concerniente al sentido legislativo otorgado al vocablo delito, usado por el legislador constituyente, en esa primera hipótesis normativa. Una vez analizada la hermenéutica jurídica, o metodología interpretativa de la ley, propuesta a través del decurso histórico evolutivo

de la técnica aplicativa del derecho, descuellan, como ya se apuntó, dos métodos de antagonismo a ultranza, de posturas irreconciliables, destacando de entre ambas posturas, - el método ecléctico, de absorción efectiva, hacia sendos - criterios contradictorios, que parece dar luz, a una cabal exégesis jurídica. En efecto, de entre las posturas antitéticas que representan por una parte el método interpretativo exegético, y la escuela del derecho libre, emerge como tendencia ecléctica la libre investigación científica del derecho cuyo designio principal, se dirige al desentrañamiento del sentido del texto de la ley, al conocimiento de la esencia del sentido de la letra del precepto, para lo cual no parte de la mera expresión gramatical, sino que se apoya o auxilia en el estudio lógico sistemático, o sea en el exámen del contexto jurídico del cuerpo legal, hasta arribar al verdadero sentido del texto, representado por las valoraciones que trató de defender el legislador al formular su norma legal, pero actualizando dinámicamente, - mediante un proceso de enlace o eslabonamiento, la dogmática jurídica que animó al legislador, con la dogmática del presente. Ahora bien, la técnica interpretativa del ordenamiento fundamental, ha descubierto, de entre la ingente gama de la hermenéutica jurídica, algunos métodos, que pueden emplearse en forma simultánea, adminiculándose recíprocamente, hasta hallar el sentido de la norma por desentrañar; el Doctor Burgoa, al estudiar lo atinente a la inter-

pretación constitucional, propone la utilización de los -
primordiales métodos interpretativos con referencia al de-
sentrañamiento del texto constitucional, de entre los cua-
les propone los siguientes, de los que cabe señalar, guar-
dan una gradación en cuanto a validez y prevalencia, a sa-
ber: a) el gramatical; b) el lógico; c) el sistemático y -
d) el histórico o causal teleológico. Este último método -
exegetico, es reputado por el invocado tratadista, como el
mas idoneo para determinar el sentido, alcance y compren-
sión normativos de los preceptos constitucionales, y al -
igual que el método de la libre investigación científica -
del derecho, repara en la averiguación y determinación de
los factores, elementos, circunstancias, causas o fines -
que en el momento histórico preciso hayan dado vida a los
postulados del texto constitucional, además, adecuando la
exégesis, a la diversidad del torrente vital del pueblo, o
sea, efectuando un estudio interpretativo actualizador del
texto, al momento histórico preciso en donde la letra del
precepto o mejor dicho, la mente de la ley encuentren cabi-
da, para dirimir el punto concreto de la actividad social.

Siguiendo el anterior orden de ideas, adminicu -
lando en forma mutua la hermenéutica jurídica propuesta pa-
ra la penetración o desentrañamiento del sentido esencial-
del precepto constitucional que nos ocupa, o sea el nume-
ral 19 en su segundo párrafo in capite, y apreciando que -

el pasto de la apretada polémica interpretativa, se orienta al desentrañamiento del vocablo delito, es menester, dada la equivocidad que parece envolver la connotación del expresado vocablo, efectuar la interrelación interpretativa, es decir, verificar el estudio sistemático o armónico del vocablo, para lo cual, partimos del exámen realizado sobre la connotación de la misma voz delito, empleada en diversas ocasiones por el constituyente, al reglamentar el propio capítulo de las garantías individuales; en efecto, al verificar el estudio del sentido que el constituyente confirió a la voz delito, ocupada al redactar los diversos preceptos que conforman los derechos públicos subjetivos en materia penal, cuya cuestión se trató en el segundo punto del capítulo primero de este opúsculo, a cuyas consideraciones nos remitimos, encontramos, al efectuar el análisis del citado vocablo delito, que no posee la misma connotación en las distintas ocasiones que el legislador constituyente lo empleó, basta señalar a guisa de paradigma, el empleo de la expresada voz delito, en los preceptos 18-párrafo primero in capite: "Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva . . ." y 20, fracción I.- ". . . siempre que dicho delito, incluyen do sus modalidades . . ." en los cuales es apodíctico colegir, que el constituyente aludió por "delito", a la nomenclatura típica asignada por el catálogo de delitos, a los-

hechos conformadores del evento fáctico delictivo, en contraposición a la expresión "delito" que el constituyente usó en la segunda hipótesis normativa del precepto 23 del ordenamiento máximo: ". . . Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene . . ." de donde se colige de modo palmario, que en esta ocasión, el constituyente le asignó la connotación de hechos delictuosos, de evento histórico-delictivo, y no de catalogación típica legal. En consecuencia, el estudio de conjunto, o armónico sistemático de los preceptos de la norma básica del país, nos permiten descubrir, que la connotación atribuida por el autor del cuerpo legal fundamental, al vocablo delito, no es la misma, dentro de la redacción de las diversas disposiciones reguladoras de los derechos fundamentales del individuo. Ahora bien, adquiere relevancia cardinal, para nuestro propósito, la disquisición que puede derivarse de la lectura de los puntos conducentes del Diario de los Debates del Congreso Constituyente, que en la parte relativa a nuestro estudio, puede leerse: ". . . La Comisión sugiere solamente una enmienda de estilo en la primera parte del párrafo segundo del artículo, para hacer mas claro el concepto. Los hechos señalados en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente, cambiarse, supuesto que han sido consumados; LA CALIFICACION DE ELLOS ES LO QUE PODRIA ALTERARSE; creemos que esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo

proceso seguirá en averiguación solamente del delito o delitos imputados en el auto de formal prisión . . ."

Creemos, por lo hasta aquí expresado, que es inconcusos, apodíctico e irrefragable la connotación, que el autor de nuestro Ordenamiento Fundamental asignó a la expresión delito, en la hipótesis normativa de mérito, a que hemos venido aludiendo; es decir, el constituyente de 1917 asignó a la voz delito, (en la cual se aglutina el sentir controvertido de las diversas interpretaciones doctrinales) que empleó en la primera hipótesis normativa del párrafo segundo, del precepto 19 constitucional, la acepción, o significación, de nomenclatura típica, que el catálogo legal de delitos, atribuya en abstracto, a los sucesos, acontecimientos o hechos de naturaleza ilícita o contrarios a Derecho, que el legislador reputa como delictuosos, es decir, al nomen iuris de esos hechos.

No obstante, pese a lo impoluto que conforme a nuestro sentir deja entrever el sentido legislativo constituyente; la doctrina casi en forma unánime, así como el desentrañamiento que arroja el máximo interprete de la ley fundamental, son acordes en atribuir con arreglo a su análisis exegético, que el precepto constitucional en comento, alude en cuanto a la expresión delito, a la connotación de hechos, sucesos o acontecimientos delictivos, perpetrados-

en el mundo de relación, o sea, sin que sirva de obstáculo lo expresado por el constituyente, al través de la discusión del precepto sometido a su consideración, y que se encuentra consignado en el Diario de los Debates, el cual establece, un elemento de inapreciable valor, para obtener el fiel designio de la ley; y esto obedece, en forma importante, a la situación inicua que ocasionalmente llega a derivar, al estimar al plurimencionado vocablo delito con la acepción de nomenclatura típica legal que consagra el catálogo de delitos. En efecto, conforme a esta exégesis, la fase instructoria del proceso, y el juicio, deberán nutrirse de la comprobación, acusación y decisión dirigida en forma concreta a la figura típica, que técnicamente estimada, fué comprobada en su corporeidad delictiva por el juzgador al sentar la base del proceso mediante el auto de bien en preso, de forma tal, que se hace imposible la mutación-clasificatoria de la figura típica que dió lugar, mediante su comprobación corporea, a la incoación del proceso. Esta situación, inquieta sobremanera a la doctrina, en vista de que la invariabilidad o intransmutabilidad de la base procesal pudiera llevar, en el caso de error clasificatorio de la base procesal, a la absolución del procesado, en quien pudiera recaer, el peso de las probanzas comprobatorias de su responsabilidad penal, en una figura delictiva, de nomenclatura típica disímil a la que motivó la formal -

prisión, pero partiendo, del mismo contenido fáctico, lo cual, se antoja injusto y de grave riesgo social. Esta situación, ha llevado a múltiples tratadistas a expresar su desavenencia, con el sentido que resulta, de la última interpretación, como es el caso del maestro Borja Osorno, quien sobre este tópico, anota las siguientes observaciones: "Las garantías individuales establecidas por la Constitución, no tienen por objeto asegurar la impunidad de los delincuentes y menos, cuando ésta se consiga mediante el aprovechamiento de errores en que haya incurrido alguno de los funcionarios que intervienen en el mecanismo judicial, si estas equivocaciones son reparables fácilmente y sin restringir en lo más mínimo el derecho de defensa, ni afectar la verdad histórica demostrada en los procesos . . ."

(64)

Observación similar, hace el maestro Julio Acero; al expresar: . . . se llegaría al absurdo de tener que poner en la calle a un delincuente aun a pesar de las pruebas palpables de su culpabilidad solo por un descuido, error o deficiencia del instructor que al decretar la formal prisión preventiva no había apreciado las cosas conforme al cartabón exacto y correcto, impidiendo la condena -

(64) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. pág. 401.

por cualquier otro capítulo de dicho cartabón." (65)

A nadie escapa, la finalidad que persiguen los derechos públicos subjetivos, que con carácter fundamental el Código Político de la Federación, reconoce en escala mínima a todo gobernado, e indefectiblemente, que las garantías individuales, no tienen por objeto, asegurar la impunidad de los delincuentes; pero no debemos desatender, que estamos inmersos en un Estado de Derecho, que se encuentra matizado por el principio de juridicidad, conforme al cual, todos los actos del poder público deben subordinarse al Derecho, y el desconocimiento del respeto a las normas de Derecho, reguladoras del quehacer social, nos arrastraría a la anarquía, con grave mengua al imperio de la ley; no cabe duda, que en nuestro sistema jurídico, todo aquél que realiza conductas que poseen traza delictiva, es decir, que guardan aparente adecuamiento con la descripción que previamente verificó el legislador, de las conductas que estimó delictuosas, en este caso, el sujeto, sedicente transgresor de la ley penal, encontrará égida o protección en los derechos públicos subjetivos que le reconoce nuestro sistema jurídico, como facultades mínimas, que se enderezan a la factibilidad defensiva con que pueda contar, -

(65) Acero, Julio. Ob. cit. pág. 145.

por ello, al desentrañar el sentido substancial del precepto que nos ocupa, es ineludible advertir la necesidad - que indujo su reglamentación, el mal que quiso evitarse, - el aspecto social que trató de protegerse, y visualizar en todo momento al precepto como lo que es, una norma tuitiva a los derechos mínimos de todo individuo, que en la especie, encuentra involucrados sus mas altos valores humanos, al verse inmerso en el procedimiento penal, y si bien, es peligroso y de gravísimo riesgo social, además de alejado abismalmente de los valores precipuos que pregona el Derecho, como la justicia y la epiqueya; la situación que deriva, de la absolución del enjuiciado sobre el cual se encontraron pruebas abrumadoras que demostraban su responsabilidad, solo por el hecho, de haber existido yerro clasificatorio al efectuar el juzgador la subsunción jurídica conforme a la cual estimó la comprobación del cuerpo del delito, que en forma ulterior, resultó no encontrarse comprobado, sino solo en apariencia, y engastando los hechos delictuosos o contenido fáctico delictivo, en otra figura típica, sobre la cual no se adosó la incoación del proceso respectivo; tampoco debemos tolerar, que ante ese extremo, se desconozca el texto de la ley, y se interprete en forma derogatoria; a este respecto, deseamos invocar las palabras del reconocido procesalista Jesús Zamora Pierce: ". . . El hecho de que la aplicación puntual y respetuosa de las ga-

rantías individuales pudiera excepcionalmente producir una consecuencia que estimamos injusta, no es argumento válido para interpretar el texto constitucional en forma derogatoria. Ningún malabarismo puede borrar las palabras textuales del Constituyente . . . conforme a las cuales es la calificación de los hechos en el auto de formal prisión la que no puede alterarse. A idéntico conflicto puede llevarnos la aplicación de otras garantías. No cabe duda, por ejemplo, que algunos delincuentes escapan a la acción penal porque las autoridades no pueden atormentarlos para arrancarles la verdad, y, en algún caso excepcional, el non bis in idem puede servir de escudo a un delincuente contra las pruebas de su culpabilidad tardíamente encontradas. No obstante, los Estados democráticos modernos consagran los derechos humanos del procesado penal en su legislación positiva, como única solución contra los abusos que prevalecieron bajo el procedimiento inquisitorial, y aceptan como contrapartida la posible situación límite en la cual la garantía protege al culpable. Si no estamos dispuestos a pagar ese precio tendremos que optar por la solución contraria, consistente en derogar todas las garantías y otorgar carta blanca al Estado para que persiga a aquellos a quienes atribuya la comisión de un delito, sin poner límite ni cortapisa a su actuación." (66)

(66) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 157.

Empero, pese a que el desentrañamiento exegético de los tribunales de jurisprudencia en referencia a la garantía de litis cerrada, pretendió desvanecer todo viso de iniquidad y alejamiento de la justicia, el inconveniente - no quedó zanjado cabalmente, ya que hoy en día, el apartamiento de la justicia, de la epiqueya, y el gravísimo riesgo social, se mantiene vivo, latente y subsiste potencialmente; ciertamente, el desembarazado derrotero que ante la exégesis jurisprudencial parece encontrar la justicia, como valor precípua del Derecho, encuentra grave escollo en la dilatadísima facultad conferida al órgano que ejerce monopolicamente la acción penal. Así es, al concederse al Ministerio Público la potestad clasificatoria de los hechos, o aplicadora del Derecho, al puntualizar o perfeccionar el ajercicio de la acción penal, mediante la acusación concreta que formula en sus conclusiones, no solo conculca la actividad monopólica del órgano jurisdicente, único aplicador del Derecho, sino que al trazar el cerco al que forzosamente deberá circunscribirse el desdoblamiento del plenario, es de grandeza asequible el yerro clasificatorio en que pueda incurrir el representante social, empero este último error de catalogación de los hechos vendría a ser irreparable, en razón de que el juzgador no podrá rebasar, al resolver el fondo del asunto, la acusación final del Ministerio Público, que si bien, conforme a la exégesis ju -

risprudencial que mas adelante reproduciremos, el representante social, al no estar constreñido a acatar la base procesal que estableció el auto de formal prisión o sujeción a proceso en su caso, al formular sus conclusiones, bien pudiera, aunque remotamente, darse el caso de que enmendara el yerro clasificatorio en que incurrió el juzgador, al catalogar tipicamente el contenido fáctico criminal, mediante la comprobación de la corporeidad delictiva correspondiente, en otras palabras, al depositarse, a través de la exégesis jurisprudencial del precepto en cuestión, la potestad omnímoda en manos del representante social, para catalogar en forma definitiva el contenido fáctico delictual, en el molde típico correspondiente, lo que equivale a aplicar el Derecho, y para lo cual, no será de ordinario ineludible, que fije su acusación, sobre la materia del proceso que quedó perfectamente delimitada en el auto de formal prisión; esta posición, hace de suyo, la potencial-peligrosidad para los intereses sociales, en caso de errar su criterio de catalogación, y acusar por una figura típica diversa a la que de facto, pudiera comprobarse legalmente, arrastrando consigo, la absolucíon del enjuiciado, a pesar de que su conducta, tenía adecuación en una figura delictiva diversa, a aquella por la cual se acusó en definitiva, lo cual a todas luces, se aleja abiertamente del propósito que quiso evitar la exégesis jurisprudencial. Si bien, no pasamos por alto, la remota posibilidad de que el

representante social, como ya quedó anotado, pueda resar -
cir el yerro de catalogación típica de los hechos, en que -
pudo incidir el juzgador, a pesar de que ello lo estimamos
remoto, aunque factible, dada la calidad de seres humanos -
que poseen los jueces, y por tanto de falibles. Uno los ca -
sos que atrae poderosamente la atención de los tratadistas
de la materia, es lo concerniente a la transmutación fácti -
ca, de la figura típica de lesiones a homicidio, durante -
el desdoblamiento de la secuela instancial, para lo cual, -
estiman, que la exégesis jurisprudencial que han verifica -
do los Tribunales Judiciales Federales, es recomendable, y
además, soluciona el problema de injusticia que tal situa -
ción pudiera traer consigo, no obstante, este tópico será -
abordado en el último capítulo de este sencillo trabajo, a
cuyas consideraciones nos remitimos.

