

267
21



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO
EN EL PROCESO PENAL EN MATERIA
DEL FUERO COMÚN
(LA AMPLIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL)**

TESIS

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

P R E S E N T A :

ALMA CELIA MARTÍNEZ DAZA

ASESOR: LIC. JUAN JESÚS JUÁREZ ROJAS

MÉXICO 1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 esta 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.

A G R A D E Z C O

A MIS PADRES POR HABERME
DADO LA EXISTENCIA, POR
BRINDARME LA OPORTUNIDAD
DE RECIBIR UNA FORMACION
PROFESIONAL Y POR SU APO-
YO PARA LA CULMINACION
DE LA MISMA.

A MI HIJO OSCAR ALBERTO
QUE CON SU PRESENCIA LE
HA DADO SIGNIFICADO A MI
VIDA, Y ME HA MOTIVADO
PARA SEGUIR ADELANTE.

A MI ESPOSO, CON TODO MI
AMOR, QUE CON SU PACIENCIA,
COMPRESION Y APOYO ME HA
IMPULSADO A SEGUIR.

A MIS HERMANOS GERARDO
JESUS Y JOSE LUIS, POR
LO QUE CADA UNO REPRESENTA
PARA MI Y LO QUE
HAN CONTRIBUIDO EN MI
FORMACION.

A MIS CUÑADAS ILEANA,
LUZMA, Y EN ESPECIAL
LUCIA POR SU APOYO PA
RA LA CULMINACION DE
ESTE TRABAJO.

A MIS AMIGAS LETICIA Y
ARACELI, QUE DURANTE -
TODA MI VIDA ME HAN -
ACOMPANADO, DEMOSTRANDO
SU GRAN AMISTAD.

A MIS SUEGROS POR TODO
EL APOYO RECIBIDO Y CON
UN GRAN RESPETO.

A DIOS POR HABERME DADO
LA FE Y LA FUERZA QUE -
SE NECESITAN PARA LLEGAR
A LA META TRAZADA.

A L M A

**LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO EN EL PROCESO PENAL
EN MATERIA DEL FUERO COMÚN.
(LA AMPLIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.)**

Í N D I C E

	pág.
INTRODUCCIÓN .	I
CAPÍTULO I	
LA COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.	
1.1.- CONCEPTO.	I
1.2.- ELEMENTOS DEL TIPO.	7
1.2.1.- ELEMENTOS DESCRIPTIVOS.	8
1.2.2.- ELEMENTOS NORMATIVOS.	12
1.2.3.- ELEMENTOS SUBJETIVOS.	13
1.2.4.- ELEMENTOS OBJETIVOS.	15
1.3.- LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.	16
1.3.1.- LA CONDUCTA.	17
1.3.2.- LA CULPABILIDAD.	20
1.3.3.- GRADOS DE PARTICIPACIÓN.	22
1.3.4.- CAUSAS DE LICITUD.	24
1.3.5.- EL NEXO CAUSAL.	26
1.4.- LA ELABORACIÓN DEL PLIEGO DE CONSIGNACIÓN.	27
1.4.1.- LA AVERIGUACIÓN PREVIA.	28
1.4.2.- LA ACCION PENAL.	31

**CAPÍTULO II
LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL
AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL.**

2.1.- CONCEPTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES.	33
2.1.1.- CLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.	34
2.2.- BREVE EXPLICACIÓN DEL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL.	36
2.2.1.- AUTO DE FORMAL PRISIÓN	40
2.2.2.- AUTO DE SUJECCIÓN A PROCESO.	45
2.2.3.- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.	48

**CAPÍTULO III
RECURSOS PROCESALES EN CONTRA DE LA AMPLIACIÓN
DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.**

3.1.- DE LOS RECURSOS PROCESALES.	51
3.1.1.- CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS PROCESALES.	54
3.2.- LA APELACIÓN.	55
3.2.1.- PROCEDENCIA LEGAL DEL RECURSO DE APELACIÓN.	56
3.2.2.- LA APELACIÓN Y LA RECLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.	57
3.3.- EL AMPARO EN MATERIA PENAL.	60
3.4.- EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO.	66
3.4.1.- PROCEDENCIA LEGAL DEL AMPARO DIRECTO	68
3.4.2.- LA DEMANDA EN EL AMPARO DIRECTO.	72
3.5.- EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.	75
3.5.1.- PROCEDENCIA LEGAL DEL AMPARO INDIRECTO.	77
3.5.2.- LA DEMANDA EN EL AMPARO INDIRECTO.	80

**CAPÍTULO IV
LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO Y
SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.**

4.1.-	CONCEPTO.	81
4.2.-	ÓRGANO COMPETENTE.	83
4.3.-	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 304 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.	91
4.4.-	COMO Y PORQUÉ SE DA LA AMPLIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.	94
4.5.-	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AMPLIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.	96

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la licenciatura en Derecho, existen diferentes figuras jurídicas, pero en especial ha llamado mi atención, por la manera en que puede ser vista, ya que para unos es una violatoria de garantías y para otros puede representar un beneficio; esta figura es la reclasificación de los delitos, o ampliación del ejercicio de la acción penal.

Mi inquietud nace al preguntarme, el porque de la equivocación del Órgano Investigador al clasificar un delito, porque de la existencia de esta figura, si la ley tiene bien delimitados los tipos penales, y la conducta que el delincuente tiene que exteriorizar u omitir para encuadrar en ellos.

El ministerio Público en ejercicio de sus facultades, investiga con auxilio de la Policía Judicial y practicando todas las diligencias necesarias, los hechos constitutivos de delito, a fin de integrar la Averiguación Previa y decidir si ejercita o no la acción penal.

Al decidir ejercitar la acción penal, debe de tener acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y al ser el Ministerio Público la autoridad que conoce de los hechos desde la denuncia o querrela y lleva a cabo todas las diligencias a fin de integrar con mayor exactitud la Averiguación Previa, cabe preguntarse el porqué de la equivocación del Órgano Investigador al clasificar un delito.

Una vez que el ministerio Público decide ejercitar la acción penal, pone a disposición del juez la averiguación previa, consignando al juez las diligencias, iniciándose con ello la actividad jurisdiccional, una vez que el Órgano Jurisdiccional ha recibido las constancias, debe de estudiarlas y decidir si la petición hecha por el Ministerio Público es procedente o no, y si la denominación técnico-jurídica que este le dio a los hechos es la correcta y en caso de no serla, el juez tiene facultades para cambiar dicha denominación, o modificar la estructura del tipo penal, en base a los hechos y sin cambiar los mismos.

Es por esto que este trabajo de investigación se divide en cuatro capítulos, los cuales tratan de llevar una secuencia jurídica procesal, desde el momento de los hechos. Es así que en el primer capítulo hablaremos de la integración del tipo penal, hasta la elaboración del pliego de consignación, en el segundo apartado trataremos las resoluciones judiciales y el porque de cada una de estas en el auto de término constitucional, en el tercero y siguiendo la secuencia procesal, los medios de impugnación en contra de dichas resoluciones, y en el último capítulo haremos un análisis jurídico de la reclasificación de los delitos o ampliación del ejercicio de la acción penal y los artículos que a ella se refieren, así como los momentos procesales oportunos para la misma.

CAPÍTULO I
LA COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO Y
LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

1.1.- CONCEPTO.

1.2.- ELEMENTOS DEL TIPO.

1.2.1.- ELEMENTOS DESCRIPTIVOS

1.2.2.- ELEMENTOS NORMATIVOS.

1.2.3.- ELEMENTOS SUBJETIVOS.

1.2.4.- ELEMENTOS OBJETIVOS.

1.3.- LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

1.3.1.- LA CONDUCTA.

1.3.2.- LA CULPABILIDAD.

1.3.3.- GRADOS DE PARTICIPACION.

1.3.4.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.

1.3.5.- EL NEXO CAUSAL.

1.4.- LA ELABORACIÓN DEL PLIEGO DE CONSIGNACIÓN.

1.4.1.- LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.4.2.- LA ACCIÓN PENAL.

CAPÍTULO I

LA COMPROBACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

1.1.- CONCEPTO.

La comprobación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad, cuya noción original data de siglos atrás, y era denominada como comprobación del cuerpo del delito, posee suma importancia y su comprobación constituye un elemento capital de todo proceso jurisdiccional.

El maestro Guillermo Colín Sánchez establece: "La comprobación del cuerpo del delito, implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho, se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo."¹

Definición de la cual podemos deducir que el cuerpo del delito ha sido confundido con el delito mismo, con la suma de sus elementos; con los elementos y las huellas del ilícito, e inclusive con el sujeto o el objeto sobre el cual se vuelca la conducta criminal, y que de acuerdo al tipo penal se describe.

¹ Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, décimo quinta edición, edit. Porrúa, S. A., México, 1995, p.380.

En la actualidad, ésta denominación fue modificada y dividida en dos partes, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, los cuales están debidamente delimitados por lo establecido en los artículos 122 y 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que en adelante denominaremos como Código de Procedimientos Penales y que a la letra dicen:

Artículo 122.-" El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Dichos elementos son los siguientes:

- I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II.- La forma de intervención de los sujetos activos, y
- III.- La realización dolosa o culposa de la acción y omisión.

Así mismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) Los elementos subjetivos específicos, y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquel alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley."

Artículo 124 - "Para la comprobación de los elementos del tipo y la probable o plena responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio Público y el juez gozaran de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que estos medios no estén reprobados por esta."

Los anteriores artículos nos dan con exactitud los elementos de la acreditación o comprobación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado, dando así al Ministerio Público un campo de acción bastante amplio en la averiguación previa para que estos.

al ejercer la acción penal hayan adecuado realmente la conducta al tipo penal. Para poder entender mejor la relevancia de este aspecto, tenemos que hacer un análisis de los elementos del tipo y de los que constituyen la probable responsabilidad, así como la averiguación previa que es donde se trata de dar una congruencia entre la conducta del inculcado y los tipos penales establecidos en la ley, culminando con el ejercicio de la acción penal

Ahora bien para fines de nuestro estudio es necesario dar un concepto del tipo, este ha sido definido por varios autores entre los que destacan Edmund Mezger, para quien el tipo es: "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica."² Aunque la teoría penal ingresa al campo del derecho con la obra de Beling, quien al definir el tipo coincide con otros autores al precisar que el tipo es una suma de los elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito, además de describir los elementos materiales necesarios que caracterizan a cada especie de delito.

El maestro Luis C. Cabral define al tipo de la siguiente manera: "Los tipos penales son modelos o esquemas de comportamiento humano constituidos por notas que el legislador reputa "esenciales" para describir las acciones punibles, dejando de lado todo lo que, desde el punto de vista de los fines que persigue la ley, resulta accesorio o contingente."³

² Tratado de Derecho Penal I, s/c. s/edit. Madrid, 1955, p.214.

³ Compendio de Derecho Penal, Parte general: s/c. edit. Abeledo- Perrot, Buenos aires, Argentina, 1987, p.78.

En nuestro concepto podemos decir que el tipo penal es la descripción exacta que el legislador hace del ilícito, tomando en cuenta tanto la conducta como el resultado y los medios de que se pudieran valer para su realización. A nuestro parecer es el maestro Mariano Jiménez Huerta quien da una definición mas completa del tipo penal en su libro en el sentido de que: "El tipo penal es por naturaleza eminentemente descriptivo, en el se detalla, con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí, que la mayoría de los tipos de la parte especial de un código tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento o a un resultado material tangible."⁴

Edmund Mezger hace un análisis del tipo dividiéndolo de la siguiente manera: "El tipo en sentido amplio que se considera al delito mismo y a la suma de todos sus elementos constitutivos; el tipo en sentido restringido ha sido considerado como el conjunto de características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico, integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito."⁵ Es decir en sentido amplio es en si la figura delictiva, como por ejemplo el homicidio y, en sentido restringido es aquella estructura del tipo que especifica al mismo, por ejemplo el homicidio en razón de parentesco.

⁴ Derecho Penal Mexicano, quinta edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1985, pp.73 y 74.

⁵ Ob. Cit. P. 365.

Para Francisco Pavon Vasconcelos: " El tipo penal dándole connotación propia jurídico penal, 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 sancion penal."⁴⁶

Como ya lo hemos mencionado la interpretacion doctrinal y la practica judicial, identifican al cuerpo del delito con los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y para esto es preciso acreditar que los delitos constan de varios elementos, es asi que el tipo se nos puede presentar como una descripcion de la conducta humana, como en los delitos de falsificacion de documentos publicos o privados, la falsificacion de moneda, o el comerciar, traficar, elaborar, poseer drogas o enervantes, en otras el tipo describe además el resultado material como las escoriaciones, contusiones, cicatrices en las lesiones, la privación de la vida en el homicidio, la muerte del producto en el aborto; o bien nos da referencias de los sujetos del ilicito, como es la consanguinidad en el delito de homicidio en razon del parentesco, la calidad de servidor publico en el peculado; o bien se puede referir a los medios de comision, o modalidades de la acción propiamente dicha, como la premeditacion o la violencia; asi tambien puede referirse a los estados de animo o psicicos como el manejar en estado de ebriedad en el delito de ataques a las vias generales de comunicacion

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha estimado que la comprobación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad se integran con los elementos materiales de la

⁴⁶ Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, décimo segunda edición, edit. Porrúa, S.A. , México, 1995, p.265.

infracción, o sea que se den todas las circunstancias o elementos que el tipo penal estipula para poder contar con una conducta típica.

1.2.- ELEMENTOS DEL TIPO.

Los llamados elementos del tipo son todas aquellas circunstancias de tiempo, modo, lugar, etc., las cuales ha descrito el legislador en el tipo penal y que si llegaran a faltar darían paso a la figura de la atipicidad, por ejemplo:

Así el artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia Federal, que en adelante denominaremos Código Penal dice.-
"Comete el delito de robo: el que se apodera de cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley."

En este precepto como podemos observar el legislador nos da una serie de elementos que describen la conducta y algunos otros elementos del injusto penal, estos son: el apoderamiento de una cosa mueble, ajena y la falta de consentimiento, para que se de la tipicidad.

Para fines de nuestra investigación clasificaremos a los elementos del tipo en: descriptivos, normativos, subjetivos y objetivos.

1.2.1.- ELEMENTOS DESCRIPTIVOS

Son aquellas referencias de tiempo, lugar y/o estado psíquico, que se deben dar en la conducta para que, esta sea antijurídica

Los elementos descriptivos son inherentes a todo tipo penal, ya que como lo hemos mencionado el tipo penal es la descripción misma de la conducta antijurídica, es así que el maestro Raúl Carranca y Trujillo menciona: "el tipo penal es eminentemente descriptivo, en el se delata, con la máxima objetividad posible la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial de un Código tenga como contenido una mera descripción objetiva de una conducta, descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material tangible."⁷

Referencias temporales. Son aquellas a que hace alusión el legislador en el tipo penal, esto es, describe el momento en que debe ejecutarse la conducta para que resulte típica: la ejecución de la conducta descrita en el tipo penal según el maestro Alfonso Reyes en su obra la Tipicidad, nos dice que puede ser ilimitada o circunscrita, la primera puede ejecutarse en cualquier momento y la segunda se debe llevar a cabo cuando el tipo la refiere, ejemplo: el delito de homicidio cuya ejecución de la conducta es ilimitada, y el delito de aborto en el que la conducta se tiene que dar durante la preñez, o bien como lo era el delito de infanticidio (derogado) en el cual la muerte del niño se tenía que dar dentro de las 72 primeras horas después, de nacido.

⁷ Derecho Penal Mexicano Parte General, décimo cuarta edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1982. Pp.75 y 76.

Otras veces la referencia temporal se focaliza sobre un acontecimiento dado y la conducta debe darse antes, durante, o después de este. Ejemplos:

En el delito de rebelión Artículo 138 del Código Penal.- "No se aplicará pena a los que depongan las armas antes de ser tomados prisioneros."

"Artículo 329 del Código Penal.- "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

El delito de encubrimiento Artículo 400 - fracción I del mismo ordenamiento.- "Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado..."

Referencias espaciales. Son las circunstancias del lugar en las que el propio tipo penal indica donde deben realizarse, y puede estar expresa o se puede deducir del mismo tipo; la primera se da cuando el mismo ordenamiento nos menciona el lugar donde debe realizarse la conducta como en los siguientes ejemplos:

Artículo 381 bis del Código Penal que describe el robo en casa habitación, o el allanamiento de morada artículo 285 del mismo ordenamiento que estipula "al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitación."

Y la segunda es cuando si bien el tipo penal no señala el lugar la naturaleza del mismo nos lleva a la delimitación espacial como en el delito de exhumación de cadáver. Artículo 280 fracción III, del mismo ordenamiento - "Al que exhumen un cadaver sin los requisitos legales o con la violación de derechos. " Aquí, aunque el legislador no menciona el lugar, se deduce que es un cementerio, o el delito de quebrantamiento de sellos artículo 187 Código Penal, el que estipula "Al que quebrante los sellos puestos por orden de la autoridad publica se le aplicarán ..."este no especifica que los sellos se ponen en las puertas o persianas de los establecimientos, nada más se deduce

Referencias de modo. Estas se refieren a la manera en que el sujeto activo debe realizar la conducta y/o a los instrumentos que pueda utilizar para cometer el ilícito, y se dividen en circunstancias de modo y circunstancias físicas.

Las circunstancias de modo pueden ser psíquicas o físicas, las primeras son aquellos medios de que se vale el sujeto activo para cometer el ilícito como la violencia moral, la simulación, el error, o afecciones psíquicas del sujeto pasivo, por ejemplo:

El delito de estupro Artículo 262 del Código Penal. "al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, **obteniendo su consentimiento por medio del engaño, se le aplicará ..."**

Artículo 386 Código Penal.- "comete el delito de fraude el que **engañando** a uno o **aprovechándose del error** en que, este se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido."

Las circunstancias físicas son los medios de comisión de que se puede valer el delincuente como es la violencia física, las armas, sustancias como en el delito de terrorismo, o bien los agravantes de que habla el artículo 315 del Código adjetivo en relación al homicidio y las lesiones, los cuales transcribiremos en seguida:

Artículo 13º del Código Penal.- "... al que utilizando **explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento** realice actos en contra de las personas..."

Artículo 315 del mismo ordenamiento.- "Se entiende que las lesiones y el homicidio, son calificados, cuando se cometen **con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición.**

Hay premeditación: siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.

Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier

otra substancia nociva para la salud, contagio venereo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida, por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad.

1.2.2 ELEMENTOS NORMATIVOS.

Para el maestro Guillermo Colin Sánchez los elementos normativos: "son aquellos a los que se llega mediante una valoración jurídica: cosa mueble, perjuicio, documento público, o cultural : apropiación, vida, erotico-sexual, perjuicio, etc.".*

Los elementos normativos según Edmund Mezger se distinguen en: " a).- los elementos típicos del juicio cognitivo, en los cuales el juez deduce este, con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia, es el caso de la verdad o no verdad objetiva de un hecho o toda especie de peligrosidad. b) - los elementos típicos del juicio valorativo emocional " que exigen una valoración " en sentido estricto. " "

Es así que los elementos normativos del tipo penal son aquellas características de valoración jurídica o de valoración cultural, a la que se llega mediante el razonamiento del Ministerio Público en la averiguación previa, o bien el Juez durante el procedimiento o se describen en el mismo tipo penal como la cosa mueble o la apropiación de la que habla el maestro Colin Sánchez, algunos ejemplos de elementos normativos serían los siguientes:

* Ob. Cit. P. 378.

" Derecho Penal, Parte General, sexta edición, edit. Cárdenas, México 1985, p. 147.

El delito de hostigamiento sexual Artículo 259 del Código Penal.- "Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo valiéndose de su **posición jerárquico derivada de sus relaciones laborales, docentes, domesticas,** o cualquier otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilice los medios o circunstancias que el encargo le proporcione...".

Y todos los contenidos en el título octavo como son los delitos contra la moral pública, corrupción de menores, lenocinio, y otros.

1.2.3. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Son las circunstancias internas del sujeto activo, cosas que corresponden al ámbito psíquico del autor, el elemento subjetivo del tipo se encuentra en los llamados delitos de intención, donde se da en el sujeto activo una tendencia, por lo que tomando en cuenta lo anterior podremos hacer una pequeña clasificación de los elementos subjetivos en delitos de intención y no intencionales. Los primeros serán, aquellos en donde se encuentre presente el dolo, es decir donde se tenga la intención de actuar de determinada forma. Y los segundos están aquellos donde la culpa a parezca es decir donde el sujeto activo no tenga la intención, como en los delitos cometidos con motivo de tránsito de vehículos.

Dentro de la doctrina y en relación a los elementos del tipo es Guillermo Colín Sánchez sin duda alguna el que mejor explica estos, y es la razón por la cual hemos remontado varias citas del mismo, así tenemos que al definir los elementos subjetivos nos dice que estos: "implican una valoración desde el punto de vista objetivo de la antijuridicidad, pues corresponden a estados y procesos anímicos del agente y que conforman características del ilícito como: el deseo o propósito erótico-sexual, el ánimo de ofender, el ánimo de lucro, etc."¹⁰Ejemplos:

Artículo 386 del Código adjetivo "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla **se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.**"

Artículo 400 del mismo ordenamiento, delito "... 1.- **Con ánimo de lucro**, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel a sabiendas de esta circunstancia..."

Varios autores citan al dolo como elemento subjetivo y no únicamente como forma de culpabilidad, pero para la teoría finalista que es en la que nuestro derecho penal se basa actualmente, la clasificación de dolo en el tipo penal se deduce, por la voluntad del autor de la conducta, y esto, representa la columna vertebral de la conducta para que sea punible.

¹⁰ Ob.Cit. P. 378.

1.2.4.- ELEMENTOS OBJETIVOS.

Son todos aquellos elementos puros de la tipicidad, como son las referencias a cosas, a personas, a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos, como la vida en el delito de homicidio, como la cosa en el robo.

Si bien es cierto que son varios los autores que hablan sobre elementos del tipo también lo es, que no todos hablan sobre los elementos objetivos. Johannes Wessels, al hablar de los elementos del tipo hace un estudio muy amplio del elemento que nos ocupa y nos dice: "el tipo objetivo forma parte de la descripción del sujeto del hecho, del objeto del hecho, incluyendo eventuales formas especiales de comisión, medios u otras modalidades del hecho.

El tipo objetivo, se presupone casi siempre, la producción de un resultado determinado, como consecuencia externa de la acción. En estos delitos de resultado, también constituye una característica (no descrita) del tipo objetivo, la relación causal existente entre la acción y el resultado"¹¹

La antijuridicidad es tomada por la doctrina como elemento objetivo del tipo ya que resulta de la contradicción del orden jurídico. La lesión que es la puesta en peligro o la posibilidad de peligro, de un bien jurídicamente tutelado por la ley.

¹¹ Derecho Penal, Parte General, sexta edición, editorial De Palma, Buenos Aires Argentina, 1980, p.43.

Para el maestro Silvio Ranieri: "Los elementos objetivos en cuanto atañen a determinados acontecimientos o situaciones exteriores, que se verifican en el tiempo o en el espacio."¹²

Como lo hemos visto, el elemento objetivo se podría confundir con un elemento de la conducta o bien con la conducta misma, pero como lo hemos visto el elemento objetivo puede ser perceptible por los sentidos o ser un acontecimiento descrito en la ley, aunque la diferencia entre la conducta y el elemento objetivo, es que este último podría encontrarse también en el nexo causal, aunque algunos autores manifiestan que es la conducta misma o un elemento de la misma.

1.3.- LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

El maestro Guillermo Colín Sánchez nos dice que: "existe probable responsabilidad, cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable."¹³

Con base en lo anterior podemos decir que es un elemento fundamental en el procedimiento penal mexicano, esta se exige tanto para libramiento de una orden de aprehensión

¹² Manual de Derecho Penal Parte General, tomo I, s/e. Temis, Bogotá, 1985, P. 1172.

¹³ Ob. Cit. p. 306.

(Artículo 16 Constitucional), como para dictar un auto de formal prisión (Artículo 19 Constitucional), la condena en cambio requiere de la plena comprobación de la responsabilidad, es común que la probable responsabilidad se vincule con las formas de autoría y participación delictivas que se señalan en el Artículo 13 del código penal, pero tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 122 y 124 del Código de Procedimientos Penales, veremos que para acreditar la probable responsabilidad se pueden emplear cualquiera de los medios de prueba de que habla el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales, como son la prueba confesional, la documental, la testimonial, los peritajes etc., pero en la probable responsabilidad se dan los siguientes elementos: la conducta, la forma de intervención, la culpabilidad, que no medie ninguna causa de licitud, el nexo causal, los cuales analizaremos brevemente a fin de tener una idea general de los mismos.

1.3.1.- LA CONDUCTA.

La conducta como elemento de la probable responsabilidad, es a nuestro parecer el más importante, ya que para darse algún delito debe existir ésta, ya sea intencional o no, de acción o de omisión " la palabra conducta, penalísticamente aplicada, es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano."¹⁴

¹⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I, séptima edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1994, p.588.

Para el maestro Fernando Castellanos Tena: "es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."¹⁵ Sin embargo al analizar, esta definición podemos observar que el comportamiento humano puede también, ser involuntario, es decir puede darse una conducta intencional o no intencional.

La conducta puede darse de diferentes formas, de acción que consiste en la conducta positiva expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. Así pues para el autor Eugenio Cuello Calón: "la acción es la conducta exterior, voluntaria encaminada a la producción de un resultado".¹⁶

Ahora bien la conducta no siempre es de acción, como se puede observar en los delitos de comisión por omisión o bien los de omisión simple, que en seguida definiremos.

Los delitos de omisión simple son aquellos en donde la conducta negativa, es una inactividad voluntaria o no y donde se viola una norma de carácter dispositivo, sin la de un resultado material.

¹⁵ Lineamientos Elementales de derecho Penal, Vigésimo cuarta edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1887, p. 149.

¹⁶ Derecho Penal, décimo segunda edición, s/c., Barcelona, 1959, p.319.

El maestro Celestino Porte Petit, manifiesta: "la omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa) violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico de mandamiento "o" imposición".¹⁷ Y señala como elementos de la misma:

- a) - la voluntad o no voluntad.
- b) - inactividad o el no hacer;
- c) - el deber jurídico de actuar;
- d) - el resultado de típico.

Ejemplo Artículo 341 del Código Penal - "Al que habiendo atropellado a una persona culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo..."

Artículo 176 del mismo ordenamiento - "Al empleado de telégrafo, que conscientemente dejara de transmitir un mensaje..."

Los delitos de Comisión por Omisión se dan cuando esta omisión produce un resultado, en este tipo de conducta se empieza violando una norma prohibitiva dándose de esta forma un resultado material.

¹⁷ Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Décima edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1985 p.305.

El maestro Celestino Porte Petit al hablar de este tipo de conducta nos refiere: "existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o no voluntario (culposo). Violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva"¹⁸ y menciona como elementos:

- a).- la voluntad o no voluntad.
- b) - inactividad;
- c) - deber jurídico de obrar (una acción esperada y exigida) y el deber de abstenerse;
- d) - resultado típico y material.

Ejemplo: Artículo 400 fracción IV. "Al requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes".

Como lo hemos observado la única diferencia entre los delitos de Omisión Simple y los de Comisión por Omisión es el resultado material que se produce en estos últimos.

¹⁸ *Ibidem*, p.311.

1.3.2.- LA CULPABILIDAD.

En relación a la culpabilidad el maestro Fernando Castellanos Tena nos dice que este consiste en: "El nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto o resultado."¹⁹ y este nexo puede ser intencional o no.

Así también el profesor Marco Antonio Diaz de León, nos señala que la culpabilidad es un: " elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contraria a lo mandado por la ley."²⁰

El artículo 8º del Código Penal dice "que los actos u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culpablemente. Y el artículo 9º del mismo ordenamiento nos hace la siguiente descripción.

Artículo 9º - "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

¹⁹ Ob. Cit. P. 236.

²⁰ Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I, segunda edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1989, p.523.

Es por esto que al basarnos en las descripciones del propio código entenderemos que obra dolosamente aquel que tiene la voluntad consciente del hecho que vaya ha ejecutar, y que existe la culpa cuando se obra sin intencion.

1.3.3.- FORMAS DE PARTICIPACIÓN O GRADOS DE PARTICIPACION.

La participación, es la forma de intervencion voluntaria de los individuos en la realizacion de un ilícito, y esta se puede manifestar como una autoria, que es cuando el autor del delito al mismo tiempo es el autor material e intelectual. Aunque varios autores como Guillermo Cabanellas definen a la participación como: "la intervencion personal en un delito, denominación genérica, que la tecnica penal emplea en las infracciones punibles."²¹

Autor material- Es la persona física, que de manera directa realiza o ejercita la conducta ilícita, para el autor citado anteriormente, el autor material es aquel que perpetr efectivamente un ilícito efectuando o ejecutando los actos externos que concretan este, se habla de autor material en los casos de desdoblamiento o dualidad por existir un autor intelectual.

Autor intelectual- Es el individuo que de manera anímica dirige y planea la conducta de otro (autor material), el maestro Guillermo Cabanellas al hablar del autor intelectual

²¹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, Vigésimo primera edición, edit. Helista S.R.L., Buenos Aires Argentina, 1989, p.121.

nos dice que esta: "transparenta una jerarquización, que algunos dan al inductor en lo penal e incluso al corruptor en lo moral."²²

Coautoría. - Es la intervención de dos o más, autores intelectuales o materiales en la conducta ilícita. El Profesor Marco Antonio Díaz de León, nos dice que el coautor es el: "individuo que participa en el delito en forma directa, y similar intervención a la del autor."²³

Complicidad - Es la intervención de manera indirecta de personas que ayudan a otras a la ejecución del delito y a los cuales se les llaman cómplices, algunos autores definen al cómplice como aquel que en unión de otro u otros comete una infracción penal.

Autoría Mediata - Esta se da cuando un sujeto se hace valer de un imputable o de un animal para cometer el ilícito, la doctrina establece que la autoría mediata es la inducción mediante instigación, consejo, persuasión para que el imputable o el animal, actúe de determinada manera.