No queremos dejar de lado, las opiniones de la -
doctrina, en referencia a la irresolución cabal del proble -
ma de iniquidad que pudiera surgir en caso de inamovilidad
de la base procesal, para lo cual, la exégesis de los tri -
bunales de jurisprudencia intentó y creyó dilucidar amplia -
mente esta cuestión. Al efecto, reproducimos los criterios
del procesalista Julio Acero, quien al respecto señala: -
"Desgraciadamente no parece que esa jurisprudencia deje de
tener frecuentes lagunas ni sobre todo graves cortapisas, -
la principal de las cuales es la condición que se impone -

en buena parte de las ejecutorias citadas para aceptar una sentencia que cambie el concepto jurídico de condenación - apuntado por el auto de formal prisión, de que tal cambio se haya propuesto por el Ministerio Público en sus conclusiones, prefiriendo cuando así no sucede que el delincuente quede impune, antes que admitir que con la alteración - del nombre de la transgresión, se varíe también el capítulo legal de la acusación del Representante Social . . . Es te viene a ser así en último término el arbitro único para que se pueda enmendar un error patente o cometer otro peor o hacer irremediable el primero. Si el auto de formal prisión fué equivocado y el Ministerio Público no rectificó - la clasificación respectiva, el lapsus queda irreparable; - no se podrá ya variar dicha clasificación ni por consi - guiente condenar a pesar de la convicción de culpabilidad - ! Y todavía aunque el auto de formal prisión haya sido co - rrecto; si el agente acusador comprendió el caso en otros - preceptos inaplicables, hasta ese yerro ajeno se impone - también al juzgador que no podrá juzgarlo para su enmienda y quedará también imposibilitado para condenar ni por el - delito verdadero, porque no se acusó por él, ni por el de - lito por el cual se acusó por que no existe! !Otra serie - de delincuentes enviados por esto a la calle aunque estén - convictos y confesos!"⁽⁶⁷⁾

(67) Acero, Julio. Ob. cit. pág. 146.

Todavía respecto a este punto, expresa el maestro Borja Osorno: " . . . esa impunidad se logra indefectivamente siempre que es el Ministerio Público el que incurre en el yerro al clasificar jurídicamente los hechos materia de la formal prisión y del fallo, por que en tales casos, debe 'concederse el amparo para el efecto de que se pronuncie nueva sentencia, que se ajuste a los términos de la acusación.' O sea, dicho en otras palabras, para que se absuelva al reo a pesar de que esté probado que cometió el delito señalado por sus elementos constitutivos propios, - en la formal prisión. Esta conclusión, injusta, indebida - y hasta inmoral, a buen seguro que no pasó por la imaginación siquiera del constituyente, al atribuir privativamente al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal." (68)

Nos resta dar paso, al trasunto de los criterios exegéticos vertidos por los tribunales de jurisprudencia, - con respecto al precepto constitucional que ocupa nuestra atención, mismos que en algunos casos establecen tesis que sientan precedente, y en otros, tesis jurisprudenciales - definidas:

(68) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. pág. 401.

DELITO, CLASIFICACION DEL.- Para que la clasificación del delito por el cual se dictó el auto de formal prisión, pueda variarse en la sentencia, es requisito indispensable que se trate de los mismos hechos delictivos.

Tomo XXVII - Salazar, Gregorio, Pág. 831. -

Tomo XXVII - Lestegast Pérez, Ernesto. Pág. 921.

Tomo XXVII - Navarro Efrén, Carlos. Pág. - 2698.

Tomo XXVII - Rivera Trejo, Pablo. Pág. 2698

Tomo XXVIII - Hurtado, Aurelia y Coag. pag. 275.

Jurisprudencia 97 (Quinta Epoca) página 214, Sección Primera, Volumen 1a. Sala.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII), se publicó con el mismo título, N° 321, pág. 618.

Tesis de Jurisprudencia Definida número 108, Apéndice 1917-1975, Segunda Parte, Primera-Sala, Pag. 239.

Tesis de Jurisprudencia Definida número 90, Apéndice 1917-1985, Segunda Parte, Primera-Sala, Pag. 201.

CLASIFICACION DEL DELITO.- No se viola la garantía del artículo 19 constitucional, cuando se cambia la clasificación del delito por el que se ha seguido el proceso, siempre que los hechos, materia del mismo,-

no hayan variado; mas esta tesis no es aplicable cuando el Ministerio Público, tanto - en primera como en segunda instancias, formula conclusiones acusatorias y sostiene éstas, señalando al quejoso como responsable de determinado delito, y en la sentencia se cambia esta clasificación, lo cual evidentemente impide que el reo pueda defenderse de una imputación que viene a aparecer hasta - el fallo, el cual debe ser congruente con - la acusación, a efecto de no incurrir en el desconocimiento de la garantía que consagra la fracción IX del artículo 20 constitucional.

Quinta Epoca: Tomo XXVIII, Pag. 512.- Morales Martínez, Eduardo.

CLASIFICACION DEL DELITO, CAMBIO DE LA.- La Primera Sala de la suprema Corte ha sostenido constantemente, en diversas ejecutorias, que no se violan garantías en perjuicio de los indiciados, cuando se cambia la clasificación de los hechos delictuosos que se les imputan, siempre que durante el proceso hubiesen tenido la posibilidad de defensa en relación con los hechos imputados.

Quinta epoca: Tomo LXXX, Pag. 4595.- Benítez, Enrique y Coags.

CLASIFICACION DEL DELITO. ACUSACION.- El Ministerio Público, al ejercitar la acción pe

nal, consigna "hechos" a la autoridad judicial y a ésta corresponde al través del auto de formal prisión, hacer la clasificación del delito sobre el cual versará el proceso, no pudiendo variarse dicha clasificación en la sentencia, salvo que el Ministerio Público lo haga así al formular conclusiones, siempre y cuando los hechos que se estimen comprendidos en la nueva figura sean los mismos de los que se ocupó la causa.

Amparo directo 1094/1957. Ramón Nuñez de Luna. Enero 27 de 1959. Unanimidad de 4 votos. 1a. Sala. sexta Epoca, Volumen XIX, Segunda Parte, Pág. 76.

DELITO, CLASIFICACION DEL.- No existe violación de garantías, aun cuando se varíe la clasificación del delito, si los hechos materia del proceso no sufren alteración en la sentencia.

Amparo directo 7388/1962. Antonio Valdez Rodríguez. Enero 9 de 1964. Mayoría de 4 votos. 1a. Sala. Sexta Epoca, Volumen LXXIX, Segunda Parte, Pág. 18.

DELITO, CLASIFICACION DEL.- La tesis de jurisprudencia número 97, visible en la página 214 de la segunda parte del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, que reza: "Para que la clasificación del de

lito por el cual se dictó el auto de formal prisión, pueda variarse en la sentencia, es requisito indispensable que se trate de los mismos hechos delictuosos", no es aplicable cuando el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias señalando al quejoso como responsable de determinado delito y en la sentencia se cambia esta clasificación, lo cual evidentemente impide que el reo pueda defenderse de una imputación que aparece hasta el fallo.

Séptima Epoca, Segunda Parte: Vol. 40, Pág. 29. A.D. 5248/71. José Luis Castellanos Villanueva. Unanimidad de 4 votos.

DELITO, CLASIFICACION DEL.- El artículo 19-constitucional no se refiere a la clasificación jurídica del delito, sino a los hechos que aparezcan demostrados, de acuerdo con las circunstancias de lugar, tiempo y ejecución de aquéllos.

Séptima Epoca, Segunda Parte: Vol. 64, Pág. 21 A.D. 121/73. Hipólito Díaz Gutierrez. - 5 votos.

CLASIFICACION DEL DELITO, CAMBIO DE LA, EN LA SENTENCIA.- Las conclusiones del Ministerio Público constituyen el límite de la actividad jurisdiccional del juzgador, dado que es aquel funcionario a quien, por mandato constitucional, corresponde el ejercicio

de la acción penal, el cual se perfecciona en el momento en que formula conclusiones; por tanto, debe estimarse legal la variación de la clasificación de los delitos, cuando se trate de los mismos hechos, pero además haya acusado en ese sentido el Ministerio Público, pues lo contrario implicaría rebasar los límites de la acusación; de manera que en la sentencia se hace una reclasificación del delito al tener por acreditada una modalidad por la que no se ejercitó acción penal, hay violación del artículo 20 constitucional.

Séptima Epoca, Segunda Parte: Vols. 145-150, Pág. 58 A.D. 4447/80. Victor Hernández Gil. Unanimidad de 4 votos.

DELITO BASE DE LA SENTENCIA.- El Ministerio Público puede en sus conclusiones variar la clasificación del delito perseguido, siempre que se trate de los mismos hechos; y el juez no viola garantías en perjuicio del acusado al admitir el cambio de clasificación; mas si lo que se transmuta no es propiamente la clasificación, sino la naturaleza del delito, como ocurre en el presente caso, en que el delito de "golpes simples", se substituye por el de "tentativa de violación" y por este delito no incluido en la consignación, ni en el auto de formal prisión, dicta sentencia condenatoria, violando con ello las garantías consignadas en el se

gundo párrafo del artículo 19 constitucional.

Amparo Directo 9207/63/1a. Pedro Cruz Tovar. Resuelto el 9 de julio de 1964, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. José - Luis Gutiérrez Gutiérrez. Srío. Lic. José M. Ortega. 1a. Sala. Informe 1964, Pág. 30.

CLASIFICACION DEL DELITO, CAMBIO DE LA CONCLUSIONES ACUSATORIAS.- Si el Ministerio Público, al formular conclusiones cambió la clasificación del delito y el acusado y quejoso fué oído en defensa durante el juicio propiamente tal, el procedimiento fue legal y la sentencia que lo condenó por el nuevo delito no es violatoria de garantías.

Amparo directo 1394/1959. Enrique Olvera - González. Julio 3 de 1959. 5 votos. 1a. Sala. Sexta Epoca, Volumen XXV, Segunda Parte, Pág. 28.

DELITO, CAMBIO DE CLASIFICACION DEL.- La tesis de Jurisprudencia número 49, de la Segunda Parte del Apéndice de 1917 a 1965, bajo el rubro: "Clasificación del delito, cambio de la , en la sentencia" establece que "De manera constante la Suprema Corte de Justicia ha otorgado la protección Constitucional a aquellos quejosos a quienes se condena por delito distinto del que en realidad se cometió, porque con ello se viola el

artículo 14 de la Constitución General de la República, que prohíbe la aplicación analógica o por mayoría de razón de la ley respectiva." Como se aprecia, la tesis transcrita se refiere a que los quejosos hubieren sido condenados por un delito distinto al que en realidad cometieron, aplicándoseles la ley en forma analógica o por mayoría de razón, situación que no se contempla si los acusados son sentenciados por los mismos hechos que se les atribuyeron al dictarse el auto de formal prisión; y si el Ministerio Público, al formular conclusiones, cambia la clasificación del delito y los acusados son oídos en defensa durante el juicio, el procedimiento resulta legal y la sentencia que los condene por el nuevo delito no resulta violatoria de garantías.

Séptima Epoca, Segunda Parte: Vol. 45, Pág. 25 A.D. 1923/72. Ciro Manuel Rojas Rodríguez y Julián Valdez Hernández. Unanimidad de 4 votos.

En respecto a las dos últimas ejecutorias reproducidas, se hace patente, conforme a nuestra modesta opinión, que encuentran su fundamento y soporte en lo estatuido por la fracción XVI del numeral 160, de la Ley de Amparo, misma que reputamos en principio de dudoso y vacilante arreglo al precepto constitucional que desentraña, o sea -

al 19, párrafo segundo in capite; es decir, las ejecutorias de mérito, en nuestra opinión, parten en sus ratiocinios de una base de deleznable consistencia, al encontrarse apartada del designio del precepto que desentraña, y en tal virtud, resulta incuestionable, que el silogismo resultante, al partir en germen, de una premisa errónea, está condenado a ser igualmente erróneo, por alejado, del exacto sentir de la ley, del espíritu del precepto o esencia fundamental del mandato de la ley suprema; si bien, al provenir del máximo exégeta del Ordenamiento Fundamental, posee la relevancia que es debida, no obstante, encontrar sustentáculo en un precepto secundario de ley interpretativa. Tocante a este tópico, deseamos recoger algunos criterios adoptados por la doctrina. En lo atinente a esta cuestión, expresa el connotado Doctor Ignacio Burgoa: ". . . si el Congreso de la Unión expide una ley que 'interpreta directamente' algún precepto de la Constitución, esa ley puede no coincidir con el verdadero sentido y el correcto alcance normativo del precepto de que se trate, circunstancia que provocará la inconstitucionalidad de la ley, que por este vicio puede ser enjuiciada en vía de amparo ante los Tribunales Federales competentes, debiendo la Suprema Corte emitir la decisión definitiva y última que declare o establezca la correcta interpretación constitucional."⁽⁶⁹⁾

(69) Burgoa, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Ob. cit.-

Por su parte, sobre el particular, anota el maestro Villoro Toranzo: "La interpretación auténtica (o legislativa) obliga a todos no sólo respecto de aquellos preceptos de la ley primaria que interpreta, sino también de aquellos nuevos principios que introduce para integrar las lagunas de la ley primaria. ¿Que pensar cuando el ordenamiento interpretador contradice o corrige preceptos de la ley que interpreta? En principio . . . un ordenamiento jurídico no puede contradecir a otro de categoría superior. Sin embargo, se da el caso en que la interpretación auténtica manifestada en un ordenamiento inferior es usada por la Autoridad como un medio de suavizar la dureza de algunas normas interpretadas que no alcanzaron plena aceptación de los súbditos."⁽⁷⁰⁾

pp. 397, 398.

(70) Villoro Toranzo, Miguel. Ob. cit. pág. 255.

CAPITULO IV.

1.- LA ACUSACION SEPARADA POR HECHOS DELICTUOSOS DIVERSOS DE LOS QUE MOTIVARON EL PROCESO.

2.- LA PROBLEMATICA DERIVADA DE LA TRANSMUTACION FACTICA DE LA FIGURA TIPICA DE LESIONES A HOMICIDIO, DURANTE LA SECUELA PROCEDIMENTAL.

1.- LA ACUSACION SEPARADA POR HECHOS DELICTUOSOS
DIVERSOS DE LOS QUE MOTIVARON EL PROCESO.

"En el proceso penal canónico el juez disfruta -
de amplios poderes para buscar por sí los elementos de con-
vicción y está facultado para hacer uso de los procedimien-
tos que mejor le parezcan, inclusive el tormento, los azo-
tes y las marcas. Es el árbitro supremo de los destinos -
del inculpado, a quien se priva de todo derecho y se le ve
da el conocimiento de los cargos que existen en su con -
tra." (1)

"Nicolas Eymeric, inquisidor general de Aragón, -
escribió, a mediados del siglo XIV, una obra llamada Ma -
nual de Inquisidores, que resumía los procedimientos segui-
dos por la Inquisición y que sirvió como regla de práctica
y código criminal en todas las inquisiciones del orbe cris-
tiano. Esa obra nos informa que el procedimiento era se -

(1) González Bustamante, Juan José. Ob cit. pag. 12

creto para el reo y que, cuando finalmente, encontrándose lista la causa para sentencia, se le corría traslado de la acusación, ésta se le comunicaba tan solo parcialmente, suprimiendo y deformando la información, con el expreso propósito de impedirle un conocimiento cabal de la misma. Dice Eymeric: "Cuando se da traslado de la acusación al reo es cuando mas particularmente es de recelar que adivine quienes son los testigos que contra él han declarado. Los medios de precaverlo son los siguientes: 1o. Intervertir el orden en que están sus nombres en el proceso, atribuyendo al uno la declaración del otro; 2o. Comunicar la acusación sin los nombres de los testigos, y aparte los nombres de éstos, interpolando con ellos los de otros que no hayan declarado contra el acusado . . . Podrá comunicarse la acusación al reo, suprimiendo absolutamente los nombres de los delatores y testigos, y entonces tiene aquél que sacar por conjeturas quienes son los que contra él han formado esta o aquella acusación, y recusarlos, o debilitar su testimonio, y éste es el método que ordinariamente se practica."⁽²⁾

Las despiadadas, crueles, inhumanas y desmedidas prácticas que prevalecieron en los antiguos procedimientos inquisitoriales, hoy en día, venturosamente podemos afir-

(2) Citado por Zamora Pierce, Jesús. Ob cit. pag. 334.

mar, han quedado desterradas de los enjuiciamientos criminales que prevén las legislaciones de los Estados actuales, y esto obedece en buena medida a la preeminencia que ha adquirido a través del decurso histórico evolutivo, el reconocimiento a la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Los derechos fundamentales, - garantizados por los ordenamientos supremos de los Estados contemporáneos, reconocen la escala mínima, de los valores supremos inherentes a la naturaleza humana, consubstanciales a su calidad individual e igualitaria dentro de la misma especie

Ahora bien, el tópico toral que comprende la hipótesis normativa en turno a tratar, en gran medida se halla imbuida en su propósito legislativo, de la necesidad de acabar con las provetas prácticas que reinaron en los sistemas inquisitoriales sobre todo en lo concerniente al carácter secreto, que particularizó a estos procedimientos. En efecto, el segundo supuesto normativo que prevé el precepto 19 constitucional, en su segundo párrafo, encuentra ajustada cabida en el anhelo legislativo, desterrador de las prácticas inquisitoriales, con recta inclinación a la desaparición de las acusaciones secretas; la hipótesis legal de cuenta, es del tenor siguiente: ". . . Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente."

Esta hipótesis legal, no ha traído consigo disentimientos o desavenencias doctrinales, en cuanto a la conceptualización de su raigambre esencial, en vista de que su composición, es de claridad meridiana, y por otra parte, - su espíritu esencial, puede colegirse de la restante con - junción de derechos fundamentales, de índole procesal pe - nal, que reconoce y garantiza nuestra Carta Suprema.

Ciertamente, con arreglo al dispositivo constitucional en comento, si durante la substanciación de un pro - ceso, salta a la luz, el conocimiento de nuevos hechos, - sucesos o acontecimientos, conformadores de un evento de - delictual, cuya autoría o participación le es atribuible al - sujeto que en ese momento posee el carácter de procesado, - en la causa que mantiene viva su instrucción, deberá abrir se, averiguación previa separadamente, por esos hechos, - con matiz delictivo, de reciente conocimiento, derivado de la propia prosecución de la instancia, para que una vez, y en caso de que agotada la indagatoria previa a la acción - penal, se colmen los extremos, que se desprenden del pro - prio precepto 19 constitucional en su primer párrafo, (es - decir, que los datos que arroje la averiguación, sean bas - tantes para comprobar la corporeidad delictiva, así como - para hacer probable la responsabilidad penal del indiciado, que mantiene coetaneamente el caracter de procesado, - en la causa que paralelamente se instruye) deberá ejerci -

tarse la correspondiente acción penal, en contra del propio indiciado, en la responsabilidad de esos hechos ignotos por el juzgador que le decretó su formal prisión.

Así es, en atención a lo estatuido por el supuesto legal que ahora nos ocupa, se encuentra vedada la práctica de acumular diversos delitos, en forma ulterior al dictado del auto de formal prisión, imputables al procesado en la causa, incoada con motivo de otros hechos con apariencia delictiva. Como se patentiza, esta hipótesis normativa, guarda relación muy estrecha con la primera de ese mismo párrafo, es decir, con la garantía de litis cerrada, de manera que su contenido se hace uno solo, es hipostático, complementario y perfeccionador del derecho fundamental a que se contrae, ya que si bien, en el auto de plazo constitucional, el juzgador efectuó la subsunción jurídica de los hechos, al través de un juicio de tipicidad, de forma tal, que comprueba el cuerpo del delito, que en concepto del Ministerio Público consignador había quedado integrado, y ese delito, que en forma técnica y providente, comprobó el juzgador en su corporeidad, será la materia intrasmutable por la que el proceso deberá marchar y entonces, deriva en verdad de perogrullo, que en caso de que en forma ulterior al cierre de la litis, o materia del proceso, emergieran al conocimiento del instructor, datos relevantes, de otro u otros posibles delitos, facticamente estimados, será de realización imposible, la acumulación o

acopio de esos hechos, de reciente conocimiento, a los que ya se encuentran en fase instructoria, previa comprobación de su corporeidad delictiva. De admitirse la acumulación - ulterior de nuevos hechos con traza delictiva, a los que - ya conforman el material procesal, tendría que aceptarse, - que pudiera enjuiciarse, sin haberse decretado previamente la formal prisión, que es el soporte ineludible de todo - juicio, lo cual se antoja del todo aberrante. En efecto, - la comprobación del cuerpo del delito, y de la responsabi- lidad presunta del indiciado en los hechos de apariencia - delictiva, son la base esencial del proceso, la cual se ex tracta en el auto de bien preso, o sujeción a proceso, por lo que en caso, de acumular hechos con carácter delictivo, a una base procesal bien definida y sustentada en los re - quisitos expresados, es obvio colegir, que los hechos con- perfil delictivo, que se acumularon al material procesal - establecido, no parten de un auto de formal prisión, y por tanto, no habrán integrado un delito, técnicamente compro- bado en su corporeidad, ni existirá un responsable proba- ble, de ese delito jurídicamente comprobado.

Continuando en esta línea de pensamiento, se pa- tentiza con nitidez lo justo y racional del supuesto legal que consagra el párrafo en comento, al hacer referencia a- su contenido, desde un punto de vista armónico dentro del- complejo de derechos fundamentales, que en forma sistemáti

ca, alberga la ley suprema del país. Ciertamente, con sustento en este aserto, podemos advertir, que la acumulación de delitos, o hechos que posean ese carácter, sin que se efectúe en forma anterior la averiguación previa que procede, y de ello resulte el correspondiente ejercicio de la acción penal, haría de suyo, la substanciación de un proceso, sobre el cual no se ha deducido la acción penal, por el órgano a quien privativamente le incumbe, y en consecuencia, cualquier juicio resultante, sería de irrealizable ejecución, y percutiría frontalmente con el derecho fundamental que consagra el precepto 21 constitucional. Ahora bien, asimismo, dentro del marco armónico que componen los derechos fundamentales del enjuiciable, columbramos, que ante una acumulación de delitos, o hechos con esa apariencia, sobre la base procesal que motiva la instrucción del proceso que en ese momento mantiene su actividad, traería consigo, otras tantas conculcaciones a las garantías de que goza todo procesado, en razón, de que ante tal circunstancia, y a guisa de paradigma, sería imposible, que se le hiciera saber en audiencia pública, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a efecto de que apreciara el hecho punible que se le imputa, y contestara el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria, y en suma, podríamos hablar de otras muchas transgresiones a los derechos pri -

mordiales concernientes al procesado .

"El propósito que inspira este precepto es el de acabar con la vieja práctica del sistema inquisitorial, de ir acumulando, secretamente, a la causa, los nuevos delitos que el tribunal fuera descubriendo conforme la averiguación adelantaba. Ahora, la idea es la de que, cada delito, con expresión de sus particularidades de lugar, de tiempo y demás circunstancias externas de ejecución, sea motivo de nueva acusación por separado, que dará lugar a que sobre ella se tome al acusado declaración preparatoria y se le decrete, en caso de proceder nuevo auto de formal-prisión."⁽³⁾

Como quedó expresado, en lo concerniente a la hipótesis legal que nos ocupa, el concierto de pareceres doctrinarios, marcha en el mismo sentido de entendimiento, en razón de que su contenido, no posee expresión dubitativa, además de armonizar con el sistema de garantías individuales, que en materia procesal penal, reconoce al procesado el Código Fundamental; expresa en referencia al supuesto normativo aludido, el maestro Borja Osorno: " . . . cuando las pruebas allegadas después de la formal prisión, demuestran que además del delito señalado en el auto de referen-

(3) Pérez Palma, Rafael. Ob. cit. pag. 245.

cia, se ha cometido otro. . . podrá haber lugar a la acumu-
lación, si los dos procesos pertenecen al mismo fuero y se
hallan en situación de que se opere aquella . . . Tampoco-
puede cambiarse la clasificación del delito cuando las pro-
banzas aportadas después del auto de formal prisión, de-
muestran que, además del delito especificado en él, se han
cometido otra u otras infracciones penales, debiendo, en -
estos casos, compulsarse lo conducente para que se haga -
averiguación separada y, de ser procedente, se acumulen -
los procesos; . . . Cuando dentro de un procedimiento judi-
cial aparece que se ha cometido un delito distinto, hechos
delictuosos diferentes, éstos, como dice la última parte -
del artículo 19 constitucional, deben ser objeto de acusa-
ción separada, sin perjuicio de que de existir una causa -
de acumulación, se lleve a cabo la unión de los dos proce-
sos."⁽⁴⁾

Por su parte, manifiesta el procesalista jalisco
Julio Acero: "No hay ninguna dificultad en la inter-
pretación de este punto cuando se trata de diversas infrac-
ciones cometidas por un individuo y cuya comprobación pue-
de ir apareciendo en el curso de un proceso abierto con mo-
tivo de una de ellas. Si a un procesado por homicidio se
le aclara al averiguar sus antecedentes, recibir declara -

(4) Borja Osorno, Guillermo. Ob. cit. pp. 403,404.

ciones, etc., que no solo cometió el homicidio que se le imputaba en un principio, sino otros asesinatos o robos o estupro; es claro que esos distintos actos tendrán que ser objeto de averiguaciones separadas, y que en todo caso, si ya el auto de formal prisión se decretó por homicidio, y con motivo de la primera imputación presentada, todo ese primer proceso tendrá que seguirse sólo por aquél homicidio y el fallo no podrá decidir sino sobre la culpabilidad o inculpabilidad que haya en él para el reo, (salvo el caso de acumulación). Los otros cargos de diverso género motivarán como se dijo otros procesos y otras tantas sentencias si es que oportunamente no se reunieron todos los autos . . . el procedimiento contrario sería un atentado contra los principios acusatorios y contra las garantías de la defensa . . . Nunca se sabría de otro modo oportunamente ni por qué iba a ser juzgado ni que cuestiones iban a discutirse en su sentencia, si hasta última hora se le pudieran achacar otros nuevos delitos y decidir en el mismo proceso sobre todos ellos sin que hubiera podido defenderse debidamente de lo que mal conoció. Debe pues fijarse desde un principio y especialmente desde el auto de formal prisión la secuela del procedimiento por los hechos concretos a que el auto se refiere." (5)

(5) Acero, Julio. Ob. cit. pag. 143.

Del supuesto normativo a que nos venimos refiriendo, pudiera derivar cuando la naturaleza del caso lo haga conveniente y concurran los requisitos legales, la acumulación de procesos o autos, en razón de la cual, las constancias escritas, en que obran las actuaciones de una prosecución instancial, se funden o fusionan en una sola, a efecto de que un solo órgano jurisdiccional sea quien definitivamente juzgando, ponga fin a la instancia, que en tal virtud, será única. Ante esta posición, en consecuencia, se hace necesario, que demos paso al exámen de la regulación legal atinente a la acumulación de procesos o autos.

La acumulación de procesos, en el caso que nos ocupa, se dirige a la necesidad por razones de utilidad y conveniencia, del conocimiento único, por un solo órgano jurisdiccional, de procesos singulares, derivados de diversas conductas delictivas, perpetradas por un solo agente, en ocasiones temporales y espaciales no coincidentes entre sí. De esta forma, si a un sujeto le es atribuible su autoría o participación delictuosa, con motivo de eventos criminales inconexos e independientes los unos de los otros, será oportuno y provechoso, en caso de que por ninguna de esas conductas, haya sido enjuiciado, que el conocimiento de los diversos quehaceres delictivos, corresponda a un juzgador único, ya que de otra forma, resulta ra -

cional imaginar, el sinfin de complicaciones, que la tramitación separada de los procesos, incoados por diversas conductas, contra un solo infractor, pudiera traer; piénsese tan solo, en la necesidad de pronunciarse de ser procedente, tantos autos de formal prisión, como delitos se le imputen separadamente, así como igual número de declaraciones preparatorias, y de igual forma, tendría que darse solución, al grave problema que implicaría el traslado del procesado a tantos juzgados como fuera necesario, para atender las correspondientes diligencias, en los diversos procesos, y sobre todo por la razón esencial, de facilitar la aplicación de la pena condigna

Consecuentemente, de acuerdo a lo expresado, abordaremos el tópico relativo a la acumulación de autos, solamente en lo que concierne a la hipótesis que entraña el precepto constitucional a estudio, que como ya se apuntó, solamente se orienta a la acumulación de autos, originada a partir de la atribución de diversas conductas delictuosas, ocasionantes de pluralidad de infracciones jurídicas, atribuibles a un sujeto único, es decir, cuando se esté en el caso de un concurso real o material de delitos, dejando de lado, los otros presupuestos, que pudieran dar paso a la acumulación de autos.

El artículo 18 del Código Penal Federal, establecía, antes de ser reformado en el año de 1984, a la letra

lo siguiente: "Art. 18.- Hay acumulación: Siempre que algu no es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en - actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia - irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescri - ta." El numeral 473, del Ordenamiento Adjetivo de la mate - ria, de aplicación federal, regula la tramitación concer - niente a la acumulación de autos, y expresa en su fracción I, que es la referente a la hipótesis que nos interesa, - textualmente lo siguiente: "Art. 473.- La acumulación de - autos tendrá lugar: I.- En los procesos que se sigan con - tra una misma persona, en los términos del artículo 18 del ⁽⁶⁾ Código Penal."

Por su parte, el dispositivo 484 del Código de - Procedimientos Penales para el Distrito Federal, expresa - en su fracción IV, que es la que concierne a nuestro estu - dio, lo siguiente: "Art. 484.- La acumulación a que se re - fiere el artículo 10 (sic) ⁽⁷⁾ del Código Penal tendrá lu - gar: . . . IV.- En los que se sigan contra una misma perso - na, aun cuando se trate de delitos diversos e inconexos."

La tramitación de acumulación de procesos o au -

(6) Inconcusamente la fracción referida, hace alusión al artícu - lo 18 del Código Penal, conforme al texto anterior a la última - reforma.

(7) Sin duda, el numeral transcrito, hace referencia al artículo 18 del Código Penal, antes de la última reforma.

tos, se hará en forma incidental, conforme a la regulación que establecen en materia federal, los artículos 473 y siguientes, y en lo referente a la tramitación distrital, - los numerales 484 y siguientes.

La acumulación de procesos o autos, solo podrá - decretarse, cuando los procesos se encuentren en estado de instrucción, en el caso de que la acumulación de procesos, no fuere procedente en razón de haberse decretado ya, el - cierre de la instrucción, el juez cuya sentencia, hubiere - causado primero ejecutoria, deberá remitir copia al juez o tribunal que conozca del otro proceso que no pudo ante tal situación acumularse, para el efecto, de ser tomada en - cuenta, en el acto de sentenciar, y en lo referente a la - imposición de la pena. El incidente de acumulación de autos, podrá ser promovido por cualquiera de las partes, por lo que hace al fuero federal, y en lo tocante al ámbito - distrital, podrá promoverse de igual forma por cualquiera - de las partes, y aún por el ofendido o sus representantes. Será procedente la acumulación, y sin necesidad de substan - ciación alguna, cuando los procesos se sigan ante el mismo juzgado, en cuyo caso, podrá decretarse ipso iure.

El incidente de acumulación de autos, deberá tra - mitarse ante el juez que sea competente, para conocer de - los procesos acumulados, siendo éste, en materia federal: - aquel que conociere de las diligencias mas antiguas, y si -

estas comenzaron en la misma fecha, el que designe el Ministerio Público. Por lo que hace a la reglamentación del Distrito Federal, será competente, para conocer de los procesos acumulados: el juez que fuere de mayor categoría; si todos fueren de la misma, el que conociere de las diligencias mas antiguas, y si estas hubieren comenzado en la misma fecha, el que conociere del delito mas grave, si los delitos fueren de igual gravedad, será competente, el jugador que elija el Ministerio Público. La acumulación no procederá, cuando los procesos se sigan ante tribunales o jueces de distinto fuero; en este caso, el inculpado, quedará a disposición del juez que conozca del delito mas grave, sin perjuicio de seguirse el proceso por el delito de menos gravedad.

En lo atinente a la raglamentación del incidente de acumulación de autos, que establece el Ordenamiento Adjetivo Penal Federal, cabe expresar, que una vez promovido el incidente por cualquiera de las partes, el juez las escuchará en audiencia verbal, que tendrá verificativo dentro de los tres días siguientes a la promoción, y sin mas trámite, se resolverá lo procedente dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia.

La tramitación del incidente, se substanciará en la forma establecida para las competencias por inhibito ria.