Asociación - Se puede expresar como un convenio que celebran varios sujetos para cometer un delito o varios y obtener ganancias que se repartirían entre ellos, al definir ésta el maestro Marco Antonio Díaz de León nos dice que es: "pareja, cuadrilla, grupo u organización que concibe, prepara, ejecuta o ampara hechos delictivos. La suma de experiencia, el estímulo, una

²² Ibidem, p.424.

²³ Ob. Cit. P. 406.

nociva aplicación de la "división de trabajo", la finalidad de ampliar un "negocio" en los profesionales, la de asegurarse la impunidad, son tantas causas de la asociación criminal ²⁴

1.3.4.- LAS CAUSAS DE LICITUD.

Para poder resolver la probable responsabilidad, se debe constatar según el artículo 122 de Código de Procedimientos Penales sino existe acreditada en favor de aquel, alguna causa de licitud, que son aquellas en las que aparentemente la conducta es antijurídica pero en ellos media una causa de licitud, que elimina la responsabilidad de la conducta del sujeto activo como son:

La legítima defensa.- Por la cual se entiende la repulsa de una agresión por parte de un sujeto llamado injusto agresor, hacia un sujeto llamado injusto agredido, la cual debe darse de manera actual, real, inminente, sin derecho, sin que medie provocación y utilizando medios racionales en la defensa, como lo estipula el artículo 15 fracción IV del Código Penal, es un rechazo por medios racionales de una agresión no provocada.

El estado de necesidad - se da cuando el sujeto activo del ilícito obra para salvaguardar un interés jurídico ajeno o propio respecto de un peligro, actual, real, inminente, no ocasionado por el sujeto mismo, siempre y cuando no tenga el deber jurídico de afrontarlo, utilice los

²⁴ *Ibidem*, p.393.

medios racionales y que no exista otro medio menos perjudicial. Como ejemplos podríamos mencionar el robo de fámelico y el aborto terapéutico.

Para Von Liszt: "El estado de necesidad es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violacion de los intereses de otro, jurídicamente protegidos."²⁵

El ejercicio de un derecho - existe cuando se causa un daño obrando el sujeto activo en forma legitima, siempre y cuando exista necesidad racional del medio empleado en la conducta del sujeto, esta causa de justificación se puede manifestar de dos formas deportiva y profesional, ejemplos de estas conductas serian, dentro de las deportivas las lesiones o el homicidio dentro del boxeo y la lucha libre, y de las profesionales se dan con los riesgos que se corren en las operaciones

El cumplimiento de un deber - Existe cuando se causa un daño obrando el sujeto activo en forma racional, en el cumplimiento de un deber jurídico, siempre y cuando el ejercicio se derive de una profesión o cierta actividad, como en los tratamientos médico quirúrgicos.

²⁵ Tratado de Derecho Penal, Tomo II, s/c, edit. Reus, Madrid, 1927, p.341.

Para el maestro Mariano Jiménez Huerta el impedimento legítimo palpita con vida propia, es un conflicto entre bienes jurídicos: " la simultaneidad de deberes que el sujeto debe cumplir, es solo una causa normativa que engendra la colisión de los bienes jurídicos, así quien viola el deber de asistencia que debe prestar a una persona herida, por estar auxiliando a otra mas gravemente lesionada, se sacrifica el bien jurídico de aquella, en aras del que a esta pertenece."²⁶

1.3.5.- EL NEXO CAUSAL

Es la conducta humana que puede producir un cambio exterior que puede ser físico, anatómico, fisiológico o psíquico, o sea material y entre esta conducta y el resultado material se requiere una relación causal, para que aquel, le sea atribuible al sujeto activo del delito.

Celestino Porte Petit, nos dice: " existe nexo causal cuando suprimiendo la conducta, no se produce el resultado Es decir si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir, que no hay relación de causalidad, tratándose de los delitos de acción y en los delitos de comisión por omisión, si suprimimos la acción esperada y exigida, el resultado se produce."²⁷

²⁶ La Antiinducidad, s/c, Imprenta Universitaria, México, 1952, p.346.

²⁷ Ob. Cit p.335.

Como podemos observar la doctrina es muy clara en cuanto a este concepto del cual se puede deducir que no existe el nexo causal cuando al suprimir la conducta del activo, se produce el mismo resultado, es decir que el resultado tipico se hubiera dado aun sin la intervencion del sujeto activo

Mas adelante el maestro Celestino Porte Petit, haciendo un resumen al respecto nos dice: "La relacion causal consiste en un nexo, entre un elemento del propio hecho (conducta), y una consecuencia de la misma (resultado), que viene a ser igualmente un elemento del hecho"²⁸

1.4.- ELABORACIÓN DEL PLIEGO DE CONSIGNACIÓN.

Una vez que hemos estudiado los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, debemos tomar en cuenta que siendo estos la parte medular del llamado tipo penal del delito, se deben manejar y hacer valer en el pliego de consignacion, que es el documento mediante el cual se acreditan los elementos del tipo penal ante el Organismo jurisdiccional para que este haga valer el ejercicio de la accion penal que se solicita en el pliego referido.

El pliego de consignacion tiene como base a la averiguación previa y como finalidad el ejercicio de la accion penal, es asi pues, que estudiaremos estas dos figuras, para poder comprender así como se llega a la elaboracion del pliego de consignación.

²⁸ Idem.

4.1.1.- LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Esta tiene como objeto principal y esencial el de preparar el ejercicio de la acción penal, en esta fase el ministerio público interviene como órgano investigador y dicha intervención inicia a partir de que, este tiene conocimiento, a través de la denuncia o querrela como requisitos de procedibilidad, de que se ha cometido un hecho que la ley penal sanciona como delito, y termina cuando del resultado de la averiguación previa, se acreditan los elementos que permiten a este órgano jurisdiccional, ejercitar legalmente la acción penal.

La averiguación previa tiene su fundamento en el Artículo 21 Constitucional, atendiendo a lo preceptuado de igual forma en los artículos 14 y 16 del mismo ordenamiento, y tiene como finalidad, decidir sobre la abstención o el ejercicio de la acción penal, y como se desprende de los mismos, el titular de la averiguación previa es el Ministerio Público y tiene la atribución de averiguar, de investigar y de perseguir los delitos. Ahora bien si el ministerio público tiene la atribución de orden constitucional de averiguar los delitos y esta atribución la lleva a cabo mediante la averiguación previa, lo reviste de una autoridad especial, que se inicia a partir del momento de que éste toma conocimiento a través de la denuncia o querrela.

Para el autor César Augusto Osorio y Nieto: "La averiguación previa es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias para

comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, así mismo optar por el ejercicio de la acción penal o bien, abstenerse de ella."²⁹

Podemos observar en la nota anterior, que para César Augusto Osorio y Nieto la Averiguación Previa es una etapa procedimental, en tanto para otros autores es en sí un procedimiento, como lo señala el profesor Guillermo Colín Sánchez, en la que la define: "La averiguación previa es en efecto un procedimiento a cargo del o los agentes del Ministerio Público correspondientes, para investigar las conductas o hechos delictuosos, y quien o quienes son los probables autores, para en su oportunidad ejercitar acción penal.

Se llama averiguación previa, por que esta es un presupuesto indispensable para que pueda darse el proceso, mismo que se inicia con el ejercicio de la acción penal que, durante ese procedimiento se prepara."³⁰

En nuestro personal punto de vista nos inclinamos al criterio de la primera cita, ya que pensamos que la averiguación previa es una etapa del procedimiento que se inicia con la denuncia o querrela y que termina con la ejecución de la sentencia y en cuanto al proceso, éste se inicia con el auto de término constitucional y concluye en la sentencia.

En la averiguación previa una vez que el Ministerio Público ha tomado conocimiento de un hecho delictuoso por medio de los institutos señalados, se debe iniciar la

²⁹ La Averiguación Previa, segunda edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1983, p.21.

³⁰ Ob. Cit. Pp. 303 y 304

investigación de los mismos, valiéndose de los medios que el Estado pone a su alcance para este fin, como es la policía judicial, Servicios Periciales, la colaboración de otras autoridades etc., hasta reunir los elementos necesarios para poder dictaminar si el hecho denunciado pudiera ser delito o no, en el primer caso y reunidos los elementos que exige el artículo 16 Constitucional, se ejercita la acción penal mediante la consignación ante el órgano jurisdiccional, en este momento pueden presentarse las siguientes hipótesis.

a).- Que sea una consignación con detenido y si es así, al hacer la consignación mediante el pliego, se pedirá al órgano jurisdiccional que radique la causa, y a dicha persona se le tome su declaración preparatoria y se resuelva su situación jurídica dentro del término de las 72 horas.

b).- En el caso de que el Ministerio Público durante la averiguación previa no tenga detenido y que hayan elementos en contra de alguna persona para ejercitar la acción penal correspondiente, el Ministerio Público podrá solicitar la orden de aprehensión, o de comparecencia a fin de tomarle al indiciado su declaración preparatoria.

De lo anteriormente dicho podemos concluir que la averiguación previa tiene una labor de auténtica actividad investigadora, de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes, en ellos participan. El órgano que la realiza trata de proveerse de las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos, para poder estar en actitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley.

1.4.2.- LA ACCIÓN PENAL.

Fundamentalmente el Ministerio Público tiene el carácter de órgano estatal permanente, para hacer valer la pretensión penal nacida del delito y su vida esta íntimamente ligada a la acción penal

La acción penal tiene diferentes principios, así tenemos que es pública, puesto que esta dirigida a hacer valer el derecho público del Estado a la aplicación de la pena, al que ha cometido un delito: es indivisible en cuanto alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito, así vemos que una querrela presentada en contra de uno de los participantes de un delito se extiende a todos los demás que en él participaron; la oficialidad, consiste en que el ejercicio de la acción penal debe darse siempre a un órgano especial del Estado llamado Ministerio Público, distinto al órgano jurisdiccional y no a cualquier ciudadano, ni a la parte lesionada; el principio de legalidad de la acción penal es aquella que afirma la obligación que tiene el Ministerio Público de ejercer la acción penal, cuando se han llenado los extremos de derecho material y procesal, este principio presupone forzosamente que exista un acusador permanente y público.

El maestro Marco Antonio Díaz de León, nos dice que la acción penal: “ Es la que ejercita el Ministerio Público ante el juez competente para que se inicie el proceso penal y se

resuelva sobre la responsabilidad del inculgado, y en su caso se aplique la pena o la medida de seguridad que corresponda."³¹

³¹ Ob. Cit. P. 39.

CAPÍTULO II
LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL
AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL.

2.1.- CONCEPTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

2.1.1.- CLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

2.2.- BREVE EXPLICACIÓN DEL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL.

2.2.1.- AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

2.2.2.- AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO.

2.2.3.- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.

CAPÍTULO II

LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL.

2.1.- CONCEPTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

Dentro del Derecho Procesal Penal, es muy importante saber, el concepto de resoluciones judiciales, así como, cuando y porqué se dan estas, así que para poder entender el presente capítulo daremos una breve explicación de las resoluciones judiciales que se dan en contra del auto de término constitucional.

Varios autores se refieren a las resoluciones judiciales como exteriorización de los actos procesales de los jueces o tribunales, mediante los cuales se proveen las exigencias del proceso en su desenvolvimiento o evolución hacia la sentencia, aunque debemos tomar en cuenta que algunas resoluciones tienen su origen en la necesidad de contestar las promociones de las partes. Para el maestro Sergio García Ramírez: "las resoluciones son actos judiciales de decisión o manifestación de voluntad, por medio de las cuales se ordena la marcha del proceso

y se dirimen las cuestiones secundarias e incidentales que en este se plantean o se le pone término decidiendo en cuanto a la cuestión principal controvertida”¹

De esta definición podemos deducir que las resoluciones procesales son aquellas decisiones del organo jurisdiccional las cuales se dictan con el fin de dar marcha al proceso, resolviendo tanto cuestiones de trámite, como promociones de la partes, asi como ordenando la evolución del mismo.

2.1.1.- CLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Nuestro derecho penal admite una triple clasificación de las resoluciones judiciales, dentro del capítulo VIII del Código de Procedimientos Penales se establece

Artículo 71.- “Las resoluciones judiciales se clasifican en decretos, sentencias y autos; decretos si se refieren a simples determinaciones de trámite, sentencias, si terminan la instancia resolviendo en asunto principal controvertido; y autos, en cualquier otro caso”.

Clasificación que el legislador adoptó de la doctrina, la cual también habla de una triple clasificación defendiéndolas de la siguiente manera.

¹ Curso de Derecho Procesal Penal, segunda edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1977, p.275.

Decretos.- Los cuales al igual que la ley, varios autores los definen como simples determinaciones de tramite, los cuales se deben dictar dentro de las veinticuatro horas después del acto que los motive, no así Marco Antonio Díaz de León quien nos dice que decreto es: " Resolver o determinar el juez respecto de las peticiones de las partes, concediendo, negando o dando curso".²

Autos.- Son las resoluciones que dicta el Organó Jurisdiccional y los cuales deben de contener una breve explicación del punto y resolución, así como sus fundamentos legales, estas deben dictarse dentro de los tres días después de recibida la promoción que motiva o bien en el momento mismo de recibirla como en el caso del auto de radicación. Para el maestro Marco Antonio Díaz de León, el auto es la: "resolución dictada por cualquier juez o tribunal durante la secuela del proceso. Decreto judicial dado en alguna causa criminal".³

Sentencias.- Son todas aquellas resoluciones que terminan la instancia, resolviendo el asunto principal y que deben contener los siguientes datos: lugar y fecha en que se dicta, generales del acusado, los hechos, las consideraciones y fundamentos legales y los resolutivos los cuales pueden concluir si se dicta una sentencia condenatoria o absolutoria. El profesor Fernando Arillas Bas, nos dice que la sentencia: "es el acto decisorio del juez, mediante el cual afirma o niega la actualización de la conminación penal establecida por la ley".⁴

² Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I, segunda edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1989, p. 581.

³ Idem.

⁴ El Procedimiento Penal en México, décimo tercera edición, edit. Kratos, S.A., México, 1991, p. 162.

2.2.- BREVE EXPLICACIÓN DEL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.

Para entender mejor lo que es un auto de plazo Constitucional debemos retomar algo de lo ya visto en el primer capítulo, en el cual hablamos de la forma en la que el Ministerio Público debe de comprobar los elementos del tipo penal, y la probable responsabilidad; y una vez hecho ejercitar acción penal mediante la entrega de la consignación al órgano jurisdiccional, así que tratando de llevar una secuencia procesal tenemos que al ser recibida ésta, en el juzgado es la primera fase del proceso y el primer auto judicial, es el de radicación, en el cual se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues tanto el Ministerio Público como parte acusadora, y el inculcado quedan sujetos a la jurisdicción del juzgado, y habrá el periodo de preparación al proceso, en este auto se ordena tomar la declaración preparatoria del indiciado.