Por otra parte, en lo referente a la tramitación del mencionado incidente, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece, que una vez promovido el incidente de cuenta, el juez escuchará a las partes, en audiencia verbal, que se celebrará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la promoción del incidente, y resolverá sin mas trámite, dentro de los dos días siguientes a la celebración de la audiencia; contra el auto que resuelva, procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, debiendo interponerse, en el acto mismo de la notificación. En caso de decretarse la acumulación de los procesos, el juez que hubiere resuelto, mandará pedir a su análogo, los autos acumulables, por medio de oficio, en caso de tratarse de juzgados que dependan del mismo tribunal, en caso contrario, lo hará por medio de exhorto. Una vez recibido el oficio o exhorto, por el juez requerido, éste oír a las partes en audiencia verbal, que se verificará dentro de cuarenta y ocho horas, y resolverá lo conducente, dentro de los dos días posteriores a la fecha de la celebración de la audiencia. Si el juez requerido, resolviere en sentido favorable a la petición de acumulación, remitirá desde luego, tanto la causa como al proceso, al juez requeriente; en caso contrario, dará contestación al oficio o exhorto, exponiendo las razones que tuviere para rehusar la acumulación. Contra el auto que se decrete, sea que acceda o rehusé la acumulación, procede -

el recurso de apelación en el efecto devolutivo, debiendo interponerse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su notificación. Si el juez requeriente, en vista de las razones expuestas por el requerido, se persuadiese de que es improcedente la acumulación, decretará su desistimiento y lo comunicará al otro juez y a las partes. Contra el auto, que decreta el desistimiento, procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, que deberá interponerse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación.

Si el juez requeriente, no obstante las razones en contrario que le expusiere el juez requerido, insistiere en la acumulación, se lo comunicará a éste, y ambos jueces, deberán remitir los incidentes, y el testimonio de los autos que sean conducentes, al tribunal que deba dirimir el incidente, dentro de los tres días siguientes a la recepción de los respectivos oficios. El tribunal que deba dirimir el incidente, se sujetará a las disposiciones establecidas para la substanciación de las competencias. Los jueces, nunca suspenderán la instrucción con motivo del incidente sobre acumulación, aun cuando corresponda decirlo al tribunal superior; pero una vez concluida la instrucción, suspenderán el procedimiento, hasta que el tribunal resuelva lo conducente

Hasta este momento, no hemos hallado dificultad-

alguna, al establecer: "si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, se está frente al llamado - concurso material o real, el cual se configura lo mismo - tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homici - dios) que con relación a tipos diversos (homicidio, lesio -⁽⁸⁾ nes, robo, cometidos por un mismo sujeto)". Ante tal - situación y bajo la circunstancia de que un sujeto, que es procesado por su probable autoría o participación delictuo sa, en un evento criminal determinado, y al salir a la - luz, dentro del desdoblamiento de la propia instrucción, - datos reveladores de su probable responsabilidad en otro - acontecimiento delictivo, deberá como ya se expresó, ini - ciarse de nueva cuenta, averiguación previa, y de ser pro - cedente, ulterior ejercicio de la acción penal, y en el ca - so de ser asequible jurídicamente, conforme a los presu - puestos legales, acumularse los autos, para el conocimien - to coetáneo por un solo juzgador de los procesos acumula - dos, resultantes de conductas típicas diversas, perpetr - das en diversos momentos históricos, por un mismo sujeto, - causantes de lesiones jurídicas diferentes

La contrariedad o el inconveniente, pudiera apa - recer, cuando al procesarse a un sujeto, quien por medio-

(8) Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. pag. 310

de una conducta singular, hubiese colmado el contenido de dos o mas figuras delictivas, y por ende, ocasionado diversas lesiones jurídicas, si en el curso de la instancia, se revelaran notas descubridoras de la conformación de otro tipo penal, a partir de esa conducta única, por la cual, el juzgador no decretó la formal prisión, y el Ministerio Público, a pesar de ejercitar la acción penal por esos mismos hechos, con aparente relevancia en el mundo del Derecho Penal, en su pliego consignatorio, pasó por alto lo referente a la integración de esa última figura delictiva. ? Deberá en este supuesto, abrirse averiguación por separado, y ejercitar nueva acción penal, y acumular los procesos de ser procedente, o en forma inmediata, acumular ese probable delito, de conocimiento reciente, a los que componen la base del proceso fijada en el auto de formal prisión ? En esta postura, estamos en presencia de un concurso ideal o formal de delitos, en vista de que con una sola conducta, sea ésta positiva o negativa, se infringen varias disposiciones penales, empero, al sentarse la base procesal, el juez no detectó de entre los hechos consignados, la integración de otra figura delictiva, por la cual, el Ministerio Público no ejercitó la acción penal, o al menos, en los hechos consignados, conforme a las indagatorias ministeriales, no mostró con claridad, y durante la instrucción del proceso, se dejó entrever, que a partir de esa conducta única, no resultaron colmadas, verbigracia, -

dos figuras típicas, como se decretó en la formal prisión, sino en realidad fueron tres, si bien por esta última, no se dictó la correspondiente formal prisión, no sería tampoco exacto, que se le dejara impune por esta última infracción delictiva, que a partir de su conducta única, no se pudo apreciar en un principio, sino hasta la etapa de instrucción, posterior a la conformación de la base procesal. Apreciamos ante esta situación, sin que obste que esa nueva figura típica integrada, deriva de identidad en la conducta delictiva, que dió lugar a las otras infracciones penales, y que por lo tanto estamos en presencia de un concurso ideal de delitos, debe no obstante, ejercitarse ulterior acción penal por esa nueva figura delictiva, cuya integración se vislumbró en forma posterior al pronunciamiento de la formal prisión, para que en ese caso, previo cumplimiento de los requisitos que garantiza en forma de derechos fundamentales nuestro Ordenamiento Supremo, verbigracia, la declaración preparatoria; se le decrete, en caso de proceder, su formal prisión y se acumulen los procesos, si conforme a los presupuestos legales, es conducente.

Ciertamente, a efecto de no dejar en orfandad defensiva al procesado, por lo que hace a esa figura delictiva, cuyo conocimiento e integración, logró entreverse, solo en atención al desdoblamiento de la instancia, empero con ulterioridad a la fijación de la base procesal, deberá, conforme a nuestro modesto entendimiento, ejercitarse pos-

terior acción penal por ese perfil delictivo, que si bien resultante de la misma conducta, es ignoto como cargo adicional por el propio inculpado, por lo que su defensa ante esa imputación subrepticia a sus ojos, en caso de acumularse inopinadamente a la base procesal, sería completamente ayuna.

Cabe señalar por último, en forma sintética y como corolario de lo expresado, que si a través de la tramitación de una causa, seguida en contra de un solo procesado, y habiéndose fijado la base procesal, si a partir del propio desdoblamiento de la instancia, se mostraran datos-reveladores de otro u otros delitos, derivados de la misma conducta, o de otras, es decir, tratándose de concursos - ideales o materiales de delitos, por los cuales, dejó de ejercitarse parcialmente la acción penal por algunas infracciones, y en consecuencia, tampoco se proveyó la formal prisión por éstas, deberá en tal supuesto, abrirse subsiguiente averiguación previa, y conforme a ella, ejercitarse acción penal ante el propio juez que conoce de la causa que en ese tiempo se tramita, o al que corresponda en razón de turno (conforme al numeral 313 del Ordenamiento Adjetivo de la materia, de aplicación en el Distrito Federal) y llegado el momento, de ser necesario y asequible jurídicamente, se reúnan o fusionen los procesos, para una tramitación singular y enjuiciamiento único.

2.- LA PROBLEMATICA DERIVADA DE LA TRANSMUTACION
FACTICA DE LA FIGURA TIPICA DE LESIONES A HOMICIDIO,
DURANTE LA SECUELA PROCEDIMENTAL.

"El delito de homicidio en el Derecho moderno consiste en la privación antijurídica de la vida de un ser humano, cualquiera que sea su edad, sexo, raza o condiciones sociales . . . el delito de homicidio contiene un supuesto lógico necesario para su existencia y dos elementos constitutivos, a saber: a) una vida humana previamente existente, condición lógica del delito; b) supresión de esa vida, - elemento material; y c) que la supresión se deba a intencionalidad o imprudencia delictivas, elemento moral." (9)

Ahora bien, entre la conducta desplegada por el agente, y el resultado letal, debe existir un nexo causal, patentizado por la concatenación indisoluble entre la conducta del agente, positiva o negativa, y la lesión mortal, que por sí sola, por sus consecuencias inmediatas, o por -

(9) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Vigésimosegunda Edición. México, 1988. pp. 30,31.

el concurso de concausas condicionantes ocasione el acaeci
miento luctuoso. Es, consecuentemente, el inferimiento de
una herida mortal, lo que provoca el evento defuntivo, ya
sea al actuar en forma singular, o unimismada de concausas
concurrentes, ya sea en forma inmediata, o extinguiendo -
las funciones vitales, lenta y gradualmente, por el agrava
miento de la lesión en el órgano u órganos vitales.

Nuestro ordenamiento punitivo, de aplicación fe-
deral, establece la reglamentación necesaria para determi-
nar el nexo causal entre la conducta del agente, y el acaeci
miento letal, constitutivo del título delictivo de homi-
cidio, en los numerales 303, 304 y 305; "Estos dispositi -
vos no hacen sino reproducir las reglas que habían recogido
ya los Códigos anteriores, modificando en algunos pun -
tos la redacción, pero sin alterar la esencia de las mis -
mas."⁽¹⁰⁾ En efecto, los Códigos Penales, predecesores -
del actual, es decir, los ordenamientos punitivos, de 1871
y de 1929, reglamentaron la causalidad en orden a la figu-
ra delictiva de homicidio, en los artículos 544, 545 y 546,
así como en los preceptos 967, 968 y 969, respectivamente-
de los cuales emerge, al ser dirigidos como precedentes -
convenientes, la actual reglamentación causal de la figura
típica de homicidio.

(10) Pavón Vasconcelos, Francisco. La Causalidad en el Delito. -
Editorial porruá, S.A. Tercera Edición. México, 1989. pag. 168

Son copiosas, en el ámbito de la doctrina penal, el número de tendencias teóricas que en torno a la problemática de la causalidad, se han esgrimido, por otros tantos juspenalistas; y como derivación obvia, al abordarse el problema causal en el contorno del derecho patrio, se ha intentado entre nuestros estudiosos del derecho penal, alinear la reglamentación causal que en orden al delito de homicidio se ha elaborado, ya que dentro de nuestro Código Penal Federal, no existe una reglamentación general por lo que hace a la causalidad en orden a todas las figuras típicas, que desde luego, se cataloguen como de resultado material.

Siguiendo este orden de ideas, antes de dar paso al análisis de los numerales 303, 304 y 305 del Código Penal Federal, enunciaremos, en forma por demás sucinta, dado el propósito que reporta este breve opúsculo, las teorías en orden a la causalidad, a cuya tendencia parece haberse plegado el legislador, según el criterio de la doctrina nacional, que por cierto es discordante al respecto. Son dos las teorías, sobre las cuales gira el pasto de discrepancia entre la doctrina nacional, y de las cuales, parece haber recogido en alguna medida, parte de ellas el legislador; estas tendencias teóricas, son por una parte: la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*; y por otra, la teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación. En terminos generales, la teoría

de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, "propala el siguiente concepto: causa es la suma de todas las condiciones positivas o negativas que concurren a producir el resultado . . . la propia teoría afirma que cada una de estas condiciones causales es equivalente en su valor causal, es decir que todas las condiciones tienen el mismo valor entre sí; de esta manera, tan importante es para la producción del resultado la primera como la última o la intermedia de dichas condiciones. En consecuencia si todas ellas, por sí mismas, tienen el mismo valor causal, cada una de ellas es causa del resultado; pero . . . ? Como se comprueba que una condición es causa en la realización del hecho ? De acuerdo con la teoría el carácter causal de una condición se comprueba cuando hipotéticamente suprimida dicha condición el resultado no se produce . . . y para disimular el exagerado alcance a que se puede llegar en la investigación de las causas remotas dentro de un proceso causal, se han creado correctivos a la teoría, siendo los principales los llamados correctivos de la culpabilidad y el de la prohibición del retroceso. Ambos correctivos sostienen, en síntesis, que el investigador debe detenerse allí en donde se encuentra una condición con un contenido de dolo o de culpa."⁽¹¹⁾

(11) Pavón Vasconcelos, Francisco. La Causalidad en el Delito. Ob. cit. pp. 67, 68, 70 79 y 80

Por otra parte, en lo que toca a la teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación, para quienes sostienen este pensamiento "causa es, dentro del conjunto de condiciones causales concurrentes, solo aquella que resulta adecuada para producir el resultado." A la interrogante ¿Cual es la condición adecuada?, los que a esta teoría se afilian, contestan: "es adecuada solo la condición que resulta idonea por su naturaleza para producir ese resultado, según se constata a través de la experiencia, es decir con apoyo en la regularidad estadística. En consecuencia, será una condición adecuada y por tanto causa de la producción del delito aquella condición, entre un conjunto de condiciones, que resulte idonea para producir el resultado según los datos que nos reporta la estadística" . . . ante tal situación, salta a la luz, la interrogante sostenida por Frank: "si solo las condiciones adecuadas, por ser las posibles productoras del resultado, tienen valor causal ¿para quienes son probables? V. Kries a quien muchos atribuyen la paternidad de la teoría de la adecuación (otros consideran a V. Bar su fundador), se afilia a la concepción subjetiva al afirmar que tal pregunta debe ser contestada desde el punto de vista del sujeto."⁽¹²⁾

(12) Pavón Vasconcelos, Francisco. La Causalidad en el Delito. - Ob. cit. pp. 99, 100, 101, 106.

Ahora bien, una vez apuntadas las notas esenciales y distintivas de ambas calidades teóricas, daremos paso al estudio conciso de los artículos 303, 304 y 305 del Código Penal Federal, que registran la reglamentación atinente al nexo causal del título delictivo de homicidio.

"Art. 303.- Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios."

De lo expresado por esta fracción, se desprenden con diaphanidad las siguientes tres hipótesis:

a) Lesión letal, productora de la muerte, por las alteraciones causadas en el órgano u órganos interesados.

b) Lesión letal, productora de la muerte, por alguna de sus consecuencias inmediatas.

c) Lesión letal, productora de la muerte, por alguna complicación determinada por la misma lesión y que no

pudo combatirse, ya por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios.

El ínclito juspenalista Celestino Porte Petit, expresa en referencia a esta fracción, y concretamente a su última hipótesis: "Se nota claramente que funciona la teoría de la equivalencia de las condiciones, puesto que, no obstante la concurrencia de concausas como 'no poderse combatir la lesión por ser incurable' o por 'no tenerse al alcance los recursos necesarios (se requiere no solamente tenerlos al alcance, sino además haberlos empleado, según el criterio del propio tratadista), se tendrá a la lesión como mortal. Obsérvese, por tanto, que estas concausas no destruyen el nexo causal, es decir, son irrelevantes para el resultado producido."⁽¹³⁾

Por su parte, expresa el maestro Pavón Vasconcelos: "El artículo 303 vigente pretende resolver el problema de la relación causal entre la lesión inferida y la muerte causada a la víctima, recogiendo en la fracción I sin duda alguna, el criterio de la equivalencia de las condiciones."⁽¹⁴⁾

La fracción II del precepto en comento, de ingen

(13) Porte Petit Candaudap, Celestino. Dogmática sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México, 1978. pág. 13

(14) Pavón Vasconcelos, Francisco. La Causalidad en el Delito. Ob.

te importancia para nuestro estudio, estatuye: "Que la -
muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días -
contados desde que fué lesionado.."

La disposición de esta fracción, encuentra como -
antecedente, la regulación análoga del Código Penal de -
1871, que en el numeral 544, fracción II, estatuye exacta-
mente lo mismo. El maestro Jiménez Huerta, invocandò la -
exposición de motivos del Código Penal de 1871, apunta: -
"Martínez de Castro, en referencia al concordante artículo
547 (sic) del Código Penal de 1871, manifiesta que en el -
mismo 'se hace la novedad de prevenir que no se castigue -
como homicida al autor de una lesión mortal sino cuando el
fallecimiento del herido se verifique dentro de los sesen-
ta días. Esta regla -añade- se establece de acuerdo con -
la Comisión auxiliar, después de cerciorarse ésta por los-
datos que suministran los libros del Hospital de San Pablo,
de que serán muy raros los casos en que una herida cause -
la muerte después de sesenta días.' No creemos, empero, -
que el precepto comentado representase en 1871 ninguna no-
vedad jurídica, pues el término de sesenta días que como -
máximo debe mediar entre el acto del heridor y la muerte -
acaecida estaba ya establecido en el artículo 629 del Códⁱ
go Penal Español de 1822. Y aunque Martínez de Castro no -

invoca este precedente legislativo y afirma que tuvo como fundamento para adoptar el plazo de sesenta días los datos que suministraban los libros del Hospital de San Pablo, - creemos -dada su gran cultura jurídica- que tuvo conoci -
(15)
miento del mismo. . ."

El Derecho represivo de otros países, entre ellos Bolivia, Nicaragua y El Salvador, ha establecido la misma condición temporal de 60 días, para tipificar la conducta del heridor como homicidio; y entre nosotros, el antecedente legislativo que dictó la pauta para establecer la temporalidad de 60 días para hacer punible el hecho dentro del tipo de homicidio, fué el dispositivo análogo del Código Penal de 1871. "y para establecerla, la Comisión Redactora se basó fundamentalmente en estos puntos: 1o. Que de acuerdo con la Comisión Auxiliar, después de tener a la vista los datos que ministraban los libros del Hospital de San Pablo, serán muy raros los casos en que una herida cause la muerte después del plazo de 60 días. 2. Que no es posible dejar indefinidamente suspensa la causa en espera del acontecimiento letal, porque no se aplicaría la pena con prontitud, que es indispensable para que produzca buen -

(15) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano (Tomo II) - Editorial Porrúa. Sexta Edición. México, 1984, pag. 44

efecto. 3o. Que sería cruel para el heridor la incertidumbre de su situación jurídica." (16)

El proyecto de reformas al Código Penal de 1871, estableció una regulación distinta, no por lo que hace a la temporalidad, que se mantuvo intocada, aunque si en lo referente al computo de la misma, que debería contarse a partir de la aprehensión del inculcado, y no desde el momento en que la lesión se hubiese inferido. "La Comisión estima que debe subsistir la regla, pero cree que si el verdadero motivo es el de la pronta aplicación de la pena, hay un error al señalar como punto de partida para computar el término de sesenta días, aquél en que la lesión fué inferida, debiendo cambiarse ese punto de partida por el de la aprehensión del acusado, pues solo cuando se ha hecho la aprehensión comienza a ser posible la instrucción perfecta del proceso y la imposición de la pena. Si el responsable no ha sido capturado, cualquiera que sea el tiempo que tarde en producirse el resultado de la lesión, sanidad o muerte, no hay motivo para que ese resultado no se tome en cuenta una vez aprehendido el culpable." (17)

Respecto a la fracción en comento, y su corres -

(16) Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Cardenas Editor y Distribuidor. Segunda Edición. Mexico, 1976. - pp. 15, 16

(17) Trabajos de Revisión del Código Penal. Citado por Celestino Porte Petit. Ob. cit. pág. 16.

pondencia al fenómeno causal del delito de homicidio, las opiniones doctrinarias, no encuentran punto de comunión. - Sobre el particular, expresa el maestro Pavón Vasconcelos: "La fracción II del artículo 303 no se refiere, concretamente, al problema de la causalidad, en cuanto exige como requisito para la punición del hecho bajo el título de homicidio, que la muerte se registre dentro de los sesenta días contados desde que el ofendido fué lesionado. Esta disposición, cuya razón de ser pretende apoyarse en la observación constante, puesta en relieve en la práctica, de que el acontecimiento de muerte tiene por lo común verificativo dentro de ese plazo, solo puede conectarse, en forma muy indirecta, con el problema causal, por cuanto la propia ley excluye la calificativa del hecho, como homicidio, cuando la muerte se produce después de los sesenta días."⁽¹⁸⁾

Por su parte, el maestro Enrique Cardona, expresa: "Para nuestro legislador, entonces, el mero transcurso del plazo de 60 días rompe el nexo causal entre la lesión⁽¹⁹⁾ y la muerte."

Por otra parte, los tribunales del Distrito y territorios federales, a través de los Anales de Jurispruden

(18) Pavón Vasconcelos, Francisco. La Causalidad en el Delito. - Ob cit. pp. 170,171.

(19) Cardona Arizmendi, Enrique. Ob. cit. pag. 17.

cia (XXXIII, pág. 630), establecieron que: "la circunstancia prevista por la fracción II del artículo 303 del Código Penal, consistente en que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta días contados desde que fué lesionado, no forma parte de la tipicidad del homicidio, - es una condición objetiva de penalidad, o anexa al tipo de homicidio."⁽²⁰⁾

Por nuestra parte, estimamos en principio, que el espacio temporal de 60 días a que el legislador contrae la evolución agravatoria de la lesión inferida, y el acaecimiento del evento letal, para reputarse vulneradora del tipo de homicidio, obedece a la condición exigida por el tipo, que como elemento objetivo fija esa temporalidad de 60 días, en cuyo intervalo deberá acaecer el resultado mortuorio, por lo que nada tiene que ver este factor cronológico, que como elemento objetivo típico, matiza el perfil delictivo de homicidio, con el nexo causal existente entre la conducta del agente, y el resultado de muerte; ya que éste, o sea el nexo causal naturalístico, no se rompe, aún en caso de que la supresión de la vida, se verifique fuera del marco temporal de 60 días, si bien, ante tal supuesto, la conducta del heridor sería típica por lo que hace al delito de lesiones, e inadecuada, para colmar el tipo de homi-

(20) Citado por Celestino Porte Petit, Ob. cit. pág. 17.

cidio, precisamente por no plegarse al elemento objetivo - del tipo que alude a la temporalidad, y ante tal supuesto, no podríamos hablar tampoco de traslación típica de homicidio a lesiones, sino de atipicidad o inadecuación de la conducta del heridor al tipo de homicidio, y adecuación típica de la conducta del agente, a la figura delictiva de lesiones. No obstante, el desenlace más idóneo a este intrínsecamente, nos parece, el de considerar la temporalidad de 60 días, como condición objetiva de punibilidad, es decir, como punición supeditada a esa condición, que aunque anexa al tipo posee un influjo determinante por lo que hace al resultado letal para efectos de punición como homicidio, ya que ante tal situación, no podrá aceptarse, que aún pudiendo comprobarse en forma plena el nexo causal de la conducta del agente y la privación de la vida del sujeto pasivo, este vínculo causal, se viera roto como cadena causal-naturalística, solo por el hecho, de no haber tenido lugar el deceso, dentro del marco temporal de 60 días. Ante esta circunstancia, a pesar de perdurar el nexo causal entre la conducta y el deceso, la conducta del agente, únicamente podrá ser punible bajo el título delictivo de lesiones, y no como homicidio, por favorecerle al inculpado la condición objetiva de punibilidad en comento; en abundamiento de la postura aceptada, encontramos firme sustentáculo, en la redacción del propio numeral 303, al expresar que: "Para la aplicación de las sanciones al que infrinja el ar -

título anterior, no se tendrá como mortal una lesión . . . " del contenido de esta expresión, se desprende que la calificación de la letalidad de la lesión, solo se dirige a la punición del evento bajo ese título delictivo, y no de otra particularidad dispositiva, por lo que siendo así, no se destruye la cadena causal de la conducta y el resultado, en caso de encontrar cabida, en los restantes supuestos legales que el propio numeral establece

Ahora bien, en la especie sale a colación, la manera en que deberán clasificarse las lesiones letales, que no produjeron la muerte, dentro del intervalo de 60 días contados a partir de su inferimiento, para efectos de la aplicación de la pena. Respecto a este particular, un gran sector de la doctrina, se ha inclinado por catalogar a las lesiones letales, productoras del evento defuntivo con anterioridad al marco temporal de 60 días, como lesiones que pusieron en peligro la vida, dado que es manifiesto que al haber acaecido la muerte con motivo de su inferimiento, no cabe duda que el peligro de muerte debió haber existido. A este respecto, apunta el maestro González de la Vega: "en nuestra opinión la clasificación correcta es de lesiones que pusieron en peligro la vida (art. 293) puesto que la muerte posterior indica que dentro del término de sesenta días existió peligro de defunción." (21)

(21) González de la Vega, Francisco. Ob. cit. pág. 37.

Por su parte, los Códigos Penales de Chihuahua y Guerrero, establecen la solución de la clasificación de lesiones, cuando hubiesen provocado la muerte con posterioridad a los 60 días, decretando, que deberán considerarse en ese caso, como lesiones que pusieron en peligro la vida.

Singular, y muy acertado es a nuestro juicio, el discernimiento del ínclito Jiménez Huerta, al expresar sobre el punto que nos ocupa: "Cuando el fallecimiento se produzca después de los sesenta días, el heridor debe ser sancionado con la pena que establece el artículo 293 para el que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, ya que la muerte acaecida a consecuencia de la lesión está evidenciando que la vida se puso en peligro. Se excluyen, naturalmente, aquellos casos en que la muerte y, por ende, el peligro para la vida no hubiere surgido a consecuencia de las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión (art. 303, fracc. I), sino que sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon (art. 303), ya que en estos supuestos no puede afirmarse con lógica -

jurídica que la lesión inferida puso en peligro la vida -
(22)
(art. 293)"

Antes de concluir con el exámen de la fracción -
II del numeral 303 de nuestro actual ordenamiento punitivo
federal, es preciso señalar, que el Código Almaraz, o sea-
el de 1929 estatuyó en la fracción II del artículo 967 : -
"Para la imposición de la sanción, no se tendrá como mor -
tal una lesión sino cuando se verifiquen las tres circuns-
tancias siguientes . . . II.- Que la muerte se verifique -
antes de dictada la sentencia."

La fracción III del artículo 303 del Código Pe -
nal Federal, estatuye: "Para la aplicación de las sancio -
nes que correspondan al que infrinja el artículo anterior,
no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifi-
quen las tres circunstancias siguientes: . . . III.- Que si
se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos -
después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, -
que la lesión fué mortal, sujetándose para ello a las re -
glas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y -
en el Código de Procedimientos Penales

Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro -
motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en

(22) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit. pág. 45.

vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fué resultado de las lesiones inferidas."

Esta fracción, como lo ha establecido en forma unánime la doctrina, constituye una reglamentación de carácter procesal mas que sustantivo, y su condición es de tipo probatorio.

El artículo 304 del ordenamiento invocado, prescribe: "Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe: I.- Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos; II.- Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; y III.- Que fué a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión."

En respecto al numeral transcrito, el fenómeno de la causalidad, y su inclinación teórica entre la doctrina, no encuentra punto de concordancia, pues si bien, un sector se inclina por señalar que el legislador, se cidió a la teoría de la equivalencia de las condiciones, otro sector, rechaza terminantemente esa postura, como es el caso del maestro Trujillo Campos, que expresa, que las circunstancias a que el precepto se refiere no pueden considerarse concausas, ya que: "no tienen el influjo etiológico necesario para actuar con preponderancia de la conducta del-

(23) sujeto activo." En otro punto de vista, el maestro -
Porte Petit, invocando a Jiménez de Asúa, señala: "Este ar-
tículo admite la teoría de la conditio sine qua non, pues,
como dice Jiménez de Asúa, así se desprende de este precep-
to 'en que se estiman sin efecto para anular el tipo de ho-
micidio, la concausa posterior de no prestarse oportuno -
auxilio y la preexistente de la personalidad del herido, -
como su constitución física."⁽²⁴⁾

Por otra parte, señala el maestro Pavón Vasconce-
los: ". .se está reconociendo la validez de la teoría de -
la equivalencia de las condiciones, al dar el rango de cau-
sa a la lesión, sin desestimar a las demás que con igual -
categoría concurren en la producción del resultado."⁽²⁵⁾

Por su parte, el artículo 305 abarca dos supues-
tos normativos: No se tendrá como mortal una lesión, aun -
que muera el que la recibió: 1) Cuando la muerte sea resul-
tado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual és-
ta no haya influido, y 2) Cuando la lesión se hubiere agr-
vado por causas posteriores como: a) la aplicación de me-
dicamentos positivamente nocivos; b) operaciones quirurgi-
cas desgraciadas; c) excesos o imprudencias del paciente y
d) excesos o imprudencias de los que lo rodean.

(23) Invocado por Francisco Pavón Vasconcelos. La Causalidad en-
el Delito. Ob. cit. pag. 173

(24) Porte Petit, Celestino. Ob. cit. pag. 19.

(25) Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pag. 174.

En lo atinente a la primera hipótesis que marca el numeral en comento, nuestra doctrina, ha establecido - que no se trata de un problema de concurrencia de causas, - sino en verdad, está presente la circunstancia de una cadena causal autónoma, es decir, en la especie, la lesión inferida, no concurre con otras concausas, sino que se mantiene alejada de la verdadera y real causa de muerte, sobre la cual no guarda influencia alguna. Empero, por lo - que hace a la segunda parte del precepto, si parece privar el criterio de la teoría de la causalidad adecuada, en razón de que al concurrir las concausas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, etcétera, se otorga prevalencia a las concausas concurrentes, como productoras del - evento letal, relegando a un segundo plano la lesión inferida, con lo que se excluye la responsabilidad del heridor, por lo que hace al homicidio.

Sobre esta segunda parte del numeral que ocupa nuestra atención, expresa el maestro Porte Petit: "La segunda hipótesis del mencionado artículo alude a las concausas. Si concurren, no será responsable el sujeto activo - del delito de homicidio, es decir, se está dando relevancia a las concausas, se está limitando a la teoría de la - equivalencia de las condiciones. . . "(26)

(26) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit. pag. 20.

En su turno, apunta el maestro Pavón Vasconcelos:

"La segunda parte del precepto . . . alude a las concausas o nuevas series causales posteriores a la lesión, a las que otorga eficacia causal para excluir la responsabilidad del autor, con lo que puede decirse que se establece una limitación al funcionamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones."⁽²⁷⁾

Ahora bien, dejando de lado la problemática de la causalidad, el surgimiento de concausas concurrentes en el fenómeno circunstancial vinculante de la conducta y el hecho de homicidio, así como la responsabilidad penal que devenga al agente heridor; deriva ineluctable, abordar en este momento, y a propósito de la clasificación de los delitos en orden al resultado, el problema del delito de homicidio en orden a su duración. Los delitos, se dividen por su duración, acorde a las clasificaciones doctrinarias, mas o menos concordantes; en terminos generales en: delitos instantaneos, instantaneos con efectos permanentes, permanentes, necesariamente permanentes, eventualmente permanentes, y continuados; recogiendo de esta enumeración, nuestro ordenamiento punitivo de aplicación federal, conforme a lo dispuesto por el numeral 7, a los delitos ins -

(27) Pavón Vasconcelos, Francisco. La Causalidad en el Delito. - Ob. cit. pág. 175.

tantaneos, permanentes o continuos y continuados.

La figura típica de homicidio, ha sido apreciada en concierto de pareceres por la doctrina como delito instantaneo; el asiento doctrinario para elaborar la conceptualización del delito instantaneo, descansa en dos criterios descollantes: el primero, atiende a la consumación del delito, mientras que el segundo se refiere a la destrucción del bien jurídico. Nuestro ordenamiento punitivo-invocado, recogió a través de las reformas y adiciones que sufrió, en el año de 1983, el concepto de delito instantaneo, establecido a través del anteproyecto de Código Penal de 1958, que atiende al criterio de la consumación, como se desprende del texto de su artículo 7o. En referencia al delito instantaneo, afirma el maestro Castellanos Tena: - "La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento."⁽²⁸⁾ A su vez, el autor argentino Sebastian Soler, ha ce notar que: "El carácter de instantaneo no se lo dan a un delito los efectos que el causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria."⁽²⁹⁾

Por su parte, el maestro Pavón Vasconcelos aser-

(28) Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. pág. 138.

(29) Citado por Fernando Castellanos Tena. Ob. cit pág. 138

ta: "Para nosotros es delito instantaneo aquél en el cual -
la consumación y el agotamiento del delito se verifican -
instantaneamente."⁽³⁰⁾ En sentido concordante, Bettiol -
afirma que: "el carácter instantáneo no se determina por -
la instantaneidad del proceso ejecutivo sino de la consu -
mación."⁽³¹⁾ Asertando el propio tratadista que: "La con -
sumación del delito supone, pues, que en el hecho concreto
realizado por el agente se encuentran todos los requisitos
o elementos señalados en la tipicidad abstracta. El delito
queda consumado cuando tipicidad abstracta y tipicidad con -
creta coinciden entre si perfectamente."⁽³²⁾ Por su parte,
aludiendo al agotamiento del delito, como nota esencial -
del delito instantaneo, anota el Doctor Vela Treviño: "el -
agotamiento se da cuando la conducta particular de que se -
trata produce las consecuencias que el tipo de que se tra -
te ha previsto, sin posibilidad de extenderlas en atención
a la naturaleza del bien tutelado en el propio tipo. . .Se
pone el ejemplo del homicidio, en el que la conducta y el -
delito se agotan al producirse la pérdida de la vida huma -
na; la misma naturaleza del bien jurídico hace imposible -
la prolongación en el tiempo. Al sobrevenir la muerte, hay

(30) Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. ob. -
cit. pág. 235.