La declaración preparatoria, es la primer declaración que rinde el inculcado ante el órgano jurisdiccional la cual de acuerdo con el artículo 290 del Código de Procedimientos Penales, esta debe de empezar por los generales del inculcado, apodos, grupo étnico al que pertenezca, si habla y entiende bien el castellano, y demás circunstancias personales, se le hará saber el derecho que tiene a ser defendido adecuadamente, si tiene o no derecho a la libertad provisional, se le hará saber en que consiste la acusación, el nombre de quien o quienes lo acusan, los testigos que haya en su contra y el delito o delitos que se le están imputando: así como las garantías constitucionales que tiene de acuerdo al artículo 20 Constitucional, de recibir las pruebas y testigos para la defensa.

Ahora bien para poder entender mejor lo que es la declaración preparatoria transcribiremos la definición que de ésta hace el maestro Guillermo Colin Sánchez la cual dice: "La declaración preparatoria es el acto procesal en el que comparece el procesado ante el juez, para que le haga saber la conducta o hecho antijurídico y culpable por el que el Ministerio Público ejerció acción penal en su contra, para que bajo ese supuesto, manifieste lo que a sus intereses convenga y se defienda, y el juez resuelva la situación jurídica planteada antes de que fenezca el término de setenta y dos horas".⁴

La declaración preparatoria debe ser tomada dentro de las cuarenta y ocho horas después de la puesta a disposición del inculcado, ser en forma oral o escrita, y en presencia del defensor de acuerdo con el artículo 287 del Código de Procedimientos Penales.

Una vez tomada la declaración preparatoria al indiciado, el órgano jurisdiccional tiene como ya lo vimos setenta y dos horas para dictar el auto de término constitucional el cual debe ser dictado en base a los siguientes artículos.

Artículo 19 Constitucional.- "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá acceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute y hagan probable la responsabilidad de este... etc."

⁴ Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, décimo quinta edición, edit. Porrúa, S.A., México 1995, p.368.

Artículo 297 Código de Procedimientos Penales.- "Todo auto de formal prisión debe reunir los siguientes requisitos:

- I. Se dictará dentro de las setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;**
- II. Que se haya tomado la declaración preparatoria al inculpado en los terminos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla;**
- III. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito por el cual deba seguirse el proceso;**
- IV. Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad;**
- V. Que no este acreditada ninguna causa de licitud;**
- VI. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado, y**
- VII. Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice...etc."**

De la lectura de ambos artículos y tomando en cuenta que para imputar a una persona un hecho delictivo, es necesario que, este haya sido resultado de un acto positivo o negativo de la persona a la que se le imputa el hecho, así pues el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis de las pruebas sobre la probable responsabilidad del indiciado o detenido y tener en cuenta al momento de resolver, si esta o no comprobada la probable responsabilidad y que se encuentren integrados los elementos del tipo; ya que el auto de formal prisión no siempre es procedente dictarlo, puede ser que el delito de que se trate no merezca pena

corporal, sino sanciones alternativas o multas, en cuyo caso se dicta un auto de sujeción a proceso, que contendrá los mismos requisitos que el auto de formal prisión y en los cuales se fijarán el delito o los delitos por los que deba seguirse la causa, en caso de no estar comprobados los elementos del tipo y la probable responsabilidad, será procedente entonces dictar un auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Cabe mencionar que en caso de que el auto de termino constitucional no sea dictado a tiempo, se cometera el delito en contra de la administracion de justicia que esta tipificado en el articulo 225 del Código Penal en el cual se establece:

"son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes: ...

XVII.- No dictar un auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición a no ser que el inculpado haya solicitado ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo:

XVIII.- No ordenar la libertad de un procesado, decretando sujeción a proceso, cuando sea acusado por delito o modalidad que tenga señalada pena no privativa de libertad o alternativa."

Cabe señalar que estos delitos se sancionan con pena privativa de libertad.

2.2.1.- EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

El auto de formal prisión, tiene por objeto definir la situación jurídica del inculpado y abre el periodo de instrucción en el proceso. Al dictarse una formal prisión quiere decir que se han robustecido las pruebas que sirvieron para decretar la detención de la persona, este como ya se ha mencionado tiene que ser dictado dentro de las setenta y dos horas, y según la doctrina este es tiempo suficiente para que el juez puede hacer el análisis de las pruebas recogidas y decida si el inculpado ha de quedar formalmente preso o debe ser puesto en libertad por falta de elementos para procesar.

En la doctrina se dan diversos conceptos sobre el auto de formal prisión, pero uno de los más completos en nuestro punto de vista es el del maestro Sergio García Ramírez quien nos dice: "El auto de formal prisión es la resolución jurisdiccional, dictado dentro de las setenta y dos horas de que el imputado queda a disposición del juzgador, en que se fijan los hechos materia del proceso, estimándose si se acreditan plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado."⁶

Otra definición del auto de formal prisión no menos importante que la anterior es la de Guillermo Colín Sánchez quien establece: "Es la resolución judicial que determina la situación jurídica del procesado al vencerse el término de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito y los datos suficientes para

⁶ Ob. Cit. P. 387.

presumir la responsabilidad, y así señalar la conducta o el hecho por la que ha de continuarse el proceso.”⁷

El auto de formal prisión, primordialmente, debe sujetarse a las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19 Constitucionales que establecen las garantías de todo detenido.

Todo auto de formal prisión debe contener algunos requisitos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como, la doctrina los han dividido en requisitos de forma y de fondo como lo establece la presente jurisprudencia:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EFECTOS DEL AMPARO QUE SE CONCEDE CONTRA EL. Texto. Para dictar un auto de formal prisión, son indispensables requisitos de fondo y forma que la constitución señala; y si faltan los primeros, esto basta para la concesión absoluta del amparo, pero si los omitidos son los de forma, la protección debe otorgarse para efecto de que se subsanen las deficiencias relativas.

1ª Sala, octava época, tomo IX, Semanario Judicial de la Federación, pag. 300.

Los requisitos de fondo son indispensables, ya que no podrá dictarse un auto de formal prisión o sujeción a proceso si no están satisfechos íntegramente ya que sería violatorio de las garantías consagradas en los artículos 18, 19 y 20 de la Constitución y que son:

⁷ Ob. Cit. P. 389.

- a) La comprobación de los elementos del tipo.
- b) La comprobación de la probable responsabilidad, debiendo tener presente la participación de acuerdo al artículo 13 del Código Penal.
- c) Que se le haya tomado su declaración preparatoria.
- d) Que no exista alguna causa excluyente de responsabilidad.

Los requisitos de forma, son aquellos de carácter accesorio, que no son indispensables para dictar el auto, y los cuales se pueden suplir mediante el amparo indirecto.

- Lugar, fecha y hora exacta en que se dicta el auto.
- La expresión del delito imputado por el ministerio Público y la clasificación técnico legal del delito.
- La expresión del delito o delitos por los que se le debe seguir el proceso ya que el juez no esta obligado a seguir la opinión del Ministerio Público en su pliego de consignación toda vez que el auto debe dictarse por el delito que aparezca comprobado aunque con ellos se cambie la apreciación legal.
- La expresión del lugar, tiempo y demás circunstancias de ejecución.
- Los nombres del juez que dicta y del secretario que autoriza.

El análisis de las pruebas y la comprobación de los requisitos de fondo y de forma que el auto de formal prisión, debe contener, es un acto exclusivamente del juez.

El auto de formal prisión se dicta cuando se comprueban los elementos del tipo y la probable responsabilidad y tiene como finalidad el de decretar formal prisión cuando se trata de un detenido, o bien, cuando el inculcado obtuvo su libertad provisional bajo caución por delito que imponga pena de prisión, ya que 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.

Para motivar un auto de formal prisión, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo, requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado

El análisis de las pruebas sobre la probable responsabilidad de un indiciado o detenido, debe reunir condiciones mínimas. En el auto de formal prisión no se estudia íntegramente la prueba sobre la existencia del delito y de la responsabilidad penal del inculcado, por que esto corresponde a la sentencia. Solo debemos tener en cuenta al momento de pronunciarlo, la existencia de datos que nos hagan suponer que la persona a quien se imputa el hecho, es responsable, con el objeto de motivar su prisión preventiva, la posible responsabilidad debe tenerse por comprobada cuando existan indicios o sospechas que nos hagan presumir, racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito que se le atribuye.

En el auto de formal prisión deben invocarse las disposiciones legales aplicables, y se debe ordenar que la persona o personas en contra de quienes se sigue la averiguación

queden formalmente presas, sin perjuicio de que continúen disfrutando de libertad provisional, en caso de haberla obtenido, que se les identifique por el procedimiento administrativo adoptado y se pidan informes de los ingresos que hubiesen tenido a la cárcel. Esto es con objeto de saber si se trata de reincidentes o delincuentes habituales, a fin de que, obtenidos los testimonios de las sentencias pronunciadas que tengan carácter de ejecutorias, sea posible aplicarles las reglas que el Código Penal establece para la reincidencia y la habitualidad.

En México se ha adoptado un sistema mixto para la identificación de los criminales: el procedimiento antropológico de Bertillon y el dactiloscópico de Vucetich, que son sistemas de reconocimiento de las características particulares de cada individuo, como tipo de nariz, la forma de la cara, color de piel y de cabello y de todas aquellas características y cicatrices por las cuales se pueda reconocer el indiciado, así como sus huellas dactilares. Además se ordena que el mandamiento de formal prisión se notifique a las partes con el objeto de darles la oportunidad de que puedan impugnarlo ante el Tribunal de Segunda instancia, lo que debe hacerse en el término de tres días. También se dispondrá que se expidan y distribuyan las boletas: una para el inculcado, otra para el director de la prisión y la tercera que queda en el talón del libro de boletas de determinación que se lleva en los juzgados, y en acatamiento a lo dispuesto en la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución se envía testimonio al director de la prisión, para justificar la detención del inculcado.

Ahora bien, para finalizar con el auto de formal prisión tenemos que hablar de las consecuencias de éste, en la doctrina son pocos los autores que nos hablan de las

consecuencias del auto de formal prisión de una forma tan sencilla como el maestro Jesús Zamora Pierce y Fernando Arilla Bas, ellos al establecer las consecuencias del auto de la formal prisión señalan las siguientes:

1. Justifica la prisión preventiva en base a los artículos 18 y 19 Constitucionales.
2. Fija la litis, es decir determina con precisión tanto los hechos que se imputan al inculpado como el tipo penal que configuran dichos hechos.
3. Se suspenden las prerrogativas del ciudadano, como lo establece el artículo 38 Constitucional.
4. Determina el inicio del plazo que fija la constitución para dictar sentencia, con base en la fracción VIII del artículo 20 Constitucional que garantiza al inculpado que será juzgado antes de cuatro meses, si se trata de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de este tiempo.

2.2.2.- AUTO DE SUJECCIÓN A PROCESO.

Cuando se trata de la comisión de un delito no sancionado con pena privativa de libertad o conminado solamente con sanción alternativa, carece de sentido hablar de un auto de formal prisión, porque justamente es la prisión la que se descarta en el auto, ya que es improcedente la restricción de la libertad.

El auto de sujeción a proceso, tiene los mismos efectos que el auto de formal prisión, la sujeción solo se dicta a efecto de señalar el delito o los delitos por los que se deba seguir el proceso. Se puede dar el caso de que el inculpado este procesado por dos delitos uno que merezca pena corporal y otro de pena alternativa, en este caso debe dictarse el auto de sujeción a proceso por los delitos de pena alternativa y la formal prisión a los demás.

El maestro Guillermo Colín Sánchez la define de la siguiente manera: "Es la resolución dictada por el juez, para los delitos que se sancionan con pena no corporal o alternativa, en el que se determina el o los hechos por los que habrá de seguirse el proceso, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad."⁸

En cuanto a los requisitos del auto son los mismos del auto de formal prisión, la única diferencia es que el auto de sujeción a proceso se dicta por delitos que no se castigan con pena privativa de libertad, sino por delitos que se sancionan con pena alternativa o multa, de acuerdo al artículo 304 bis del Código de Procedimientos Penales, el auto de sujeción a proceso debe contener los siguientes requisitos:

- a).- Dictarse dentro del plazo de 72 horas.
- b).- Se le haya tomado al inculpado su declaración preparatoria;
- c).- Que estén acreditados los elementos del tipo;
- d).- Que no exista causa de licitud.

⁸ *Ibidem*, P. 393.

- e).- Que se acredite la probable responsabilidad del indiciado.
- f).- Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.
- g).- Y que la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa

Al igual que el auto de formal prisión, el auto de sujeción a proceso se puede impugnar dentro de los siguientes tres días de la notificación pero primero se debe interponer el recurso de apelación debido a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, manifiesta que no es procedente el amparo cuando se dicta una sujeción a proceso, sino se ha agotado el recurso de apelación, pero si bien es cierto esto, también lo es que este criterio no es aplicable cuando dicho fallo a la vez se sujeta a proceso al inculcado por un delito y emite la formal prisión por otro, ya que estos actos emanan de una sola resolución se ha optado por interponer el juicio de garantías en forma devolutiva para los dos.

El auto de formal prisión al igual que en el de sujeción a proceso, se deben de expedir las boletas, y se ordena la identificación del inculcado, recabando sus anteriores ingresos. En conclusión podemos decir que el auto de formal prisión y el de sujeción a proceso son exactamente iguales, solo cambia el hecho de que en el primero el delito que se le imputa al indiciado merece pena corporal y en el segundo el tipo penal es de pena alternativa o multa.

2.2.3.- AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.

Esta resolución se dicta cuando no se han satisfecho los requisitos de fondo, como la probable responsabilidad o los elementos del tipo, y sus efectos son restituir al inculpado el goce de su libertad, aunque en este auto no se habla de una libertad absoluta ya que el inculpado queda sujeto a que el Ministerio Público presente nuevas pruebas para motivar su detención o presentación con un término de sesenta días de acuerdo al artículo 36 del Código de Procedimientos Penales.

Los maestros Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, definen al auto de libertad por falta de elementos para procesar de la siguiente manera: "Significa precisamente la ausencia de elementos de convicción suficientes para la procedencia del procedimiento con relación a las personas indicadas en la imputación o traídas al proceso durante las primeras investigaciones."⁹

Un auto de libertad por falta de elementos para procesar debe de tener los siguientes requisitos:

- La falta de comprobación de los elementos del tipo.
- La falta de elementos que prueben la probable responsabilidad.

⁹ Prontuario del Proceso Penal Mexicano, séptima edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1993, pp.339 y 340.

- Se deben expresar en la resolución la fecha, la hora exacta, el delito imputado al inculpado y las firmas del juez y del secretario que autorizan, el mandamiento según el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales.

En un proceso de tipo penal podemos hablar de dos tipos de libertades, la libertad absoluta y la libertad por falta de elementos para procesar, esto quiere decir, que la persona a quien se le dicte este último auto, puede ser nuevamente detenida y declarada en formal prisión, en caso de haberse satisfecho los requisitos legales. En cambio si se habla de una libertad absoluta, no podrá practicarse con posterioridad nuevas diligencias en averiguación de los hechos sin que exista una violación al artículo 23 Constitucional.

El Código de Procedimientos Penales establece en su artículo 303 que cuando el juez debe dictar un auto de libertad por omisiones del Ministerio Público o de agentes de la policía judicial, el juez debe mencionar expresamente en que consistieron tales omisiones. Así mismo en el artículo 309 del mismo ordenamiento nos manifiesta, que el auto de libertad, por falta de elementos para procesar, es apelable en el efecto devolutivo.