(31) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos. Ob cit. pág. 235.

(32) citado por Sergio Vela. Ob. cit. pág. 169.

agotamiento de la conducta típica de homicidio . . . Es la naturaleza del bien o interés que se encuentre incluido en la norma el que nos puede dar, en cada caso, la forma de afectarlo. Es por ejemplo, válido el caso de homicidio, que tutela el bien 'vida' y que al afectarse, produce instantáneamente el resultado que se pretende evitar."⁽³³⁾

De lo expuesto hasta este momento, podemos substantiar, que el título delictivo de homicidio, se cataloga como delito instantáneo, en atención a que el evento consuntivo típico de supresión de las condiciones vitales de un individuo se produce en un solo instante, sin que sirva de obstáculo para desvanecer su instantaneidad, que el agente, haya efectuado diversas y variadas acciones para satisfacer su resolución homicida. El bien jurídico tutelado por la norma penal, expone el quid o nota esencial hacia la perdurabilidad o instantaneidad de la lesión jurídica, marca la línea de asequibilidad, a la comprensión prolongada o instantánea y fugaz del bien jurídico preservado por la norma, y es así, que refiriendonos al caso concreto de la figura típica de homicidio, al tutelar ésta, el bien humano precípulo de la vida, y poseer ésta naturaleza destructible, la prolongación ofensiva al bien protegido por el precepto de referencia adquiere carácter de irrealizable, al encontrarse extinguido el bien jurídico atacado, median

(33) Vela Treviño, Sergio. Ob. cit. pág. 169.

te la idoneidad comisiva u omisiva del agente.

Ahora bien, el carácter distintivo del delito instantáneo, radica precisamente en su consumación y agotamiento instantáneo, y al dirigir nuestra atención a la figura delictiva de homicidio, apreciamos el elemento cronológico que limita la causalidad en el ámbito normativo exclusivamente, entre la conducta desplegada por el activo, y el evento letal; dicho en otras palabras, el legislador ha establecido un límite temporal al acaecimiento del evento defuntivo, cuyo cómputo arranca desde el inferimiento de la lesión, hasta el confín de 60 días, para romper el nexo de causalidad normativo, y no naturalístico entre la conducta del heridor y la muerte; y ante esta circunstancia, el agotamiento típico o sea la supresión de las condiciones vitales en el pasivo, pudiera tener lugar hasta el confín temporal de 60 días, y en tal virtud, el resultado letal mantendría un efecto suspensivo, a partir del inferimiento de las lesiones, o alteración de la salud, aunque provocando instantaneidad delictiva por lo que hace al agotamiento y consumación típicas del título delictivo de lesiones, por haber existido adecuación típica de la conducta del activo en la descripción legislativa penal, ocasionando alteración en la salud del pasivo, de manera instantánea, es decir la instantaneidad del delito de homicidio, pudiera mostrarse hasta el lindero temporal de 60

días, caso en el cual, irrefragablemente, haría escala, en el cuerpo delictivo de lesiones, al partir el evento letal, del agravamiento de las lesiones inferidas.

La definición de delito instantaneo, propuesta - por el conspicuo tratadista Mariano Jiménez Huerta, quizanos de luz, al desenlace de esta complicación, ya que al efecto, el maestro señala: "Las conductas humanas pueden infringir los imperativos de las normas tuteladas en las figuras típicas . . . En forma instantánea, cuando el comportamiento humano, al propio tiempo que viola la norma penal, destruye el bien jurídico que la norma protege o pone en marcha las condiciones que después producen su destrucción, sin que dada la naturaleza del bien protegido resulte factible prolongar la conducta."⁽³⁴⁾

En efecto, al señalar el ilustre tratadista involucrado, que el delito instantaneo se produce cuando el comportamiento humano, al propio tiempo que viola la norma penal, destruye o pone en marcha las condiciones que después ocasionan la destrucción del bien jurídico protegido por la norma, nos señala la directriz a seguir, para reputar la instantaneidad del título delictivo de homicidio, ya que -

(34) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, - (Introducción al Estudio de las Figuras Típicas.) Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México, 1983; pag. 153.

si bien, en el caso de que la defunción, no se ocasione en forma inmediata a partir de las lesiones inferidas, y esta pudiera tener lugar dentro del espacio temporal a que el legislador limita el acaecimiento defuntivo, en esa circunstancia, mediante la conducta del heridor, se pusieron en marcha las condiciones que después ocasionan la destrucción del bien jurídico protegido por la norma; en este sentido se manifiesta el invocado maestro, al señalar: "La conducta de matar a otro que integra el delito de homicidio es de naturaleza instantánea, pues en el instante del ataque violatorio de la norma penal que prohíbe matar, se destruye o se ponen en juego las condiciones que producen la destrucción del bien jurídico de la vida, independientemente de que el ataque se integre por una serie de actos realizados en forma sucesiva."⁽³⁵⁾

No obstante las anteriores consideraciones, en el caso de que el agotamiento típico del delito de homicidio, no se verificare en forma inmediata a la conducta del agente, provocando en consecuencia, coetaneidad en su consumación y agotamiento, sino que en forma diversa acaeciera que, la conducta desplegada por el agente provocara la alteración en la salud del pasivo y éste, manifestare un agravamiento lento y gradual a partir de la alteración de-

(35) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit. (Tomo I) pp. 153, 154.

sus condiciones vitales, y a consecuencia de este agravamiento, de etiología basada en las lesiones inferidas por el agente, se produjera el evento letal en una temporalidad no inmediata, haría desde luego, aparecer al agente antes de posible homicida, como posible heridor, por haberse colmado con su conducta la figura delictiva de lesiones, antes de la producción del evento letal que traería consigo la traslación típica de lesiones a homicidio.

Es justamente, a raíz de la situación antes precisada, que se ha engendrado un ambiente de hesitación entre los tratadistas de la materia, en razón de que al pronunciarse el proveído de prisión preventiva o sujeción a proceso, la base instauradora del proceso, queda fija e inamovible una vez agotados los recursos procedentes, o habiendo renunciado a ellos las partes, y si en la especie, la base procesal quedó establecida, y adquirió robustez, señalando la comprobación de la corporeidad delictiva de lesiones, o sea la incoación procesal por esa figura típica, empero, si durante el desdoblamiento del proceso, y a consecuencia de las lesiones inferidas, que dieron lugar a la instrucción, fallece el ofendido dentro del marco temporal que preceptúa la fracción II del artículo 303 del Código Penal de aplicación federal, sería a todas luces inicuo y alejado de la finalidad esencial del procedimiento penal, sancionar al agente, como responsable penalmente de lesio-

nes, y no de homicidio como de facto aconteció, no obstante, el óbice inquebrantable que ante tal situación se ofrece, lo marca la justa y exacta aplicación de la garantía - de litis cerrada, que consagra el párrafo segundo in capite del numeral 19 constitucional (Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión.) Sin embargo, estimamos, que éste es un caso de excepción, de origen en las peculiaridades que eventualmente pudiera traer consigo la consumación y el agotamiento típico del delito de homicidio al alejarse de la inmediatez, y aproximarse al confín del marco temporal de los 60 días, fijado por el legislador.

En efecto, en el caso particular, no estamos en presencia de un yerro de apreciación por el juzgador al efectuar la subsunción jurídica de los hechos, y decretar la formal prisión por la figura típica de lesiones, que es la que quedó comprobada en su corporeidad delictiva, es decir, en la especie no concurrió el error de apreciación entre dos figuras delictivas, de matices similares, al catalogar en el molde típico el juzgador los hechos consignados, y es por eso, que vislumbramos ante tal circunstancia, un caso excepcional, en el que la justicia preconizada por el derecho, se ve mancillada ante el cumplimiento exacto de un derecho público fundamental del procesado, que no por ello debe ser interpretado derogatoriamente. Sin duda ante

tal situación, deberán hallarse y proponerse las soluciones del caso, pero no derogar, a base de exégesis injustas los derechos subjetivos, fundamentales del procesado. Es este caso excepcional, el que ha conducido a las interpretaciones jurisprudenciales inexactas sobre la garantía delictiva cerrada, equivocando el caso de yerro clasificatorio del juzgador al pronunciar la formal prisión o sujeción a proceso, por un delito de matices muy similares a otro por el que no pronunció la resolución de cuenta, y que con ulterioridad se evidenció que su corporeidad delictiva se comprobaba plenamente por él, y no por la figura delictiva, por la que se pronunció la formal prisión; este caso concreto, sin duda es disímil, a aquél otro en que el juzgador, apreciando correctamente los hechos, y comprobando la corporeidad delictiva del título de lesiones, pronunció por esa figura típica la formal prisión, y posteriormente, una vez fijada con firmeza la base procesal, sobreviene el deceso del lesionado inicialmente, a raíz de las lesiones inferidas por el activo.

La doctrina nacional, se ha inquietado sobremedida en razón de la anterior circunstancia; al respecto expone el maestro Julio Acero: "De hecho hay casos como los de las heridas mortales, cuando la víctima tarda en morir varios días, en que nadie ha pretendido reclamar la retribución de que se trata por otro lado imposible, cuando, menos en lo que respecta al auto de formal prisión. En es-

tas ocasiones dicho auto dictado antes del fallecimiento - no puede forzosamente decretarse mas que por lesiones y - sin embargo no hay duda de que se podrá condenar y se condena a cada paso por homicidio, comprobada después la muerte del ofendido."⁽³⁶⁾

En entendimiento concordante, el maestro Pérez - Palma, apunta: ". . . es posible que como consecuencia de la instrucción, los hechos esenciales en que consistió la acusación inicial hayan adquirido nuevos aspectos o nuevas formas legales, que el Ministerio Público estará obligado a tomar en consideración para formular su acusación definitiva. Si por ejemplo, el ofendido por el delito, en la fecha del auto de formal prisión, estaba simplemente lesionado y por lesiones le fué dictada la formal prisión, pero - muere a consecuencia de tales lesiones, el Ministerio Público, podrá sin violación de garantías formular conclusiones por homicidio y pedir la imposición de la pena que la ley señale para este delito; o a la inversa, si el auto de formal prisión fue dictado por homicidio y se acredita que la muerte fue causada por circunstancias extrañas a las lesiones, podrá legalmente formular conclusiones por lesiones."⁽³⁷⁾

(36) Acero, Julio. Ob. cit. pag. 147.

(37) Pérez Palma, Rafaél. Ob. cit. pág. 243.

Del pensamiento trasuntado, del maestro Pérez - Palma, se separa una ilusoria solución o desenlace al in - trínquilis planteado, a pesar de ello, reclasificar el even - to delictivo que inicialmente había colmado la figura de - lictiva de lesiones, al sobrevenir el fallecimiento del pa - sivo inicialmente lesionado, hace de suyo la conculcación - flagrante y directa, a la garantía de litis cerrada, al mu - tar y hacer inestable la base procesal, y si bien, como ya se apuntó, fincar el correspondiente juicio de reproche al homicida como si fuese solo lesionador, resulta aberrante - y alejado del valor justicia, pregonado ampliamente como - valor toral del derecho, tampoco es exacto, que ante esta - circunstancia, el derecho procesal, de carácter fundamen - tal que posee el procesado, se vea hollado por la exégesis derogatoria de los tribunales de jurisprudencia, al facul - tar la mutación de la base procesal de naturaleza inamovi - ble que se absorbe en el auto de bien preso; ahora bien, - la postura inversa que plantea el invocado tratadista, de - be ser resuelta, en estricto sometimiento a la garantía de litis cerrada, absolviendo al presunto homicida, por incom - probación de la corporeidad delictiva, y no la aberrante y desatinada posición sostenida, de reclasificar el evento - delictivo, dentro del marco típico de lesiones; si bien - cabe anotar, que esta situación es aceptada por nuestros - tribunales de jurisprudencia.

El propio autor citado, expresa: "Ocurre con frecuencia que los elementos que sirven de base a un auto-de formal prisión, con motivo de nuevas diligencias practicadas durante la instrucción o por nuevos datos llegados al proceso, lo que inicialmente parecieron lesiones, se convierte, por la muerte del ofendido, en homicidio, lo que originalmente pareció una violación, fué en realidad un estupro, o lo que se supuso era un abuso de confianza se transformó en fraude, o a la inversa."⁽³⁸⁾

De las líneas transcritas, evidenciamos con claridad, que se equivocan y entremezclan los supuestos fácticos que pudieran aparecer a lo largo del desdoblamiento instancial; ya que, como quedó anotado, no es lo mismo el error clasificatorio o aberración del juzgador al catalogar los hechos en un molde típico de similitud, y traza típica análoga; que el caso diverso en el cual el juzgador con atingencia, pulcritud y considerable esmero, efectúa la subsunción jurídica del evento delictivo consignado, en el molde típico exacto, que en la especie sería el de lesiones, y en forma ulterior, el lesionado fallece, existiendo y comprobándose legalmente la causalidad habida entre la conducta del heridor y la muerte acaecida, ya que en este caso no subsiste error alguno por parte del juzga-

(38) Pérez Palma, Rafaél. Ob. cit. pág. 239.

dor, en tanto que el deceso del pasivo no estuvo en manos del juzgador conjeturarlo, máxime que debió conforme al artículo 19 constitucional, y 225, fracción XVII del Código Penal Federal, resolver la situación jurídica del indiciado, al fenecer el plazo de detención constitucional.

Resulta singular y muy interesante la postura sostenida por el reconocido procesalista Zamora Pierce al señalar sobre el particular: "Preocupa en especial a la doctrina, la necesidad de sancionar por homicidio a quien fue declarado formalmente preso por el delito de lesiones, si, posteriormente, muere el ofendido a consecuencia de las mismas, cumpliéndose las condiciones establecidas en el artículo 303 del Código Penal.

"Nosotros consideramos que el caso debe quedar correctamente comprendido en la segunda, y no en la primera, hipótesis, del párrafo segundo del artículo 19. Es decir, la muerte del lesionado, ocurrida en la secuela del proceso, constituye un hecho nuevo, distinto del que se persigue, el cual deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después se decrete la acumulación."⁽³⁹⁾

No coincidimos, con la muy respetable y digna

(39) Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. pág. 157.

posición propuesta por el tratadista Zamora Pierce, en tanto que el acaecimiento letal, como el propio maestro lo señala, al cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 303 del Código Penal, no constituye un hecho nuevo en razón de que el nexo causal tanto natural, como normativo, se mantiene indemne, y parte a su vez del mismo evento fáctico criminal que colmó el tipo penal de lesiones, por lo cual, el hecho, como suceso delictivo perpetrado en un momento histórico particular a partir del cual se infirieron las lesiones, se liga causalmente con el evento mortuorio, en adecuación estricta a la reglamentación del numeral 303 del Código Penal Federal, y en esa circunstancia, el hecho como evento delictivo, no es nuevo, sino por el contrario, estamos en presencia de un hecho idéntico, y que por razones de la peculiaridad sui generis de la causalidad típica del homicidio, dió lugar a la muerte del inicialmente lesionado, de manera ulterior al dictado de la formal prisión, empero dentro del marco temporal que estableció el legislador en la fracción II del numeral 303 del Código Penal de aplicación Federal.

Ahora bien, continuando en esta línea de pensamiento, dado lo abstruso y problemático que representa el supuesto de facto a que nos venimos refiriendo, importa de manera inexcusable, la propuesta de algunas posibles soluciones, si bien cabe advertir, que ante esta ingente cues-

tión del mundo naturalístico, con trascendencia al plano - jurídico, o sea, la transmutación fáctica de lesiones a - homicidio durante el desdoblamiento procedimental, ha sido resuelta mediante exégesis jurisprudencial, tolerando la - mutación clasificatoria de los hechos, que inicialmente se adecuaron al tipo de lesiones, hacia el plano del tipo de homicidio, en que posteriormente encuadraron, autorizando para efectuar la mencionada mutación, al representante social, siempre y cuando, el contenido de los hechos, o mecánica fáctica delictual, no haya variado, con lo que ante - tal supuesto, se conculca abiertamente la garantía de seguridad jurídica ínsita en el numeral 19 constitucional, párrafo segundo in capite, es decir, la garantía de litis - cerrada. En efecto, lo toral de este intrínquilis, es proponer las posibles soluciones, que dejen incólumes los derechos fundamentales del procesado, y en forma concomitante, evitar cualquier situación injusta por alejada de los cauces del Derecho, que pudiera surgir, tal como sancionar a un homicida, como simple lesionado.