El auto de libertad por falta de elementos para procesar, se debe de dictar al igual que los demás dentro del término de las 72 horas, y, se deben expedir las boletas correspondientes, donde se haga constar que el indiciado queda en absoluta libertad, informándose de ello al ministerio Público, a la defensa y a las autoridades correspondientes como al director del penal en que se encuentre detenido.

Como podemos observar hemos llevado una secuencia según el procedimiento penal, para poder así darnos una mejor idea del desenvolvimiento del mismo, cabe mencionar que las resoluciones tomadas por el órgano jurisdiccional son el resultado de la investigación hecha por el Ministerio Público, así que la clasificación hecha por esta y los datos arrojados por la investigación son los valorados por el juez al dictar el auto de plazo constitucional.

CAPÍTULO III
RECURSOS PROCESALES EN CONTRA DE LA AMPLIACIÓN
DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

3.1.- DE LOS RECURSOS PROCESALES.

3.1.1.- CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS PROCESALES.

3.2.- LA APELACIÓN.

3.2.1.- PROCEDENCIA LEGAL DEL RECURSO DE APELACIÓN.

3.2.2.- LA APELACIÓN Y LA RECLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.

3.3.- EL AMPARO EN MATERIA PENAL.

3.4.- EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO.

3.4.1.- PROCEDENCIA LEGAL DEL AMPARO DIRECTO.

3.4.2.- LA DEMANDA EN EL AMPARO DIRECTO.

3.5.- EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.

3.5.1.- PROCEDENCIA LEGAL DEL AMPARO INDIRECTO.

3.5.2.- LA DEMANDA EN EL AMPARO INDIRECTO.

CAPÍTULO III

RECURSOS PROCESALES EN CONTRA DE LA AMPLIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

3.1.- DE LOS RECURSOS PROCESALES.

Para poder abordar mejor el tema que nos ocupa debemos dar una definición de los que son las resoluciones: así tenemos dentro de la doctrina varios autores que las definen, entre los que destacan en cuanto a contenido y explicación los siguientes:

El maestro Marco Antonio Díaz de León, nos dice que los recursos: "son los medios de impugnación que establece la ley procesal para combatir las resoluciones, del órgano jurisdiccional, que el recurrente considera injustas o ilegales. Dictada la resolución, la parte que se siente agraviada por ella tiene, dentro de los límites que determine la ley, poderes de impugnación que le permiten promover la revisión del acto y su eventual modificación"¹

¹ Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo II, segunda edición, edit. Porrúa, S.A., México 1989, p.1515.

En tanto que para el maestro Julio Antonio Hernández Pliego recurso: "es el medio que establece la ley para combatir una resolución judicial, con el propósito de que se confirme, modifique o revoque."²

Definiciones de las que podemos deducir que los recursos procesales, son aquellos medios de impugnación hacia las resoluciones judiciales, cuando alguna parte del proceso se siente afectada por la misma y busca el cambio, revocación o modificación de la misma.

Ahora bien tratando de abordar el tema que nos ocupa y como se a visto en los anteriores capitulos, hemos hecho referencia a la forma en que el Organó Investigador integra la Averiguación Previa; así como el desarrollo del procedimiento hasta que llega al juez competente para dictar el auto de plazo constitucional; es así como podemos empezar a hablar del problema central de nuestro trabajo de investigación, que es la reclasificación de delito o ampliación del ejercicio de la acción penal. Una vez que el Organó Investigador, decide ejercitar la acción penal, el juez que recibe la consignación debe decidir si la Averiguación Previa reúne los requisitos para dictar el auto de término constitucional por el delito que le ha consignado el Ministerio Público, esto es si la clasificación que éste le dió, a los hechos es la correcta, y si no, debe cambiarla a la que realmente aparezca comprobada como estipula la ley.

² Programa de Derecho Procesal Penal, edit. Porrúa, S.A., México, 1996, p.266.

La reclasificación del delito, se da cuando la definición técnico jurídica que le da el Ministerio Público a los hechos constitutivos del delito es inexacta, es decir que los elementos del tipo y la probable responsabilidad no se adecuan o no están debidamente comprobadas a juicio del juez; siendo este un problema real, la ley ha otorgado facultades a este, para que el auto de plazo constitucional sea dictado por el delito que verdaderamente se ha comprobado, es así que el Código de Procedimientos Penales en su artículo 304 Bis "A", lo estipula, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones anteriores.

Si bien es cierto que la ley faculta al juez para poder cambiar la clasificación de los delitos, también es cierto que esto es causa de inconformidad en algunos casos, de las partes en el proceso. La razón de impugnar dicha resolución es el perjuicio que puede causar al inculpado o los efectos que puede tener como en el caso de que el inculpado puede ser privado de su derecho a gozar de una libertad caucional, es decir que por la penalidad del delito ha que se ha cambiado no alcance dicho beneficio, cuando con la anterior denominación si alcanzaba ha disfrutar de esta prerrogativa o puede ser al contrario para el bien del inculpado.

Es así como cualquiera de las partes pudiera pensar que se esta violando alguna de sus garantías y por lo cual podrán interponer los recursos de apelación y de amparo de los que hablaremos a continuación.

3.1.1.- CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS PROCESALES.

Si bien es cierto que dentro de la clasificación de los recursos en el proceso penal encontramos figuras como la apelación, el amparo, la revocación, la queja, nos abocaremos el estudio de las dos primeras por ser las de mayor relevancia en este trabajo de investigación.

La clasificación más aceptada en la doctrina hace una distinción de los recursos en ordinarios y extraordinarios.

Ordinarios.- Estos se tramitan en contra de resoluciones judiciales que no han causado estado, como el auto de plazo constitucional, cualquiera que fuera la resolución. (Apelación)

Extraordinarios.- Son aquellos que se hacen valer en contra de las resoluciones que tienen carácter de cosa juzgada, como en la sentencia. (amparo)

Ahora bien una vez que hemos visto como se clasifican los recursos procesales entraremos a un estudio un poco más profundo de estos y trataremos de adecuarlos a la figura jurídica de la Ampliación del ejercicio de la acción penal o reclasificación de los delitos.

3.2.- LA APELACIÓN.

Como ya lo hemos visto la apelación es un medio de impugnación ordinario, a través del cual el Ministerio Público, el acusado, su defensor o el ofendido, manifiestan su inconformidad, con la resolución judicial emitida, dando lugar a que un Tribunal de mayor jerarquía dicte una nueva resolución, con el objeto de confirmar, modificar o revocar la resolución existente.

Esto es cuando se dicta un auto de plazo constitucional por diverso delito o bien cambiando la estructura del tipo consignado por el Ministerio Público, puede ser motivo de inconformidad para cualquiera de las partes en el proceso y en base a esto pueden interponer el recurso de apelación ante el tribunal de segunda instancia para que este dicte su resolución.

Para poder entender bien el recurso de apelación hay que recurrir a la doctrina y transcribir su concepto, así tenemos que el maestro Julio Antonio Hernández Pliego, quien define a la apelación diciendo que: "es un recurso ordinario que otorga la ley contra resoluciones que expresamente establece, tramitado y resuelto por el superior jerárquico de la autoridad que emitió la resolución recurrida, y cuyo objeto es examinar si en dicha resolución, no se aplicó la ley correspondiente o se aplicó ésta inexactamente; si se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba; si se alteraron los hechos; o no se fundó o motivó correctamente."³

³Ibidem. P.p.269 y 270.

La Apelación puede interponerse mediante dos efectos, el suspensivo y el devolutivo. Si se admite en efecto suspensivo, el tribunal inferior paraliza totalmente su jurisdicción y en adelante no podrá seguir conociendo de los hechos, si se admite en efecto devolutivo solo se restringe temporalmente su jurisdicción del Tribunal de primera instancia, que puede seguir actuando libremente si se trata de resoluciones apelables en el curso de la instrucción. La Apelación se puede admitir en ambos efectos, si se transfiere la jurisdicción al Tribunal Superior de Justicia y se suspende la de inferior jerarquía para poder seguir actuando y ejecutar el fallo.

3.2.1.- PROCEDENCIA LEGAL DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Los artículos 414 y 363 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales respectivamente, señalan los propósitos de la Apelación, el primero señala que el objeto de la misma, es que el Tribunal de segunda instancia, confirme, modifique o revoque la resolución apelada mediante el estudio de la misma, y el segundo manifiesta que la Apelación tiene como propósito examinar, si en la resolución se aplicó indebidamente la ley, si se violan principios o bien si se alteran los hechos.

El recurso de Apelación podrá interponerse en el acto de la notificación mediante una comparecencia o bien por escrito ante la autoridad que pronuncie la resolución que se desea impugnar, dentro de los cinco días siguientes si se trata de una sentencia o de tres

días si se interpone en contra de un auto, interpuesto el recurso el juez recurrido debe de admitirlo de plano sin substanciación alguna, si el que promueve tiene facultad para ello y lo hace a tiempo, admitido este se enviara desde luego al tribunal de alzada el testimonio de constancias, para que este resuelva y de acuerdo a esta resolución continuar con el procedimiento.

3.2.2.- LA APELACIÓN Y LA RECLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.

Se entiende por interponer un recurso según el artículo 409 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando el acusado manifieste su inconformidad al notificársele una resolución judicial; con lo cual tenemos que entender que para que proceda cualquier recurso debe de existir la notificación de una resolución judicial y el desacuerdo hacia la misma.

Ahora bien puede surgir una inconformidad y por ende interponerse un recurso en contra de la reclasificación de un delito, en base a los siguientes cambios:

- Cuando el juez en el auto de plazo constitucional, cambia la denominación técnico-jurídica del delito que se consigno.
- Cuando se cambia en el auto de término constitucional la estructura del tipo penal consignado.

- O bien cuando se sentencia por diverso delito o se cambia la estructura del tipo en la misma.

Cuando hablamos de un cambio de estructura del tipo nos referimos a que el **órgano** jurisdiccional no cambia en su totalidad el tipo sino que modifica este de acuerdo a las opciones que el mismo tipo presenta, por ejemplo: el tipo penal de robo, presenta alternativas como la de robo simple, robo en casa habitación, robo con violencia, robo de famélico, o bien como lo veremos en el siguiente ejemplo que nos habla de un cambio en la estructura del tipo penal de allanamiento de morada.

Para poder entender de mejor manera nuestro ejemplo tenemos que transcribir el artículo 285 del Código Penal el cual a la letra dice : " Se impondrá de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada "

Este ejemplo es un auto de plazo constitucional, dictado en enero de 1997, en el cual se decreta la formal prisión por el delito de allanamiento de morada, el inculcado apela esta resolución y en la sala penal del Tribunal Superior de Justicia el magistrado resuelve:

"---Del material probatorio analizado se advierte, que los elementos del tipo penal de ALLANAMIENTO DE MORADA, previsto por los artículos 285 (hipótesis de

introducirse sin permiso de la persona autorizada para darlo, a la dependencia de una casa habitada), en relación al 7 fracción I (instantaneo) 8 párrafo único (hipótesis de acción dolosa), 9 párrafo primero (hipótesis de querer y conocer) y 13 fracción II (autoría material) del Código Penal, que la Representación Social imputa al inculpado ANDRÉS "N" "N", se acreditaron todos en autos en términos del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales; material probatorio que tiene el valor que le asignan los artículos 245, 246, 261 y 286 de la Ley Procesal en cita, de los cuales se viene en conocimiento que el día 11 once de noviembre de 1996 mil novecientos noventa y seis, siendo las 19 00 horas el inculpado ANDRÉS "N" "N", se presentó al domicilio ubicado en calle -----Delegación Tlahuac, lugar a donde procedió a introducirse al patio sin motivo justificado y sin permiso de la persona autorizada para darlo, siendo sorprendido por sus moradores en el interior del mismo y quienes solicitaron auxilio a elementos de la Secretaría de Seguridad Pública, quienes lo detuvieron a las afueras de dicho lugar. - - - - - Conclusión a la que se llega debido al cúmulo probatorio señalado con anterioridad, del cual se advierte la existencia de los elementos típicos siguientes: - - - - -

----- UNA CONDUCTA.- entendida como la manifestación de voluntad, movimiento corporal voluntario dirigido a la obtención de un resultado, que se hizo patente en forma de acción y que se actualizó al momento en que el sujeto activo del delito ANDRÉS "N" "N", en la fecha y hora registrada en autos, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos que la ley lo permite, se introdujo al patio del domicilio de ANA "N" "N", considerándose el patio como dependencia de la casa habitación, haciéndolo sin permiso de la persona autorizada para darlo, siendo precisamente la hipótesis de "dependencia de una casa",

la que se debe tomar en consideración y no la hipótesis que se precisa en el pliego de consignación "vivienda", puesto que el patio es un lugar accesorio de la casa habitación y las pruebas analizadas solo acreditan que el sujeto activo del delito se introdujo injustamente, hasta el patio del domicilio de la denunciante, sin que esta precisión le cause agravios al inculpado, ya que con las facultades conferidas en el artículo 427 del Código de Procedimientos Penales, habrá de darse cumplimiento al contenido del artículo 304 Bis - A, de la citada Ley Procesal, precisando el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta los hechos materia de la consignación, aún cuando con ello se modifique la clasificación hecha en resoluciones anteriores: ..."

Como se desprende del auto anterior la reclasificación fue solamente a la estructura del tipo consignado, quedando en los resolutivos de la apelación confirmado el auto de plazo constitucional impugnado, con la observación de que la hipótesis que quedó acreditada en autos, respecto del artículo 285 del Código Penal, es "dependencia de una casa habitada".

3.3.- EL AMPARO EN MATERIA PENAL.

Dentro de los medios de impugnación el juicio de Amparo es el más extenso, por esta razón trataremos lo más importante de este en relación a nuestro tema principal que es la

reclasificación de los delitos: empezaremos por definirlo como el medio de impugnación en contra de violaciones de garantías individuales.

El juicio de amparo es considerado según el maestro Guillermo Colín Sánchez, como: "un medio jurídico de impugnación contra actos de autoridad que violen una garantía constitucional".⁴ Esta definición aunque es muy pequeña nos da los elementos del Amparo y las bases para estudiarlo de una manera más sencilla, ya que como se menciona en el concepto anterior el amparo se da en contra de actos de autoridad, siempre que estos violen alguna garantía constitucional.

Ahora bien la Ley de Amparo actual promulgada en 1936 como sabemos ha sufrido varias reformas fundamentales al igual que el artículo 107 Constitucional, las cuales han ido evolucionando al igual que el pensamiento jurídico del pueblo mexicano y de acuerdo a las necesidades de éste y del tiempo en que vivimos, lo cual hace suponer que el Juicio de Amparo ha llegado a su perfeccionamiento quedando su estructura formada por los siguientes elementos.

1. El artículo 103 Constitucional, que fija la violación de garantías individuales como jurisdicción de los Tribunales de la Federación.
2. El artículo 107 Constitucional, que asienta las bases a las que se sujetará el procedimiento del juicio de amparo.

⁴ Derechos Mexicanos de Procedimientos Penales, décimo quinta edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1995, p.488.

3. La Ley de Amparo, que reglamenta el juicio de amparo.
4. La Ley Organica del Poder Judicial de la Federacion, que regula la actuación de los Tribunales Federales
5. La Jurisprudencia de la suprema Corte de Justicia de la Nación, que es la base o respaldo de las resoluciones judiciales.

Elementos que constituyen y rigen el juicio de amparo, unos dando origen a este y otros reglamentándolo como lo hemos visto.

Entre todos los conceptos de amparo que existen son pocos los autores que lo definen de una manera tan completa como el maestro Ignacio L. Vallarta, quien dice que: " el amparo puede definirse diciendo que es el proceso legal intentado para recuperar sumariamente cualquiera de los derechos del hombre consignados en la Constitucion y atacados por una autoridad de cualquier categoria que sea, o para eximir de la obediencia de una ley o mandato de una autoridad que ha invadido la esfera federal o local respectivamente."⁵

El juicio de amparo se inicia con la acción que ejercita el agraviado ante los tribunales de la Federacion contra toda ley o acto de autoridad previstas en las hipotesis del articulo 103 Constitucional y que se considere violatorio de garantias, su objeto es conseguir la

⁵ El Juicio de Amparo y el Writof. (S./P./I.) pag. 39.

declaración de la inconstitucionalidad de dicho acto o ley invalidándose o nulificándose en relación con el agraviado y restituyéndole el goce de sus garantías individuales.

Dentro de todo lo expuesto anteriormente debemos dejar muy en claro nuestro criterio en cuanto a la reclasificación de los delitos y el amparo, en el cual no existe violación alguna de garantías constitucionales ya que la reclasificación se realiza para dar mayor precisión a la denominación técnica que se otorga a los hechos constitutivos del ilícito, entonces por qué habría de existir un medio de impugnación, para un acto que tiene como finalidad dar mayor exactitud al procedimiento penal, y que el inculcado sea procesado por el delito que realmente aparezca comprobado según lo dispone el artículo 304 Bis "A" del Código de Procedimientos Penales.

Ahora bien cabe mencionar que en la sentencia al hacer un cambio de estructura del tipo no existe tampoco violación de garantías, no así cuando se cambia el tipo en sí, ya que el procesado no pudo haber sido oído en defensa en cuanto al nuevo delito y entonces sí se daría una violación de garantías.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, manifiesta en la mayoría de sus tesis, que al reclasificar el delito no existe violación de garantías si no se varían los hechos que produjeron el ilícito como lo sostiene la siguiente Jurisprudencia.

DELITO. CLASIFICACIÓN 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.

1ª Sala, sexta época, volumen LXXIX, segunda parte Semanario Judicial de la Federación, pag. 18

DELITO. CUANDO NO ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS SU RECLASIFICACIÓN.- De acuerdo con diversas ejecutorias sostenidas por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se violan garantías en perjuicio de los inculcados, cuando se cambia la clasificación del delito sin modificar los hechos delictivos que se les imputaron desde el ejercicio de la acción penal y respecto de las cuales tuvieron la posibilidad de defensa.

1ª Sala, octava época, tomo X- septiembre, Semanario Judicial de la Federación, pag. 260

Como se deriva de la jurisprudencia anterior la reclasificación del delito hecha de acuerdo a derecho no es violatoria de garantías ya que la ley ha facultado a los jueces, para cambiar la estructura del tipo o bien cambiar la denominación del mismo siempre que de autos se puedan justificar los cambios, sin variar los hechos.

Ahora bien hablaremos del juicio de amparo durante del auto de plazo constitucional, no porque sea la única parte del proceso donde se pueda dar la ampliación del ejercicio de la acción penal o la reclasificación del delito, si no por que es el más común, ya que

es en este cuando el juez hace el primer estudio de la consignación y por ende de los hechos y pruebas que aporta el Ministerio Público para la comprobación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad, fijando así la denominación técnico-jurídica de los hechos por los que se seguirá el proceso penal

El maestro Marco Antonio Díaz de León define al amparo como un: " Juicio de control jurídico que sirve para impugnar los actos de autoridad violatorios de los derechos fundamentales que otorga la Constitución Federal Mexicana. Indebidamente se le ha llegado a considerar como un recurso, cuando que, como la ley relativa lo establece, se trata de un verdadero juicio (proceso)."⁶

En el juicio de amparo aparece la figura jurídica de la suspensión del acto reclamado, esto es, se suspende o se mantienen las cosas en el estado en que se encontraban en el momento de interponer el amparo, para evitar de este modo que se siga perjudicando al quejoso y se mantiene así hasta que se pronuncie el fallo.

⁶ Ob. Cit. p.205.

3.4.- EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO.

Como ya hemos mencionado el amparo directo es tramitado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nacion. o ante el Tribunal Colegiado de Circuito. la primera conoce del amparo directo interpuesto en contra de sentencias definitivas, si se alegan violaciones cometidas en la misma sentencia . el segundo conoce de amparos interpuestos tambien en contra de sentencias definitivas pero cuando se alegan violaciones cometidas durante el procedimiento.

Como sabemos el amparo directo toma su nombre, en atencion a que llega en forma inmediata a los Tribunales Colegiados de Circuito enseguida transcribiremos la definición de amparo directo del doctrinario Jorge Alberto Silva para llegar a entender un poco más al respecto. este autor establece al hablar de amparo casación como denomina al amparo directo que: "En el amparo casación como: recurso extraordinario se plantea una inconformidad del recurrente a la resolución de la autoridad penal, que es revisada en su legalidad, para que en su caso se anule el fallo o se reponga el procedimiento. En el campo penal procede en contra de sentencias en las cuales el recurso ordinario ha concluido."⁷

⁷ Derecho Procesal Penal, edit. Harla, México, 1990, p 460.

Para el maestro Julio Antonio Hernandez Pliego, el amparo directo es aquel: "del que conoceran en unica instancia los Tribunales Colegiados de Circuito o la Suprema Corte de Justicia , segun proceda, se promovera contra sentencias definitivas (las que resuelven el juicio en lo principal y no admiten ya recurso ordinario) por violaciones a las leyes que rigen el procedimiento, cuando afecten las defensas del quejoso y trasciendan al resultado del fallo y, por violaciones de garantias cometidas en las propias sentencias."⁸

El amparo directo no admite recurso alguno, es por esto que se realiza en una sola instancia por regla general, con excepci3n de lo previsto en la fracci3n IX del articulo 107 Constitucional, que admite el recurso de revisi3n solo en caso de que se decida sobre la inconstitucionalidad de una ley, o la interpretaci3n de un precepto constitucional, de los que conocer3 la Suprema Corte de Justicia de la Naci3n, a menos de que existiera jurisprudencia al respecto.

⁸ Ob. Cit. p. 288.

3.4.1.- PROCEDENCIA LEGAL DEL AMPARO DIRECTO.

Legalmente el amparo directo tiene su procedencia en los artículos 103 y 107 Constitucionales, los cuales hacen mención a los asuntos de los que conocerán la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito. En la Ley de Amparo, el título tercero nos habla de los juicios ante estos, y los cuales establecen:

“Art. 103 Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad federal que violen las garantías individuales;

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por leyes o actos de las autoridades de los estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.”

“Art. 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguira siempre a instancia de parte agraviada.

II. La sentencia sera siempre tal, que solo se ocupe de individuos particulares, limitandose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaracion general respecto de la ley o acto que la motivare.

V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violacion se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promovera ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribucion de competencias que establezca la Ley Organica del Poder Judicial dela Federacion, en los casos siguientes:

a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean estos federales, del orden comun o militares.

VI. En los casos a los que se refiere la fraccion anterior, la ley reglamentaria de los articulos 103 y 107 de esta Constitucion sealara en tramite y los terminos a que deberan someterse los tribunales colegiados de circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia, para dictar sus respectivas resoluciones.

Y de acuerdo a la ley reglamentana de estos articulos, las partes en el juicio son: el quejoso o agraviado (sentenciado) o inculpado, la autoridad responsable que es la que dicta el acto reclamado, el tercero perjudicado que en materia penal, sera el ofendido por el delito o

quien tenga derecho a la reparación del daño, siempre que el acto afecte a este y el ministerio Público quien tendrá intervención en todos los juicios.

Para establecer la procedencia legal del juicio de amparo directo tendremos que hacer mención especialmente al artículo 158 y 160 de la Ley de Amparo, el primero, establece que el juicio de amparo directo es competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito en los términos del artículo 107 fracción V y VI de la Constitución y que procederá solo en contra de sentencias definitivas como ya lo hemos mencionado

El segundo, nos especifica cuando se consideran violadas las leyes del procedimiento de manera que se vean afectadas las defensas del quejoso y que son las siguientes:

- I).- Cuando no se le haga saber la causa de la acusación o el nombre del acusador;
- II).- Cuando no se le permita nombrar defensor o no se le asigne el de oficio;
- III).- Cuando no se le caree con los testigos de cargo.
- IV).- Cuando no se lleven acabo todas y cada una de las diligencias del proceso o llevándose acabo no tuvieran la legalidad requerida para ello, o que haya nulidad en ellas;

V) - Cuando hubiese una reclasificación del delito en la sentencia siempre y cuando se cambien los hechos materia del proceso y el inculpado no sea oído en defensa sobre la nueva clasificación

En relación a nuestro tema, el artículo 160 de la Ley de Amparo fracción XVI, establece que se consideran violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte las defensas del quejoso.

Fracción XVI - "Cuando seguido el proceso por delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerara que es delito 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 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..."

Así como al artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la cual hace mención el maestro Raúl Chávez Castillo y la cual establece en materia penal lo

siguiente: "Art. 44 Con las salvedades a que se refieren los arts. 11, 24, 25, 26, 27 de esta ley, son competentes los tribunales colegiados de circuito para conocer:

1.- De los juicios de amparo directo contra sentencias definitivas o de laudos, o contra resoluciones que pongan fin al juicio, por violaciones cometidas en ellas o durante la secuela del procedimiento, cuando se trate:

a) En materia penal, de sentencias o resoluciones dictadas por autoridades judiciales del orden comun o federal, y de las dictadas en el incidente de reparación del daño exigible a personas distintas de los inculcados, o en los mismos tribunales que conozcan o hayan conocido de los procesos respectivos o por tribunales diversos, o en los juicios de responsabilidad civil, cuando la accion se funda en la comision del delito de que se trate; y de las sentencias o resoluciones dictadas por tribunales militares cualesquiera que sean las penas impuestas."⁴

⁴ Juicio de Amparo, s/c, edit. Harla, México, 1994, p.245.

3.4.2.- LA DEMANDA EN EL AMPARO DIRECTO.

El juicio de amparo o la substanciación del mismo, inicia su trámite a partir de la demanda la cual es la que ejercita o pone en función el derecho de acción del demandante y la que se debe interponer de acuerdo al artículo 22 de la Ley de Amparo, fracción III, en un término de noventa días.

El maestro Jorge Alberto Mancilla Ovando define la demanda en el juicio de amparo como: "El acto procesal del quejoso en virtud del cual se ejercita la acción de amparo para solicitar la protección de la Justicia Federal al estimar que uno o varios actos reclamados de una o varias autoridades responsables, violan sus garantías individuales o sus derechos derivados de la distribución competencial entre Federación y Estados"¹⁰ Definición que en nuestro criterio hace mención de todos y cada uno de los elementos de la demanda tanto de amparo directo como indirecto.

Este punto en especial toma mayor relevancia ya que en materia de amparo penal y en materia de amparo directo así como el indirecto opera la "suplencia de la demanda deficiente" que es contraria al principio de derecho que rige las demás materias en cuanto

¹⁰ El Juicio de Amparo en Materia Penal, segunda edición, edit. Porrúa, S.A. México, 1991, p.p. 233 y 234.

amparo se refiere y la cual debe cubrir las deficiencias en cuanto a requisitos se refiere, requisitos que establece el artículo 166 de la Ley de Amparo y que son los siguientes :

I.- Debe ser por escrito y en ella se expresaran

a).- El nombre y el domicilio del quejoso y de quien promueve en su nombre :

b).- Nombre y domicilio del tercero perjudicado.

c).- Las autoridades responsables;

d) - La ley o acto de autoridad que se reclame y cuales son los hechos o abstenciones que le constan y constituyan antecedentes del acto reclamado y los conceptos de violación.

e).- Las garantías individuales que estimen fueron violadas.

f).- y el precepto de la Constitución Federal que contenga la facultad de la Federación y de los Estados que se considere vulnerada o restringida si el amparo se promueve con apoyo en las

fracciones II y III del artículo primero de esta, es decir por leyes o actos de la autoridad Federal que invadan la soberanía de los Estados o viceversa.

g).- y aunque no se establezca que el escrito indique el juzgador de amparo al que se dirige y el tipo de amparo que se promueve.

Una vez que se ha elaborado la demanda que deberá ir dirigida al Tribunal que corresponda, pero que debe presentarse ante la autoridad responsable, para que esta la envíe acompañadas de las copias correspondientes

3.5.- EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.

El amparo indirecto o bi-instancial, procede en contra de actos o resoluciones que dentro del proceso se dicten, aunque varios autores mencionan que también procede en contra de actos realizados fuera de juicio o después de concluido el mismo. Igualmente procede el amparo indirecto para impugnar resoluciones judiciales cuando afectan a personas extrañas al proceso y se diferencia del amparo directo, en que este se promueve como ya lo vimos ante los

Tribunales Colegiados de Circuito, por conducto de la autoridad responsable, el amparo indirecto se promueve ante los jueces de distrito.

Al abordar el tema de la reclasificación en el auto de termino constitucional, debemos de volver a mencionar nuestra postura en cuanto al tema del amparo, como ya lo mencionamos al principio de este capítulo, la reclasificación del delito o ampliación del ejercicio de la acción penal, en el auto de plazo constitucional, no es violatoria de garantías individuales, siempre y cuando no se varíen los hechos materia del ilícito.

El amparo indirecto, es bi-instancial, por que se puede interponer en caso de no estar de acuerdo con la resolución del juzgado de distrito, la revisión de ésta la cual la lleva a cabo el Tribunal Colegiado de Circuito.

El maestro Julio Antonio Hernández Pliego nos dice que el amparo indirecto: "procede ante el juez de distrito o Tribunal Unitario de Circuito, conforme sea el caso, contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación y contra aquellas resoluciones judiciales que afecten a personas ajenas al juicio."¹¹

¹¹ Ob.Cit. p. 287

Ahora bien , a diferencia del amparo directo, el amparo indirecto, no siempre se agota primero, en algunos casos primero se debe interponer la apelación y como ultimo recurso el amparo indirecto.

Segun el maestro Guillermo Colin Sanchez, en el auto de formal prision o el proveido judicial que niegue al indiciado su libertad Constitucional no es necesario agotar los recursos ordinarios, ya que procedera el juicio de garantias, a comparacion de los demas que deben agotar primero el recurso de apelación.

Como ya lo hemos visto el amparo indirecto en contra del auto de termino constitucional, se debe promover ante jueces de Distrito y no ante los Tribunales Colegiados de Circuito, pero puede llegar al conocimiento de estos o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una segunda instancia con la interposición del recurso de revision.

3.5.1.- PROCEDENCIA LEGAL DEL AMPARO INDIRECTO

La procedencia del amparo indirecto esta prevista en la fracción VII del articulo 107 Constitucional, la cual nos dice que contra actos en juicio , fuera de este o después de

concluido, o que afecten a personas extrañas al mismo, o bien contra actos de autoridad o contra leyes se interpondrá el juicio de amparo ante el juez de Distrito que tenga jurisdicción en el lugar de ejecución del acto reclamado o trate de ejecutarse y que a la letra dice:

Artículo 107 Frac.VII. "El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o despues de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en el que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en que se mande pedir el informe y se reciban las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oíran los alegatos, pronunciandose en la misma audiencia la sentencia: . . . "

El maestro Carlos Arellano Garcia al hablar, de la fracción anterior nos menciona que de esta se desprenden las siguientes reglas Constitucionales que son:

"a) Si el acto reclamado afecta a persona extraña se interpondrá por ésta el amparo indirecto, sea que el acto se produzca dentro de un juicio, fuera de él o despues de concluido;

b) Si el acto reclamado consiste en una ley, la impugnacion correspondiente ha de formularse en amparo indirecto;

e) Si el acto reclamado es de autoridad administrativa procedera el amparo indirecto, siempre que no se trate de sentencias definitivas dictadas por tribunales federales, administrativos o judiciales, no reparables por algun recurso Juicio o medio ordinario de defensa legal."¹²

Ademas, el amparo indirecto se encuentra reglamentado en el Titulo Segundo Capitulo I . de la Ley de Amparo, en su articulo 114 fracciones I a la VII, las cuales especifican cuando se pedira el amparo ante el juez de Distrito y que son las siguientes:

I.- Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos de los Estados, decretos, acuerdos que por su sola entrada en vigencia causen perjuicios al quejoso.

II.- Cuando los actos no provengan de Tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que dichas resoluciones se den en el procedimiento o en la misma resolución se causen violaciones y que el quejoso se hubiere quedado sin defensa.

III.- Contra actos ejecutados fuera de juicio o despues de concluido.

IV.- Contra actos donde sea imposible la reparación sobre las personas o las cosas.

V.- Contra actos que afecten personas extrañas al juicio.

VI.- Contra actos donde la autoridad federal invada la soberanía de los Estados y viceversa.

¹² Práctica Forense del Juicio de Amparo, séptima edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1992, p.p.225 y226.

3.5.2.- LA DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO.

La demanda en el Juicio de amparo indirecto debe al igual que la demanda de amparo directo formularse por escrito y seguir los mismos lineamientos que exige el artículo 116 de la Ley de Amparo, precepto del que ya hemos hablado en encisos anteriores y la cual debe de ir dirigido a el juez de Distrito correspondiente y debe expresar lo siguiente:

1. El nombre y domicilio del quejoso y de quien promueve en su nombre.
2. El nombre y domicilio del tercero perjudicado.
3. La autoridad o autoridades responsables.
4. La ley o acto que de cada autoridad se reclame.
5. Los preceptos Constitucionales que contengan las garantías individuales que el quejoso estime violadas.

La demanda de amparo indirecto se interpondrá en un término de quince días, que se contarán desde el día siguiente en que haya surtido efecto conforme a la ley la notificación al quejoso del acto que reclame, como en el caso de la reclasificación del delito en el auto de término constitucional.

CAPÍTULO IV
LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO Y
SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

- 4.1.- CONCEPTO.**
- 4.2.- ÓRGANO COMPETENTE.**
- 4.3.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 304 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**
- 4.4.- COMO Y PORQUÉ SE DA LA AMPLIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.**
- 4.5.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AMPLIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.**

CAPÍTULO IV

LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

4.1.- CONCEPTO.

Al ejercer el Ministerio Público la acción penal, consignando los hechos que a su parecer constituyen un delito, hace su propia clasificación, pero, es al juez que conoce de los mismos al que corresponde dictar el auto de plazo constitucional por el delito que realmente aparezca comprobado en la Averiguación Previa que le han consignado

La reclasificación no tiene dentro de la bibliografía procesal, una definición generalmente aceptada, existen solo algunos tratadistas que hacen referencia a ésta, los cuales determinan como elemento base de la reclasificación, los hechos y el estudio que el juez hace de los mismos en base a los cuales modifica únicamente la denominación técnica jurídica hecha por el Ministerio Público, sin cambiar para ello, los hechos materia de la consignación.

Otra manera de denominar a la reclasificación del delito es, la ampliación del ejercicio de la acción penal, toda vez que como ya sabemos el ejercicio de la misma es hasta

cierto punto exclusiva del Órgano Investigador y al hacer el juez una reclasificación del delito amplía la exclusividad que tiene el Ministerio Público sobre el ejercicio de la acción penal, teniendo como base los artículos 304-bis-A del Código de Procedimientos Penales y el 163 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Aunque también existe la ampliación del ejercicio de la acción penal, en el caso de que en la secuela del proceso apareciera que se ha cometido otro delito, el juez deberá dar vista al Ministerio Público y este ampliará el ejercicio de la acción penal al conocer ya dentro del proceso, de otro delito como lo establece el maestro Juan José González Bustamante, quien nos dice que cuando el Ministerio Público ocurre ante el juez, consigna hechos, que a su parecer tienen carácter de delitos, pero es solo una opinión: "ya que en todo caso es al juez a quien corresponde darles su categoría legal, pero puede suceder que antes de pronunciarse el Auto de Formal Prisión se descubra que se han cometido otros delitos distintos o conexos de aquel que ha servido de base a la acción penal. Si recordamos el principio de que la acción penal es única y que comprende a todos los delitos descubiertos pueden incluirse en la misma pieza de autos, se requiere que el Ministerio Público amplíe el ejercicio de la acción penal: que se hagan saber al inculpado los nuevos aspectos de la inculpación al rendir su declaración preparatoria, o se amplíe esta, en el caso de que la ya hubiese rendido. El juez de oficio, no puede comprender en el Auto de Formal Prisión los aspectos o circunstancias que no hayan sido materia de la acción penal, por que estaría invadiendo funciones expresamente reservadas al Ministerio Público"¹

¹ Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Octava edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1985, p.192.

Con lo anterior podemos deducir como concepto de reclasificación que es la modificación que el Órgano Jurisdiccional hace a la denominación técnica jurídica de los hechos consignados por el Ministerio Público en la Aveniguación Previa, ampliándose así el ejercicio de la acción penal

4.2.- ÓRGANO COMPETENTE.

Erróneamente se piensa, que el Ministerio Público también puede realizar la reclasificación de un delito, después de haber ejercitado la acción penal, pero la Constitución no le otorga ese poder, únicamente lo reconoce, como un órgano integral persecutor del delito, con independencia absoluta del poder judicial.

Ahora bien como ya lo vimos el Ministerio Público puede ampliar el ejercicio de la acción penal, una vez que ya fueron consignados los hechos, solamente que el juez de la causa le de vista ante la apreciación de otro delito que no fue consignado pero que se desprende de los mismos hechos y es solo por medio de la vista que le da el juez al Ministerio Público que este puede tomar parte como autoridad aunque no dentro del proceso, una vez realizada la nueva consignación, puede proceder la acumulación.

El profesor Jesús Zamora Pierce nos dice al respecto: " 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 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 puede contestar el cargo mediante su declaración preparatoria.²⁷ Es por esto que se debe de dar vista al Ministerio Público, para que este después de conocer de los hechos y si estima que son delictuosos inicie una nueva averiguación previa y ejercite acción penal, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuera conducente.

Pero esto no implica que pueda en un momento dado ampliar el ejercicio de la acción penal, reclasificando un delito ya que, el Órgano Investigador está encargado de la integración de la averiguación Previa, fase encaminada a comprobar los elementos del tipo y la probable responsabilidad como ya lo vimos en el primer capítulo, y es solo durante esta fase que tiene autoridad para la clasificación del delito, ya que una vez en el proceso adquiere el carácter de parte.

Del artículo 19 Constitucional se deriva la facultad del Órgano Jurisdiccional para reclasificar un delito, en el párrafo segundo parte primera, se establece que "todo delito se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.", dando así facultades al juez de la causa de dictar el auto de término

²⁷ Garantías y el Proceso Penal, séptima edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1994. P. 136.

constitucional por el delito que aparezca realmente comprobado aunque para ello se haga una reclasificación del mismo, basándose únicamente en los hechos materia del ilícito.

Siendo el Órgano Jurisdiccional aquel sujeto investido legalmente para declarar o aplicar el derecho a cada caso particular y concreto, es el único con la facultad para ampliar el ejercicio de la acción penal o reclasificar un delito.

Esta investidura de la que hablamos se llama jurisdicción y tiene como fin buscar la verdad material e histórica del caso concreto, para que en forma motivada se declare o no la validez de la pretensión punitiva del Estado, promovida por el Órgano Investigador.

Como lo sustentan las siguientes jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“ CLASIFICACIÓN DEL DELITO. EL JUEZ PUEDE VARIAR LA HECHA POR EL MINISTERIO PÚBLICO.

La reclasificación del delito por la autoridad jurisdiccional, en ninguna forma infringe el artículo 21 Constitucional, ya que si bien es cierto que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público como máximo representante de los intereses sociales, es incuestionable que al ser sancionado un acto ilícito, de acuerdo con su gravedad, lejos de implicar ello una violación del precepto aludido, determina por el contrario su acatamiento, por que en nuestro

sistema de acusación, la acción pública no se ejercita ya por el interés particular del acusador, sino por el interés social en cuyo representante se exige al acusador.”

Primera Sala, Quinta Epoca, Tomo CVIII, Pág. 2272

“RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. EL JUEZ ESTA FACULTADO PARA LA, SOBRE EL QUE SE CONTINUARA EL PROCESO.

Es correcto el proceder del juez a quo al considerar que la responsable tiene facultades para hacer la reclasificación del delito sobre el cual versara un proceso penal, en razón, de que así lo establece el artículo 163 del Código de Procedimientos Penales.”

Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Epoca, Tomo IX-Mayo, pág. 513.

La ampliación del ejercicio de la acción penal o reclasificación del delito, que el Órgano Jurisdiccional lleva a cabo, es en base al estudio de los hechos constitutivos del ilícito, de ahí la determinación de reclasificar o no el delito, ya que para poder hacerlo necesariamente debe haber una incongruencia entre los hechos y el tipo penal clasificado por el Ministerio Público y al hacer el juez el estudio, debe de reclasificar la denominación técnico-jurídica hecha por el Órgano Investigador a fin de que el tipo penal encuadre exactamente en la conducta o viceversa.

El juez de la causa tiene facultades para reclasificar los hechos constitutivos de delito, mencionados en el pliego de consignación, como ya lo hemos visto, y esta se puede hacer en diferentes etapas del proceso como se manifiesta en la jurisprudencia citada por el

profesor Miguel Angel Castillos Soberanes, la cual dice: " La Suprema Corte ha sustentado la teoria de que el articulo 19 constitucional, al decir que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prision, se refiere a hechos delictuosos y no a la clasificacion o denominacion de un delito, por lo tanto, si los hechos consignados en el auto de formal prision son los mismos que se tienen en cuenta para proseguir el proceso y dictar la sentencia definitiva, aunque se varíe la clasificación del hecho delictuoso, no se viola el citado articulo 19 constitucional. Semanario Judicial de la federacion, 5ª. Epoca, tomo XI, p. 862."³

Ahora bien, tomando en cuenta la jurisprudencia anterior, podemos decir que la reclasificación del delito se puede dar en las siguientes faces del procedimiento:

a)- En el auto de termino constitucional al estudiar el juez la consignación hecha por el Ministerio Público, lo tiene que dictar conforme a la ley por el delito que realmente apareza comprobado aunque con ello se modifique la clasificación hecha en la Averiguación Previa como lo contempla el articulo 304 BIS-A del Código de Procedimientos Penales. Como lo sostiene el autor antes citado al hablar del nomen iuris cuando nos dice que: " En el auto de formal prision se han expresado y valorado los hechos que son objeto del proceso; asimismo, se ha establecido la clasificación tecnico-legal del delito conforme al catalogo penal, por lo que, determinado el delito por el que ha de seguirse el proceso, no pueden variarse despues los hechos; por ejemplo, si el proceso se sigue por el delito de homicidio y se comprueba que el

³ El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México, ed. UNAM, México, 1992, p.86.

procesado privo de la vida a su padre o a su madre, indudablemente que el proceso deberá seguirse por el delito de parricidio (nótese que lo que cambia no son los hechos que siguen siendo los mismos- la privación de la vida -, sino lo que se modifica es la apreciación técnico-legal del delito), de modo que, si el Ministerio Público dice que el delito debe clasificarse de una forma u otra, esta apreciación no debe sujetar ni vincular al juez de la causa.¹⁴

En base a esto y tomando en cuenta lo que se menciona en la nota anterior el juez no está obligado a decidir en cuanto a la clasificación de los hechos, si no, en base a los hechos mismos, y la clasificación que el Ministerio Público le dio a estos no deja de ser una opinión, por lo que el juez puede y debe cambiar la denominación del mismo o la estructura del tipo a fin de cumplir con lo que estipula el artículo 304 Bis-A

b).- Al dictarse la sentencia, la reclasificación de un delito se puede dar a petición del Ministerio Público en sus conclusiones, o bien cuando el juez estime necesario de acuerdo a las constancias procesales existentes, y en este último caso solo puede cambiar la estructura del tipo penal: Ahora bien en cuanto a este inciso hay diferentes criterios doctrinales, como el de Jesús Zamora Pierce, quien afirma: "Una vez firme el auto de formal prisión, ni las partes ni el propio juez pueden ya variar la clasificación del delito. Se equivocan, pues, quienes consideran que la clasificación de los hechos expuesta en el auto que ahora nos ocupa puede ser variada en las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, en cuyo caso la sentencia contemplará esta

¹⁴ibidem, p.p. 85 y 86.

ultima clasificacion. Admitir semejante posibilidad implica una doble violacion de las garantias consagradas en el articulo 19, puesto que tal cambio de clasificacion hecho por el Ministerio Publico al formular sus conclusiones no cumpliria con los requisitos de sujeto, el juez, y de momento procesal oportuno, el auto de formal prision que exige la Constitucion. Esa violacion de garantias tendria por efecto dejar al procesado sin defensa ante una acusacion que se precisa apenas en las conclusiones, es decir, justamente el resultado que el Constituyente trato de evitar mediante el parrafo segundo del articulo 19.”

O bien como lo sostiene Sergio Garcia Ramirez, “ La clasificacion de los hechos expuesta en el auto que ahora nos ocupa puede ser variada a traves de las conclusiones acusatorias del M. P., en cuyo caso la sentencia contemplara esta ultima clasificacion.”⁶

Criterios diferentes y muy respetados, pero nos inclinamos a pensar que el maestro Sergio Garcia Ramirez, tiene la razon, tomando en cuenta que dentro del proceso, el iniciado se ha defendido, o. trata de defenderse de la acusacion hecha por el Ministerio Publico, tratando de desmentir los hechos no el tipo penal de que se le acusa, es por esta razon que cuando la Ley de Amparo senala en su articulo 160 fraccion XVI que: “ Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prision, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

⁵ Ob. Cit. p.142.

⁶ Curso de Derecho Procesal Penal, segunda edicion, edit. Porrúa, S.A., México, 1977, p.379.

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 cambiando 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."

En base a lo anterior no podemos más que pensar que el inculpado, al ser sentenciado por diverso delito, ya fue oído en su defensa, ya que son los mismos hechos y el inculpado durante el proceso, ha tratado de desmentir los mismos a fin de no adecuarse en las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

c).- En segunda instancia, de acuerdo al artículo 385 del Código Federal de Procedimientos Penales, se desprende la facultad del tribunal de apelación para reclasificar el delito por el que se dictó inicialmente el auto de término constitucional atendiendo a las pruebas que obren en la causa y que de éstas se desprenda que es un delito diverso.

4.3.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 304 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Aún cuando el artículo 304 comprende las derivaciones 304 bis y 304-bis-A, nos referiremos a este último por ser el de mayor relevancia en nuestro trabajo de investigación.

Para poder analizar con mayor facilidad el artículo 304-bis-A, debemos transcribirlo y resaltar al mismo tiempo los elementos más importantes que de él se desprenden

Artículo 304-bis-A del Código de Procedimientos Penales.- " El auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso se dictaran por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta solo los hechos materia de la consignación, y considerando los elementos del tipo y la probable responsabilidad correspondientes aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores "

El artículo 304-bis-A, fue aumentado al Código de Procedimientos Penales, en las reformas del 10 de enero de 1994, debido según nuestro punto de vista a la laguna existente en cuanto al tema de la reclasificación, ya que el juzgador tenía entonces que basarse en la jurisprudencia existente y en el artículo 19 Constitucional del cual se desprende la primera parte, esto es que hasta que se dicte un auto de término constitucional el juez señalará si se

trata o no del delito que el **Organo Investigador le consigno**, tomando en cuenta unicamente los hechos que dieron origen al ilícito y no la clasificación hecha por el Ministerio Público

Otro de los elementos del artículo en análisis es la consideración que el **Organo jurisdiccional debe de hacer** en cuanto a los elementos del tipo y la probable responsabilidad, de los cuales ya hablamos en el primer capítulo de este trabajo de investigación y que son todas aquellas circunstancias de tiempo, modo y lugar, que describe el legislador en el tipo penal, así como la adecuación de la conducta, forma de intervención, culpabilidad, etc., al mismo

Al dictar el juez el auto de término constitucional teniendo como base la acreditación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad, puede ampliar el ejercicio de la acción penal, reclassificando el delito, en caso de que la clasificación hecha por el Ministerio Público no sea la adecuada, considerando únicamente los hechos materia de la consignación

El autor Sergio García Ramírez, al hablar de este artículo nos comenta: "Hay una importante adición a propósito de los autos de formal prisión y de sujeción a proceso, tomando en cuenta que estos fijan el tema del proceso, determinación que posee superlativa importancia tanto para el desarrollo del enjuiciamiento en general, como por lo que atañe a la defensa del inculcado, en particular. En efecto, el nuevo artículo 304 bis A manifiesta..."

Esa norma tiene dos efectos relevantes. Por una parte, ordena examinar y fijar los hechos materia de la consignación que son los hechos irrebasables, pues, por el juzgador, en los términos del tipo penal que efectivamente resulte aplicable al suceso delictuoso. No se trata, pues, de concretarse mecánicamente al tipo fundamental o básico, cuando se incurrió en un tipo complementado. Esto fue visto con entera claridad por las reformas de 1984 a la fracción I del artículo 20 constitucional, cuando se habla, a propósito de la libertad provisional, de tomar en cuenta el delito "incluyendo sus modalidades".

Por otra parte, queda reafirmado el principio de nueva clasificación de los hechos delictuosos. En efecto como tanto se ha dicho, el M.P. (Ministerio Público) no consigna "clasificaciones" legales, es decir, encuadramientos técnicos del hecho punible. Consigna éste: es decir, lleva al juzgador el tema del litigio penal, que es la conducta típica, no la apreciación técnica que se haga al respecto. En virtud, puede cambiar esa apreciación en el proceso-- a condición de que no varíen los hechos por los que se ha juzgado a cierta persona--, sin que ello implique colocar al inculpado en estado de indefensión.⁷

Como se observa en la nota anterior, el maestro García Ramírez, nos habla de la reclasificación de delito en dos formas, una es en la totalidad del tipo penal y la segunda en la estructura del mismo, como ya lo hemos mencionado nosotros anteriormente.

⁷ El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, La reforma de 1993-1994, segunda edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1995, p.p.267 y 268.

Ahora bien como podemos observar de este artículo se desprende, el fundamento legal que el juez necesita para reclasificar el delito en el auto de plazo constitucional, sin olvidar que también son base legal de la misma el artículo 19 Constitucional y el 163 del Código Federal de Procedimientos Penales

Así también vemos que al analizar del artículo en cuestión, resaltan como sus elementos principales: que el auto de formal prisión y el de sujeción a proceso se dictaran por el delito que realmente aparezca comprobado, otro elemento muy importante son los hechos materia de la consignación y por último la consideración que se tiene que hacer de los elementos del tipo y la probable responsabilidad al reclasificar un delito.

4.4.- COMO Y PORQUÉ SE DA LA AMPLIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

La reclasificación de los delitos se da como la ampliación del ejercicio de la acción penal, que lleva a cabo el Órgano jurisdiccional, al consignar el Ministerio Público una Averiguación Previa, y una vez que es estudiada por el juez, este decide que es indebida la clasificación con la que el Órgano Investigador designó a los hechos.

La ampliación del ejercicio de la acción penal o reclasificación de los delitos se lleva a cabo al dictar el juez, el auto de plazo constitucional y tener que modificar la

clasificación que el Ministerio Público dio a los hechos, teniendo que hacer un razonamiento de los mismos y acreditando los elementos del tipo y la probable responsabilidad, a la clasificación por el hecho.

O bien dentro del proceso cuando de actuaciones se desprende que el delito por el que se dictó el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, no es el correcto, y el Ministerio Público en sus conclusiones cambia la clasificación del mismo, o el juez en sentencia modifica la estructura del tipo penal.

Las causas de la reclasificación, podrían ser bastantes, pero las de mayor relevancia y frecuencia serían las siguientes:

- 1.- La negligencia de las autoridades del Ministerio Público y las arbitrariedades de los mismos, radicando en hechos u omisiones que ocasionan imperfecciones en la Averiguación Previa.
- 2.- Porque el juez hace valer algunos elementos que si bien aparecen en la consignación el Ministerio Público omitió hacerlos valer.
- 3.- Cuando el Ministerio Público ha ejercitado acción penal, y no se integra el delito de acuerdo a lo previsto en el tipo penal.

4.- Cuando durante el proceso se recaban mas pruebas en contra o a favor de los indiciados y estas provoquen una atipicidad, en la clasificacion del delito.

Sin embargo la principal causa de la reclasificacion de un delito, es la fiel aplicacion del derecho, a los hechos constitutivos del delito.

4.5.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AMPLIACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

En cuanto a las consecuencias juridicas de la reclasificación de los delitos, encontramos como es lógico, que al instaurarse una causa produce consecuencias, de igual forma al realizarse una reclasificacion surgen diferentes consecuencias entre las que destacan las siguientes:

- a).- Al momento que el juez dicta un auto de plazo constitucional, por diferente delito al consignado por el Ministerio Público, implica que se ha perfeccionado tanto la investigación como el proceso, sin importar que esta perjudique o no al indiciado.

- b) - Una vez dictado el auto de plazo constitucional por delito diverso, puede también cambiar la situación jurídica del indiciado, es decir, si este habia sido consignado por un delito donde tenia derecho a la libertad provisional y con la nueva clasificación pierde ese derecho; por

ejemplo: El indiciado es acusado por abuso de confianza y en la reclasificación se cambia por robo, al no haberse acreditado plenamente según el juez el carácter de depositario. O bien al haberse reclasificado un delito de lesiones artículo 293 del Código Penal, lesiones que ponen en peligro la vida y el ofendido muere a causa de estas, se hace una reclasificación a homicidio.

c).- Una vez realizada la reclasificación puede dar origen a una impugnación por alguna de las partes del proceso que se crean afectadas, pero como ya lo vimos, la reclasificación de los delitos no es violatoria de garantías constitucionales, aunque en la apelación el juez de segunda instancia sí puede cambiar la denominación del delito.

No debemos olvidar que la reclasificación del delito o ampliación de ejercicio de la acción penal, es solo un medio para mejorar y precisar la denominación que habrá de aplicarse a los hechos, sin importar que beneficie o perjudique al indiciado, ya que lo que se busca en el proceso es aplicar la justicia y sobre todo prevenir la delincuencia.

CONCLUSIONES

Primera.- La sustitución de la denominación de el cuerpo del delito, por la de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, es un gran acierto y con esto es posible compatibilizar, las pruebas requeridas para dictar un auto de plazo constitucional, como para librar una orden de aprehension o de comparecencia, ya que para ambos casos se deben de acreditar los elementos del tipo penal y tener por probable la responsabilidad del indiciado.

Segunda.- Al ejercer el Ministerio Publico la accion penal, consigna al juez que conoce de la causa, hechos a los cuales les ha dado una clasificacion, la cual puede modificar el juez al hacer el estudio de la consignacion y dictar el auto de plazo contitucional, en el cual dictará auto de formal prision cuando la pena que se pudiera aplicar al inculpado sea privativa de libertad, se dictara auto de sujecion a proceso cuando la pena que se pudiera aplicar sea alternativa de prision o multa, y se dictara la libertad por falta de elementos para procesar, cuando de las constancias existentes, se desprenda que no hay elementos suficientes para sujetar a proceso a una persona.

Tercera.- La reclasificación de los delitos se da cuando, la definición técnico jurídica que le da el Ministerio Público a los hechos constitutivos de delito es inexacta a juicio del Organó Jurisdiccional, y al realizarla, no se alteran, modifican o cambian los hechos constitutivos del delito, unicamente se cambia la denominación técnico-jurídica de los hechos u omisiones, y por lo tanto no contituye una violacion a las garantías individuales.

Cuarta.- Lo anterior se asevera en base a diferentes jurisprudencias y de las cuales se desprende que la reclasificación hecha en el auto de plazo constitucional, no es violatoria de garantías, así como la reclasificación hecha en la sentencia, ya sea modificando la estructura del tipo penal o el delito en sí, en este último caso, debe de ser oído el inculcado en su defensa en cuanto a la última clasificación.

Quinta.- Los recursos procedimentales en contra de la reclasificación son la apelación además de ser la instancia en donde puede darse una nueva clasificación del delito; y el amparo aunque, como ya lo hemos mencionado, la reclasificación de los delitos, hecha conforme a derecho no es violatoria de garantías individuales.

Sexta.- El juez de la causa es el único facultado legalmente para ampliar el ejercicio de la acción penal, al reclasificar el delito.

BIBLIOGRAFÍA

- Arellano García Carlos Practica Forense del Juicio de Amparo, 7ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1992, pp 762
- Arillas Bas Fernando El Procedimiento Penal Mexicano, 13ª edición, edit. Kratos, S.A., México, 1991, pp 396
- Cabenellas Guillermo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual: Tomo VI, 21ª edición, edit. Helista, S R L., Buenos Aires Argentina, 1989, pp 504
- Cabral Luis C. Compendio de Derecho Penal, Parte General, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, 1987, pp 255
- Carranca y Trujillo Raul Derecho Penal Mexicano, Parte General, 14ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1982, pp 958
- Castellanos Tena Fernando Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 24ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1987, pp 359
- Castillos Soberanes Miguel Ansel El Monopolio del Ejercicio de la Accion Penal del Ministerio Público en México, edit. UNAM, México, 1992, pp 221
- Castro Juvenito V. Garantias y Amparo, 8ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1994, pp 595.
El Ministerio Público en México, 9ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1995, pp 308.
- Chávez Castillo Raul. Juicio de Amparo, s e, edit. Harla, México, 1994, pp 332
- Colin Sanchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 15ª, edit. Porrúa, S.A., México, 1995, pp 876.
- Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal I, 12ª edición, sin edit., Barcelona, 1959, pp 470.
- Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, 2 Tomos, 2ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1989, pp 2249.
- García Ramírez Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal, 2ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1977, pp 569.
- _____ El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, La Reforma de 1993-1994, 2ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1995, pp 468.

- García Ramírez Sergio y Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal Mexicano; 7ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1993, pp. 810
- González Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano; 8ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1985, pp. 419.
- González Cosío El Juicio de Amparo, 4ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1994, pp. 323
- Hernández Pizaro Julio Antonio. Programa de Derecho Procesal Penal, Edit. Porrúa, S.A., México, 1996, pp. 327.
- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano, 5ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1985, pp. 477.
- Introducción al Estudio de las Figuras Típicas, Tomo I, 4ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1983, pp. 501.
- La Antijuricidad, s.e. edit. Imprenta Universitaria, México, 1952, pp. 346
- Mancilla Ovando Jorge Alberto. El Juicio de Amparo en Materia Penal; 2ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1991, pp. 178
- Mezger Edmund. Derecho Penal, Parte General; 6ª edición, Cárdenas editor, México, 1985, pp. 459.
- Tratado de Derecho Penal I, s.e. Madrid, 1955, pp. 365.
- Osorio y Nieto César Augusto. La Averiguación Previa; 2ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1983, pp. 281.
- Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General; 12ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1995, pp. 596
- Pérez Palma Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal; 3ª edición, actualizada y puesta al día por Julio Alfredo Pinuelos León, Cárdenas editor, México, 1995, pp. 588.
- Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; 10ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1985, pp. 560
- Ranieri Silvio. Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo I, s.e. edit. Temis, Bogotá, 1985, pp. 386.
- Roxin Claus. Teoría del Tipo Penal; versión en castellano del profesor Enrique Bacigalupo, s.e. edit. De Palma, Buenos Aires Argentina, 1976, pp. 303.
- Silva Silva Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal; s.e. edit. Harla, México, 1990, pp. 826.

Vallarta Juanaco L. El Juicio de Amparo y EL Writ: (s p. t.), pp 346

Villalobos Juanico Derecho Penal Mexicano, Parte General, 4ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1983, pp 654

Von Liszt Tratado de Derecho Penal, Tomo II, s. e. edit. Reus, Madrid, 1927, pp 341.

Wessels Johannes Derecho Penal, Parte General, 6ª edición, edit. De Palma, Buenos Aires Argentina, 1980, pp 263

Zamora Pierce Jesus. Garantías y el Derecho Penal, 7ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1994, pp 510

LEGISLACIÓN

Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos, 21ª edición, edit. Delma, México, 1997.

Nueva Legislacion de Amparo Reformada, 60ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1994

Código Federal de Procedimientos Penales, 2ª edición, edit. Sista, S.A., Mexico, 1996

Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, 4ª edición, edit. PAC, S.A., México, 1996

Código Penal para el Distrito Federal, 4ª edición, edit. Sista, S.A., México, 1996.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la nación: en especial de la Primera Sala, sexta y octava época.

OTRAS FUENTES

Instituto de Investigaciones Juridicas. Diccionario Jurídico Mexicano, IV Tomos, 7ª edición, edit. Porrúa, S.A., México, 1994.