La primera de las soluciones posibles, se dirige a la supresión del marco temporal de 60 días, a que el legislador supedita la punición de la conducta delictuosa - del agente, bajo el tipo de homicidio, en caso de concurrir, desde luego, las demás condiciones legales del caso.

El connotado maestro Celestino Porte Petit, di -

rige su pensamiento en esta dirección, concordante con la del tratadista Evelio Tabío, a quien invoca, el citado en primer término, al señalar: "Somos de parecer que la relación causal en el homicidio no esté limitada a término alguno, como lo sostiene entre otros, Evelio Tabío: "La fijación aritmética de sesenta días, dentro de cuyo lapso a partir desde la lesión sufrida deberá producirse la muerte de la víctima, para que asimismo sea posible la sanción correspondiente al homicidio, nos parece un tanto arbitraria, porque las consecuencias mortales de una lesión pueden extenderse más allá de los sesenta días, lo que si ocurre quedará fuera del ámbito sancionador expresado, por lo que nosotros preferiríamos suprimir el límite expuesto, quedándonos con el resultado, sea cual fuere el tiempo en que se produzca la muerte, siempre que efectivamente sea posible establecer la relación causal a todos sus efectos."⁽⁴⁰⁾

Concordante punto de vista, sostiene el maestro-Enrique Cardona: "A nuestro ver, la fracción en estudio (II del artículo 303 del Código Penal Federal) no tiene ninguna justificación; la relación de causalidad no debe estar limitada a plazo o término alguno, lo esencial es establecer el nexo causal entre la lesión y la muerte, sin

(40) Citado por Celestino Porte Petit. Ob. cit. pp. 18, 19.

(41)
que importe el tiempo que transcurra entre una y otra."

No obstante lo relevante y acertado de los comentarios reproducidos, la solución propuesta, parece incidir en el marco del Derecho Penal sustantivo, dejando de lado la naturaleza adjetiva o procedimental del problema. No debe desatenderse, por otra parte, que el establecimiento del plazo legislativo impuesto en el cerco de la regulación causal en orden al delito de homicidio, obedece a razones de gran peso, teniendo su antecedente en el ordenamiento punitivo de 1871, que en la fracción II del artículo 544, estableció idéntico contenido que el del actual artículo 303 fracción II del Código Penal Federal. Los motivos que se tuvieron en cuenta, para reglamentar la temporalidad de sesenta días, en orden a la causalidad del delito de homicidio, en el Código de 1871, atendieron a que: - "Para fijar ese término, tuvo la Comisión dos razones, que le parecieron muy atendibles. Es la primera, que no debiéndose declarar mortal una lesión sino cuando se haya hecho la inspección del cadáver, habría que suspender muchas veces, y acaso por muy largo tiempo, el curso de la causa; y entonces no se aplicaría la pena con toda prontitud que es absolutamente indispensable para que produzca buen efecto.

(41) Cardona Arizmendi, Enrique. Ob. cit. pag. 17.

La segunda no es de menor peso, y consiste en que sería la mayor crueldad tener a un heridor años enteros en incertidumbre de su suerte y esperando a todas horas, lleno de ansiedad, que se le aplique la pena señalada a los homicidas." (42)

El proyecto de reformas al Código Penal de 1871, desdeñó la segunda de las razones expuestas, como suficientemente sólida para dar lugar al establecimiento del espacio temporal de 60 días; al efecto, la Comisión señaló: - " . . . De estos fundamentos, el primero es muy sólido: la eficacia de la pena consiste mas en la prontitud de su imposición que en su gravedad; mas en cuanto al segundo, parece haber mas sentimentalismo que razonamiento sereno: - ? por que ha de ser la mayor crueldad tener al delincuente en la incertidumbre de su suerte respecto a la pena que - habrá de imponérsele, incertidumbre en que el mismo se ha puesto al violar la ley atentando contra la vida de uno de sus semejantes, cuando ha puesto a la víctima en una incertidumbre injusta y mucho mayor, la de la vida o la - muerte ?" (43)

No queremos pasar por alto, que el Código Almazar, o sea el de 1929, estableció una reglamentación diver

(42) Citado por Celestino Porte Petit. Ob. cit. pag. 15

(43) Citado por Celestino Porte Petit. Ob. cit. pag. 15.

sa, por lo que hace a la temporalidad, en orden a la regulación causal del delito de homicidio, al establecer en la fracción II del artículo 967, lo siguiente: "Para la imposición de la sanción, no se tendrá como mortal una lesión sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes: . . . II.- Que la muerte se verifique antes de dictada la sentencia."

Como ya se apuntó, la supresión del intervalo temporal que establece la fracción II del numeral 303 del ordenamiento punitivo de aplicación federal, no soluciona el intrínquilis a estudio, si bien atempera el rigor condicionante de punibilidad, para el caso de que el interfecto, fallezca fuera del marco temporal de 60 días, empero nada resuelve, en el caso de que el proveído de prisión preventiva, haya señalado como base de la instrucción, el cuerpo del delito de lesiones, y sobreviniere en forma ulterior el resultado luctuoso; es decir la eliminación de la temporalidad condicionante de punición bajo el título delictivo de homicidio, tiene trascendencia, unicamente desde el plano sustantivo del Derecho Penal, sin que su influjo incida en el marco temporal planteado.

Ahora bien, una segunda solución por nosotros propuesta, se orienta al establecimiento del arraigo domiciliario del heridor, cuando las lesiones que hubiere inferido, adquieran bajo el dictámen pericial, o por su carác-

ter ostensible, ante la mirada del común de las personas, - el carácter de graves, o sea que pongan o coloquen al le - sionado en peligro de perder la vida; esto es, en otras - palabras, cuando se hubiesen inferido lesiones de patente u ostensible gravedad, conforme al sentido común o genérico de las personas, o bien, a través del dictámen oficial de peritos; en ese caso, el presunto responsable, no deberá - ser consignado en forma inmediata al órgano jurisdiccional competente, mediante el ejercicio de la acción penal, sino que, con arreglo a lo estatuido por el numeral 270 bis, - del ordenamiento penal adjetivo, del Distrito Federal, el agente del Ministerio Público, encargado de la indagatoria, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente el arraigo domiciliario del indiciado, mismo que deberá - subsistir, en tanto, transcurridos los sesenta días, se - logre puntualizar el acaecimiento del evento luctuoso, sanidad o clasificación legal de las lesiones, y ya ante esa circunstancia, se ejercite la acción penal procedente, pre - cisamente por el delito o delitos, cuya corporeidad delictiva quede integrada. El numeral citado, es del tenor si - guiente: "Art. 270 bis.- Cuando con motivo de una averigua - ción previa el Ministerio Público estime necesario el - arraigo del indiciado, tomando en cuenta las característi - cas del hecho imputado y las circunstancias personales de - aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y mo - tivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, -

resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.

"El juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo."

Con todo, la solución propuesta, no escapa de los numerosos defectos, de que puede adolecer, entre los que podemos columbrar, la consecuencia de dar un trato igual al heridor doloso, que al que actúa con culpa o imprudencialmente, caso este último, muy usual en el dinamismo cotidiano, merced al tránsito vehicular, y ante esta circunstancia, no sería justo ni comprensible, tomar idénticas medidas contra el agente que perpetra el hecho en forma dolosa, que contra aquél que realiza el hecho, al mediar imprudencia en su conducta. Asimismo, al aflorar la medida propuesta a partir del resultado material de la conducta del activo, sin reparar en el elemento subjetivo o ánimo concurrente en el agente; la prevención propuesta, asoma un matiz benévolo e indulgente, tratándose de un heridor doloso, ya que en tal razón, no será segregado pre -

ventivamente del ambito social con el rigor de la reclusión preventiva, sino solo arraigado en su morada, asegurando su no evasión a la aplicación de la ley; si bien, a decir verdad, el heridor doloso, que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, podrá alcanzar su libertad provisional caucionada, en razón de la penalidad señalada a este injusto, conforme al numeral 293 del ordenamiento punitivo de aplicación federal.

Quizá otro de los inconvenientes que pudiera traer consigo el desenlace propuesto a guisa de solución, estriba en la zozobra, la incertidumbre constante que pudiera provocarse en el ánimo del lesionador, ante la espera final del resultado de su actuar, ante el pernicioso suspenso espiritual, empero, a este respecto son válidas las consideraciones hechas por la Comisión encargada del proyecto de reformas al Código Martínez de Castro, de 1871, al estimar, que la incertidumbre, el desasosiego espiritual que concurre en el lesionador, ha sido provocado por él mismo, al quebrantar la ley, y acaso es mas grave la zozobra deletérea del ofendido, sobre quien pesa el debate entre la vida y la muerte.

Ahora bien, habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, estimamos que la solución mas viable radica en reputar a la circunstancia de facto, consistente en la transmutación fáctica de la figura típica de lesiones a ho

micidio, durante la secuela procedimental, como un caso de excepción, en el cual, el juzgador al efectuar la subsunción jurídica de los hechos consignados, en el molde típico exacto, lo hace correctamente, a partir de los datos que obran en la indagatoria, no estando en sus manos el vaticinar un posible evento letal, derivado del propio contenido fáctico delictual, que fué puesto a su conocimiento; y al establecerse en este supuesto una coyuntura singular y excepcional, sería preciso facultar al propio juzgador a reclasificar los hechos, conforme al tipo exacto en que encuadren, a partir del deceso del interfecto, emperonicamente, como quedó establecido, en este caso de excepción, en el que el suspenso del resultado y consumación y agotamiento del delito, se halla sujeta al intervalo temporal establecido por la ley.

De las someras consideraciones expuestas en atención al desarrollo de este modesto trabajo, colegimos, de manera estrictamente personal, las siguientes:

C O N C L U S I O N E S:

- 1.- La garantía de litis cerrada, se encuentra consagrada por la primera hipótesis normativa del párrafo segundo del precepto 19 constitucional.
- 2.- La garantía de litis cerrada fué insertada en el catálogo de garantías individuales, a partir de nuestro actual ordenamiento fundamental, o sea encuentra su génesis en la Constitución Política de 1917.
- 3.- El constituyente proveyó al vocablo delito, que empleó al redactar el capítulo de las garantías individuales, - connotaciones diversas.
- 4.- El legislador constituyente, asignó a la voz delito - que empleó en primer término en el párrafo segundo del precepto 19, connotación de nomenclatura técnica que la ley -

confiere al tipo específico, descrito por la legislación penal.

5.- El constituyente confirió a la expresión delito enunciada en segundo término, en el párrafo segundo del precepto 19, acepción de hechos, sucesos o acontecimientos, perpetrados en el momento delictivo, es decir, contenido fáctico del evento típico.

6.- El ámbito de aplicación de la garantía de litis cerrada ciñe por igual a los procesados sometidos a formal prisión o sujetos a proceso, esto es, la égida del derecho fundamental de referencia, estrecha tanto al procesado segregado socialmente de modo preventivo, como al que estando sujeto a proceso goza de su libertad.

7.- El designio legislativo de la garantía de litis cerrada, se enderezó a la necesidad de proporcionar al procesado, el conocimiento exacto e inmutable de la figura típica cuya corporeidad delictiva comprobó el juzgador, al sentar la base procesal, para que a partir de ese conocimiento preciso, pueda el encausado, pergeñar su actividad defensiva, alejándolo del peligro a que lo conduciría la reclasificación del cimiento procesal, ínsito en el auto de formal prisión o sujeción a proceso.

8.- El litigio es la percusión de intereses antagónicos -

habidos entre las partes procesales.

9.- La litis, es la materia concreta y determinada de controversia sobre la cual parte el desdoblamiento procesal a efecto de dirimirla mediante la aplicación de las normas de Derecho.

10.- El concepto de litigio no goza de esencia procesal penal, en razón del campo de aplicación del Derecho Penal, como rama de Derecho Público.

11.- La acción penal, es de naturaleza pública y reside en forma indelegable, en la institución del Ministerio Público.

12.- La litis, o asunto concreto de controversia entre las partes procesales, se fija con rigidez absoluta e inamovible en el ámbito procesal penal, a través del proveido de formal prisión o sujeción a proceso, al alcanzar solidez jurisdiccional.

13.- La fijación de la litis a partir del dictado del proveido de prisión preventiva o sujeción a proceso, descubre su base, en que el juzgador, al pronunciar la resolución de cuenta, deberá comprobar plenamente la corporeidad delictiva conducente, a partir del acervo probatorio consignado, es decir, deberá efectuar un juicio de tipicidad, mi

rando al tipo penal correspondiente, en su abstrusa y cabal raigambre, o sea, justipreciando no solo los elementos materiales del tipo, sino los subjetivos y valorativos, - que su descripción pudiera albergar.

14.- El aserto que señala, que el juzgador deberá efectuar el juicio de tipicidad comprobatorio de la corporeidad delictiva, al pronunciar la resolución de plazo constitucional, partiendo del tipo básico o fundamental, resulta antitético o encontrado, con el espíritu de la garantía constitucional que preconiza el derecho a la libertad provisional bajo caución.

15.- El juicio de tipicidad verificadorio de la corporeidad delictiva que efectúa el juzgador, al pronunciar la resolución de plazo constitucional debe considerar no unicamente los tipos básicos, sino inclusive los complementados, circunstanciados o subordinados, privilegiados o cualificados, en que el contenido fáctico delictual consignado, pueda engastar, en aras de fijar la base procesal, con ajustada exactitud.

16.- El tenor del precepto 19 constitucional, en correspondencia con la fracción XVIII del diverso 107 ibidem, ambos en relación con la fracción XVII del numeral 225 del Código Penal Federal, constriñen al juzgador, a resolver la sisi

tuación criminológica del indiciado dentro del plazo constitucional de 72 horas, aunque el citado juzgador fuese incompetente de manera real o aparente, para conocer del asunto.

17.- La duplicación del plazo constitucional, que como extensión al derecho fundamental subjetivo procesal, que limita la detención del indiciado, ha establecido el legislador secundario en el párrafo segundo del numeral 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, es de encomiable valor, pues amplía el margen de oportunidad probatoria del indiciado, y asimismo, reduce la factibilidad de yerro en el juzgador, evitando procesos ociosos, y sobre todo, el pernicioso inexorable de la prisión preventiva.

18.- Es facultad única, exclusiva e indelegable del juzgador, la fijación de la base o cimiento procesal dentro del plazo constitucional de 72 horas.

19.- El Ministerio Público, al ejercitar la acción penal, consigna hechos con traza delictiva, y es el órgano jurisdiccional quien debe clasificarlos legalmente, pudiendo en consecuencia no coincidir la clasificación ministerial con la jurisdiccional, empero es el juzgador quien aplica el Derecho.

20.- El Ministerio Público, al puntualizar el ejercicio de la acción que monopolicamente le compete, deberá atender - la clasificación que como base procesal, fijó el aplicador del Derecho en uso de la también monopólica función jurisdiccional.

21.- La catalogación típica residente en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, se torna intransmutable, alcanzando solidez jurisdiccional, mediante la conformidad - de las partes hacia la resolución recurrible, o al través de la resolución de los recursos procedentes interpuestos.

22.- El juzgador podrá variar la catalogación típica efectuada al obsequiar el pedimento de orden de captura, en relación a la que radica en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, en razón de que la orden de aprehensión, - es anterior al dictado del auto de plazo, y sus requisitos medulares diversos.

23.- El propio juzgador tiene vedada la aptitud de variar la clasificación típica por él propuesta al resolver en el plazo constitucional, una vez que la resolución instauradora de la base procesal, adquiere firmeza jurisdiccional.

24.- El ejercicio de la acción penal, no implica en su dinamismo de manera singular el acto consignatorio de hechos

con perfil delictivo, sino que su actividad incorpora un cúmulo de actividades uniformes y hermanadas, que dan pábulo al movimiento de la actividad jurisdiccional, a efecto de obtener la aplicación de la norma jurídica abstracta, - al suceso fáctico particular y concreto.

25.- Las conclusiones acusatorias, son indispensables como puntualizadoras del ejercicio de la acción penal e incitadoras de la subsunción sinderética del juzgador que resuelve el fondo del asunto, empero, deberán ceñirse de manera estricta y rigurosa, a la clasificación jurisdiccional, - que conforma la base procesal.

26.- El derecho de defensa, debe ser concomitante, y es consubstancial a la oportunidad probatoria que como carga, se cierne sobre las partes.

27.- En el marco del proceso penal, la carga probatoria - que pesa sobre las partes, no reviste el carácter de obligación, desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, sino recae como imperativo de interés propio, como conminación o compulsión hacia la actuación procesal de las partes.

28.- En el plano de la actividad defensiva del procesado, - alcanza preponderancia, el derecho a ofrecer y desahogar - las probanzas conducentes al desvanecimiento de los funda-

mentos incriminatorios que obren en su contra.

29.- La mutación clasificatoria de la base procesal, verificada por el representante social, al puntualizar el ejercicio de la acción penal, se traduce en desdoblamiento procesal sin base, y en aplicación del Derecho por el Ministerio Público, o sea en invasión del ámbito actuante del órgano jurisdiccional, o agolpamiento en la representación social, de las funciones acusadora y jurisdiccional.

30.- La defensa del procesado, debe poseer la representación precisa del material típico que da base al proceso, para poder colegir el objeto de prueba, o sea lo que debe probarse, y perquirir sobre los medios probatorios oportunos.

31.- El dinamismo defensivo del encausado, se orienta hacia la destrucción, disipación o desvanecimiento del corpus delicti comprobado por el juzgador a través del proveído de bien preso o sujeción a proceso, o en su caso a la desvinculación de la intervención conductual del imputado sobre el evento delictivo, por lo que deriva inconcuso y de necesidad absoluta, que deba partir del conocimiento preciso de la base procesal.

32.- La variación de la base procesal, representada por el cuerpo del delito y la responsabilidad penal presunta del-

procesado, incide categóricamente en la oportunidad de defensa, es decir, en la posibilidad de desvirtuar esa base, que pesa sobre los intereses e ingentes valores del imputado.

33.- En estricto rigor técnico, el cuerpo del delito no existe, sino hasta que el juzgador lo compruebe; por tanto, los hechos, sucesos o acontecimientos de aparente trascendencia para el Derecho Penal, carecen de importancia y sanción jurídica, entretanto no se ciñan rigurosamente a las descripciones legislativas que subyacen en los catálogos de delitos; por lo que el proceso penal no emanará, sino hasta que el juzgador verifique la subsunción o traslación de lo fáctico a lo jurídico, al verificar la corporeidad delictiva.

34.- Debe hacerse saber al indiciado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye, y no así el tipo penal concreto en que engasate el hecho o suceso de matiz delictivo que se le atribuye, en vista de que hasta ese momento, el juzgador aún no ha verificado la corporeidad delictiva específica en que acomode el evento fáctico con apariencia delictiva.

35.- No es el cambio de nomenclatura técnica del delito, -

lo que embaraza o dificulta la postura defensiva del procesado, sino la variación de la figura típica, con todos sus elementos constitutivos, que es dada a conocer al acusado, al perfeccionarse el ejercicio de la acción penal, cuando la oportunidad probatoria se divide en el pretérito.

36.- En el auto de bien preso, deben precisarse las circunstancias modificativas atenuantes o agravantes que hayan concurrido en la realización del evento fáctico delictivo, a efecto de que el procesado pueda conocer la extensión exacta de la acusación y estar en aptitud de perquirir adecuadamente su perfil defensivo, ya que en caso contrario, el procesado vería conculcada su esfera de seguridad jurídica que le garantiza el precepto 14 constitucional.

37.- La mutación de la base fundatoria del proceso por el representante social, al puntualizar el ejercicio de la acción penal, reduce la facultad defensiva del procesado, concomitante a su oportunidad probatoria, a la singular ocasión residente en la audiencia de vista o final de primera instancia.

38.- La norma suprema del país, es el índice de validez formal de todas las leyes secundarias o derivadas, por lo que la actividad legislativa ordinaria, se encuentra limitada al confín trazado por el texto supremo del ordenamien

to fundamental; por tanto, las disposiciones normativas - que prevengan los ordenamientos secundarios, jamás podrán variar, graduar o matizar el texto imbíbido en la ley fundamental.

39.- El tenor de la fracción XVI del numeral 160 de la Ley de Amparo, pretende a todas luces, trazar la línea de aplicación a que debe ceñirse la garantía de litis cerrada, - esto es, pretende matizar o graduar el contenido del texto de la ley suprema, tasar la esencia a que debe ajustarse, - si bien, invocando los preceptos 135 constitucional, en - concordancia con el 128 ibidem, deriva palmario, que el - ánimo legislativo del constituyente, se orientó al revestimiento de primacía aplicativa de la ley fundamental, por - sobre cualquier norma secundaria o derivada.

40.- El problema capital de la teoría de la interpretación, se compendia en el desentrañamiento del sentido de la ley, por lo que este abstruso intrínquilis, ha llevado en el desarrollo evolutivo de su estudio, al planteamiento de numerosos métodos interpretativos, a partir de la hermenéutica - jurídica, como disciplina que estudia y selecciona los métodos de interpretación de las leyes.

41.- El método causal teleológico de interpretación, parte del fundamento del desentrañamiento del sentido de la ley-

o raigambre teleológica de la disposición normativa, a través de la investigación histórica, procurando desentrañar el espíritu del precepto, sistemáticamente apreciado.

42.- Son dos los órganos estatales que gozan de la facultad exegética del texto de la ley fundamental: El Poder Legislativo Federal, a través del Congreso de la Unión; y el Poder Judicial Federal mediante el Tribunal Supremo del país y los Tribunales Colegiados de Circuito.

43.- La jurisprudencia, desde un punto de vista positivo legal, se conforma o integra, mediante la reiteración considerativa por parte de los órganos jurisdiccionales facultados para ello, en cinco ejecutorias por lo menos, ininterrumpidas por otra en contrario, en respecto al desentrañamiento de situaciones jurídicas de naturaleza análoga; o bien, a través de la elucidación por parte del superior jerárquico de que se trate, de tesis contradictorias sustentadas en uso de la facultad exegética del ordenamiento supremo, de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los Tribunales Colegiados de Circuito.

44.- La exégesis de los Tribunales de jurisprudencia en referencia a la garantía de litis cerrada, pretende zanjar la eventual posición de injusticia a que conduciría la inexacta catalogación jurisdiccional que sienta la base

fundamental del proceso, al no poder mudarse con ulteriori
dad, en observancia estricta a la garantía de litis cerra-
da; empero, el desenlace propuesto con la referida exégesis, no evita el grave escollo a que conduce el otorgar po
der omnímodo al Ministerio Público para fijar en definiti-
va la base del juicio, sobre la que partirá al pronuncia-
miento de la resolución de fondo, ya que por una parte le-
confiere la facultad jurisdiccional exclusiva de clasifi-
car los hechos, o aplicar el derecho, y por otra, en el ca
so de yerro clasificatorio, éste se haría insalvable, por-
lo que emenará inevitablemente, la situación alejada del -
valor justicia que la propia exégesis pretende solucionar.

45.- Si durante el desdoblamiento del proceso aparecieran-
datos reveladores de la aparición de otro u otros posibles
delitos, imputables al propio procesado; en aras de no con
culcar sus derechos fundamentales, deberá abrirse averigua-
ción previa, por esos hechos con apariencia delictiva de -
reciente conocimiento, y de ser procedente, ejercitarse ul
terior ejercicio de acción penal, que suscite la acumula-
ción de procesos de ser conducente; ya que de lo contrario,
en lo atinente a esos hechos de fresco conocimiento, no -
existirá ejercicio de la acción penal, ni auto de formal -
prisión, como soporte ineludible de toda condena, y asimis
mo se impediría que el indiciado por esos nuevos hechos, -
rindiera declaración preparatoria.

46.- La problemática que resulta de la transmutación fáctica de la figura típica de lesiones a homicidio durante el desdoblamiento procesal, encuentra su simiente, en la condición objetiva de punibilidad o disposición causal normativa, que estatuye la fracción II del numeral 303 del Código Penal Federal, al establecer el factor cronológico de 60 días, en cuyo intervalo deberá acaecer el resultado luctuoso, para ser punible bajo el título delictivo de homicidio.

47.- La muerte del lesionado, acaecida con ulterioridad al intervalo normativo de 60 días, no rompe el nexo causal naturalístico entre la conducta del agente, y el evento letal, si concurren las restantes condiciones legales; empero la conducta del heridor, no podrá punirse bajo la sanción del título delictivo de homicidio.

48.- La figura típica de homicidio, es conceptuada por la doctrina, atendiendo a su duración, como delito instantáneo, en tanto que el evento consumativo típico de supresión de las condiciones vitales del pasivo, se produce en un solo instante; ahora bien, considerando la condición objetiva de punibilidad o elemento cronológico limitante de la causalidad en el ámbito exclusivamente normativo, que marca el intervalo de 60 días a que el legislador circunscribe el agravamiento de las lesiones y el resultado

luctuoso; pudiera suceder que el evento defuntivo, se presentara hasta el confín del marco temporal de 60 días, por lo que si en ese momento se hubiere ejercitado ya la acción penal en contra del heridor, y se hubiese resuelto su situación jurídica; se haría impracticable, en acatamiento puntual a la garantía de litis cerrada, la reclasificación del evento delictivo, facticamente estimado, y con ello la posición de injusticia derivaría manifiesta, al tener que condenar al homicida, tan solo como heridor.

49.- La transmutación fáctica de la figura típica de lesiones a homicidio, durante la secuela procedimental, debe apreciarse como un caso excepcional, de naturaleza singular, que limita el marco de égida o protección de la garantía de litis cerrada, ya que en la especie, no se trata de un error clasificatorio del juzgador al pronunciar la formalprisión o sujeción a proceso, sino de un caso único, en el que conjeturar la posible muerte del pasivo, con posterioridad al dictado del auto de plazo constitucional, queda fuera de los alcances de la función jurisdiccional.

50.- Los Estados de Derecho, se encuentran matizados por el principio de juridicidad, conforme al cual todos los actos del poder público deben subordinarse al Derecho; por lo que la conculcación o el quebranto a las normas de Derecho, nos arrastraría a la anarquía, con grave mengua al imperio de la ley.

B I B L I O G R A F I A.

Acero, Julio.
Procedimiento Penal.
Editorial Cajica, S.A.
Séptima Edición.
Puebla, Pue. México, 1976.

Andrade, Adalberto.
Estudio del Desarrollo Histórico de Nuestro Derecho Consti
tucional en Materia de Garantías Individuales.
Impresiones Modernas, S.A.
Primera Edición:
México, 1958.

Arilla Bas, Fernando.
El Procedimiento Penal en México.
Editorial Kratos, S.A. de C.V.
Decimotercera Edición.
México, 1991.

Borja Osorno, Guillermo.
Derecho Procesal Penal.
Editorial Cajica S.A.
Primera Edición.
Puebla, Pue. México, 1969.

Burgoa, Ignacio.
Derecho Constitucional Mexicano.
Editorial Porrúa, S.A.
Séptima Edición.
México, 1989.

Burgoa, Ignacio.
El Juicio de Amparo.
Editorial Porrúa, S.A.
Vigesimonovena Edición.
México, 1992.

Cardona Arizmendi, Enrique.
Apuntamientos de Derecho Penal.
Cárdenas Editor y Distribuidor.
Segunda Edición.
México, 1976.

Castellanos, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
Editorial Porrúa, S.A.
Vigesimocuarta Edición.
México, 1987.

Código Federal de Procedimientos Penales, comentado por el
licenciado José Ovalle Favela.
Serie Legislación Mexicana.
Procuraduría General de la República.
Instituto Nacional de Ciencias Penales.
Primera Edición.
México, 1979.

Colín Sánchez, Guillermo.
Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.
Editorial Porrúa, S.A.
Decimosegunda Edición.
México, 1990.

Chávez Calvillo, Rodolfo.
Dinámica del Derecho. Colección Actualidad del Derecho.
(Bases Constitucionales del Procedimiento Penal Mexicano.)
Procuraduría General de la República.
Primera Edición.
México, 1975.

Del Castillo del Valle, Alberto.
Ley de Amparo Comentada.
Editorial Duero, S.A. de C.V.
Primera Edición.
México, 1990.

De Pina, Rafael.
Diccionario de Derecho.
Editorial Porrúa, S.A.
Decimocuarta Edición.
México, 1986.

Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917.
Ediciones de la Comisión Nacional para la celebración del-
sesquicentenario de la proclamación de la Independencia na
cional y del cincuentenario de la Revolución Mexicana.
Primera Edición.
México, 1960.

Díaz de León, Marco Antonio.

Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal (Tomos I y II)

Editorial Porrúa, S.A.

Segunda Edición.

México, 1989.

García Maynez, Eduardo.

Introducción al Estudio del Derecho.

Editorial Porrúa.

Trigesimoctava Edición.

México, 1986.

García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria.

Prontuario del Proceso Penal Mexicano.

Editorial Porrúa, S.A.

Sexta Edición.

México, 1991.

García Ramírez, Sergio.

Curso de Derecho Procesal Penal.

Editorial Porrúa, S.A.

Cuarta Edición.

México, 1983.

García Ramírez, Sergio.

Derecho Penal.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

Primera Edición.

México, 1990.

Gómez Lara, Cipriano.
Teoría General del Proceso.
Universidad Nacional Autónoma de México.
Séptima Edición.
México, 1987.

González Bustamante, Juan José.
Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano.
Editorial Porrúa, S.A.
Décima Edición.
México, 1991.

González de la Vega, Francisco.
Derecho Penal Mexicano.
Editorial Porrúa, S.A.
Vigésimosegunda Edición.
México, 1988.

Herrera Lasso y Gutierrez, Eduardo.
Garantías Constitucionales en Materia Penal.
Instituto Nacional de Ciencias Penales.
Primera Edición.
México, 1979.

Instituto de Investigaciones Jurídicas (U.N.A.M.)
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Co -
mentada.
Universidad Nacional Autónoma de México.
Primera Edición.
México, 1985.

Jiménez Huerta, Mariano.
Derecho Penal Mexicano. Tomo I (Introducción al Estudio de
las Figuras Típicas)
Editorial Porrúa, S.A.
Cuarta Edición.
México, 1983.

Jiménez Huerta, Mariano.
Derecho Penal Mexicano. (Tomo II)
Editorial Porrúa.
Sexta Edición.
México, 1984.

Mancilla Ovando, Jorge Alberto.
Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso -
Penal.
Editorial Porrúa, S.A.
Tercera Edición.
México, 1990.

Obregón Heredia, Jorge.
Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
Editorial Porrúa, S.A.
Quinta Edición.
México, 1989.

Pallares, Eduardo.
Prontuario de Procedimientos Penales.
Editorial Porrúa, S.A.
Decimoprimer Edición.
México, 1989.

Pavón Vasconcelos, Francisco.
La Causalidad en el Delito.
Editorial Porrúa, S.A.
Tercera Edición.
México, 1989.

Pavón Vasconcelos, Francisco.
Manual de Derecho Penal Mexicano.
Editorial Porrúa, S.A.
Novena Edición.
México, 1990.

Pérez Palma, Rafaél.
Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal.
Cardenas Editor y Distribuidor.
Primera Edición.
México, 1974.

Polo Bernal, Efraín.
Manual de Derecho Constitucional.
Editorial Porrúa, S.A.
Primera Edición.
México, 1985.

Porte Petit Candaudap, Celestino.
Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal.
Editorial Porrúa, S.A.
Quinta Edición.
México, 1978.

Prontuario de Procedimientos Básicos y Criterios Técnicos-
para el Ministerio Público.

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Difusión Interna.

Rivera Silva, Manuel.

El Procedimiento Penal.

Editorial Porrúa, S.A.

Decimoctava Edición.

México, 1989.

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual del Juicio de Amparo.

Editorial Themis.

Primera Edición.

México, 1988.

Vela Treviño, Sergio.

La Prescripción en Materia Pernal.

Editorial Trillas.

Segunda Edición.

México, 1990.

Villalobos, Ignacio.

Derecho Penal Mexicano.

Editorial Porrúa, S.A.

Cuarta Edición.

México, 1983.

Villoro Toranzo, Miguel.

Introducción al Estudio del Derecho.

Editorial Porrúa, S.A.

Octava Edición.

México, 1988.

Zamora Pierce, Jesús.
Garantías y Proceso Penal.
Editorial Porrúa, S.A.
Cuarta Edición.
México, 1990.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero-
Común, y para toda la República en Materia de Fuero Fede -
ral.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de
la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Dis -
trito Federal.

Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relati-
vo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal.