



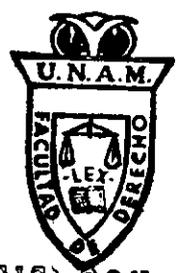
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA LITIS CERRADA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

RODRIGO JARERO ROMO



TESTIS CON
FALLA DE ORIGEN

CIUDAD UNIVERSITARIA

269134

1998



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 Dios

*Por haber dado a mi espíritu la oportunidad
de experimentar la vida, y guiarlo por el
sendero de la fe, la esperanza y la verdad.*

A mi madre:

Ana María Romo V.

Con todo mi amor y admiración, porque con su ejemplo de trabajo, tenacidad y valor para enfrentar la vida, me impulsa incesantemente a superarme.

A mi padre:

El Licenciado José Jesús Jarero C.

Dondequiera que esté, con respeto y gran aprecio.

A mis hermanos:

*Francisco, hombre disciplinado y estudioso,
que desde mis primeros años me guió para
alcanzar mis objetivos.*

*Alejandro, hombre de bien e inteligente que
de manera rara me enseñó a enfrentar la vida
con valor estoico.*

Al señor licenciado y maestro:

Gerardo Armando Urosa Ramírez.

*Hombre que sabe despertar en sus alumnos,
la predilección por el estudio de las ciencias
penales.*

INTRODUCCIÓN.

Uno de los temas más excelsos del derecho, sin lugar a dudas es aquél que se ocupa del estudio de las reglas por las que a un ser humano se le pretenda privar de la vida o de la libertad; reglas que con su carácter obligatorio, se transforman en normas jurídicas, las cuales dan vida al extraordinario mundo del derecho procesal penal.

Este trabajo se ocupa precisamente de una de las materias más debatidas en el derecho adjetivo penal, no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el jurisprudencial y legal: la figura de la litis cerrada en el procedimiento penal. Apasionadas discusiones se han suscitado sobre el tema antes referido, mismas que descansan sobre cuestiones bien interesantes como la impunidad, el respeto al derecho, a la técnica jurídica y, sobre todo, a nuestra Constitución Política.

El tema central versa sobre la legalidad de la reclasificación de los hechos en el proceso, aun cuando éstos ya hubiesen sido calificados jurídicamente encuadrándolos en determinado tipo penal al momento en que el instructor de la causa dicta el auto de formal prisión o el de

sujeción a proceso. ¿Es obligación del juez calificarlos jurídicamente desde ese momento? ¿Se puede realizar tal calificación por cualquiera de las partes durante la secuela procesal? ¿Es legal sentenciar al acusado por delito diverso al señalado en las referidas resoluciones? ¿Qué debemos entender por delito diverso según la Constitución, la ley secundaria, la jurisprudencia y la dogmática del derecho penal? Estas incógnitas son las que despejaremos a la luz del texto de la ley, la doctrina, la jurisprudencia, la ciencia y técnica del derecho penal y, desde luego, del derecho procesal penal.

La temática abordada se divide en cuatro capítulos; el primero retrata la historia del procedimiento penal en el mundo, y concluye con una breve referencia de la legislación adjetiva que reguló dicho procedimiento en México en el siglo pasado, hasta la promulgación de los códigos procesales penales, vigentes en el Distrito Federal y en el fuero federal, respectivamente. Esa historia es preciso conocerla para entender a fondo el por qué de las instituciones jurídicas. Un connotado romanista afirmó: "Todo historiador debería ser jurisconsulto, y todo jurisconsulto debería ser un historiador. No se puede conocer a fondo una legislación sin conocer su historia, (...)".^(*) En el segundo, se estudian algunas cuestiones técnicas necesarias para el entendimiento de la materia a tratar; el tercero,

(*) Ortolan, M. *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano y una generalización del Derecho Romano*. Madrid, 1879.

alude al estado doctrinal y legal que guarda en México el procedimiento penal, y en particular, el tema de la litis cerrada en el proceso penal; el cuarto y último capítulo, se ocupa de la discrepancia que existe entre la Constitución Federal, la ley secundaria y la jurisprudencia, sobre el tema central de esta breve exposición, y de las propuestas para solucionar tal conflicto.

La justicia penal en México atraviesa por una etapa de crisis, que sin duda se debe a la corrupción que impera en los ámbitos de procuración e impartición de justicia. En tal virtud, la impunidad que ha rebasado a la capacidad del Estado para aplicar la ley y hacer justicia, no la debemos imputar a los delincuentes, ni a los indiciados de algún delito o a quienes son procesados penalmente, ni mucho menos, a las garantías del gobernado consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino a los agentes del Ministerio Público y jueces corruptos. ¿Cómo pretendemos que se acabe la delincuencia y la impunidad, si las agencias del Ministerio Público en México son verdaderas escuelas de la corrupción? ¿Cómo pretendemos que se aplique la ley, si los funcionarios encargados de aplicarla son los primeros que la transgreden? El Estado tiene una tarea difícil por delante, en cuanto a profesionalización de sus funcionarios encargados de realizar justicia penal se trata.

Vivimos una época histórica relevante, una época trascendental, pero aciaga, en la que, desde una perspectiva jurídica superficial, parecería injusto y atrevido escribir sobre un tema como el que a continuación tratamos; además, que tratándose de garantías del procesado penalmente, la tendencia de las autoridades mexicanas facultadas para legislar, es, equivocadamente, la de eliminar gradualmente dichos derechos públicos subjetivos, toda vez que, supuestamente, son derechos protectores de delincuentes. Empero, esto es inexacto, pues consideramos que es el momento oportuno en el que los que creemos en la ley, debemos defender y hacer que se respeten, ante todo, nuestras instituciones jurídicas; máxime, cuando éstas son justas y protectoras, no de presuntos criminales, sino de la seguridad jurídica de todo gobernado que enfrente la más grave de las potestades del Estado: la punitiva.

CAPÍTULO PRIMERO

GÉNESIS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

1. La venganza privada.

Toda institución jurídica tiene un origen, el cual es preciso conocer si es que se quiere abordar el estudio de temas relacionados con la misma. El procedimiento penal tiene sus raíces más hondas en lo que conocemos comúnmente como la venganza privada.

La venganza privada es considerada por algunos como una etapa del Derecho Penal, la primera para ser más exactos; empero, hay quienes no le atribuyen tal carácter, y hablan *“de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla...”* (1). Nosotros no hacemos mención de la venganza privada como una etapa del Derecho Penal, sino como un antece-

(1) Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990. p. 25.

dente remoto del procedimiento penal; pero desde luego, no podemos hacer a un lado la importancia que ésta tiene en el ámbito histórico de aquél, ya que la historia del Derecho Penal esta ligada íntimamente con la del procedimiento penal.

Durante este período se observa la falta de autoridad, y como consecuencia de ello, una desorganización social y anarquía política. En efecto, cuando alguien lesionaba la integridad corporal de otra persona, ésta o sus familiares, se vengaban del agresor para reparar el daño u ofensa recibida . Pero al paso del tiempo, las venganzas se volvieron más crueles aún que el daño causado por el agresor, entonces, hubo necesidad de frenar esos abusos y surgieron diversas medidas, inventadas por el hombre mismo, que se aplicaban para remediar los excesos, como lo fue la formula del talión (“ojo por ojo y diente por diente”), que surgió desde luego para moderar los abusos a los que nos hemos referido, inclusive el Código de Hammurabi (S. XXI aJC), acusa esa finalidad, pues esas leyes fueron creadas para evitar el abuso de poder en contra de los débiles, y para proteger a viudas y huérfanos. Así surge el sistema de “composiciones”, la “entrega noxal” y el “asilo”, y comienza a observarse la gestación de un procedimiento, antes de conceder la venganza misma; así *“... se inició la composición mediante verdaderos tratados de paz entre los perseguidores y los perseguidos, composición que fue estimulada y luego impuesta por*

las autoridades comunes; se optó por la entrega noxal, poniendo al individuo responsable de una ofensa en manos del grupo lesionado, a fin de que se realizara la justicia y evitar la persecución y la lucha entre ambas tribus; y se crearon diversos asilos para sustraer a los perseguidos de una venganza ciega y pasional, hasta que autoridades más serenas y juiciosas decidieran si había realmente un culpable.” (2)

En estas condiciones, desde nuestro personal punto de vista, durante esta etapa del Derecho Penal, surgieron procedimientos que más tarde se convertirían en verdaderos procedimientos penales.

2. El procedimiento penal en las civilizaciones antiguas.

De las grandes civilizaciones que surgieron en el llamado “Viejo Mundo”, hubo muchas muy notables en los ámbitos de la ciencia y el arte. Culturas como las de Grecia y Roma, han sido las que ejercieron y ejercen más influencia sobre las distintas ramas del conocimiento contemporáneo. Así, varias son las materias que están

(2) Villalobos, Ignacio. *Op. Cit.* p. 27.

permeadas por esa influencia a que nos hemos referido con antelación, como lo son la filosofía, el derecho , así como manifestaciones artísticas de cualquier índole, etcétera. Fue en aquéllas culturas en donde el procedimiento penal tomó forma y se desarrolló, para más tarde convertirse en una institución del derecho procesal, que en nuestros días se estudia ampliamente.

A) Grecia.

En Grecia, la venganza privada desapareció, o se intentó sustituirla. Así es, Dracón, aquél legislador griego tan famoso por haber dado a Atenas el primer código de leyes escritas y por la severidad que las caracterizaba, fue el arconte que pretendió instituir la sanción pública en substitución de la venganza referida.(3) Después de la incipiente substitución de la venganza privada, se estructuró un procedimiento sencillo en el que predominó la oralidad y la publicidad. La acusación se presentaba por el ofendido o cualquier ciudadano *“ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Heliastas.”* (4)

(3) Se suele decir que esas leyes parecían estar escritas con sangre, precisamente por la severidad que las caracterizaba.

(4) Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997. p.22.

Ofendido y acusado intervenían directamente en el procedimiento, y no estaba permitida la injerencia de personas extrañas a juicio. El ofendido preparaba su defensa por cuenta propia, sin embargo, era permitido que terceros ayudaran al acusado “*en la redacción de las defensas usando de instrumentos que preparaban, llamados ‘logógrafos’.*” (5) Las pruebas ofrecidas por las partes y las alegaciones que hacían, eran analizadas por el tribunal, el cual, dictaba su sentencia ante aquél pueblo que esperaba, según fuera el caso, la absolución o la condena del reo.

B) Roma.

Los romanos desarrollaron una de las culturas más importantes de todos los tiempos; esta aseveración se demuestra en el hecho de que muchas de sus costumbres, prácticas e instituciones, fueron adoptadas por los pueblos que surgieron después de la caída del imperio romano. En el campo del derecho fueron destacados. Hubo juristas romanos que cultivaron esta ciencia y la perfeccionaron, a tal grado, que algunas de las instituciones jurídicas creadas por ellos, pasaron intactas al sistema jurídico de muchos países como el nuestro.

(5) González Bustamante, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. Editorial Pomúa, S.A. México, 1988. p. 10.

En una primera etapa el proceso penal romano fue privado, el juzgador, que era un representante del Estado, resolvía conforme a la exposición que del caso hicieran las partes en conflicto. Al surgimiento de la monarquía, el Rey era la autoridad máxima en materia de procesos penales, y era quien resolvía en definitiva los asuntos sometidos a su consideración.

Posteriormente, se concibió el proceso penal público, ya que el privado entró en una etapa de decadencia, toda vez que el Estado manifestaba interés por intervenir en este tipo de procedimientos, especialmente, cuando se trataba de delitos que perturbaran la paz pública o atentaran contra el régimen político romano imperante en esa época.

“El proceso penal público revestía dos formas fundamentales: la cognitio y la accusatio; la primera la realizaban los subórganos del Estado, y la segunda en ocasiones estaba a cargo de un ciudadano.

“En la cognitio, considerada como la forma más antigua, el Estado ordenaba las investigaciones pertinentes para llegar al conocimiento de la verdad, sin tomar en consideración al procesado, porque

solamente se le daba injerencia después de pronunciado el fallo, para solicitar del pueblo se anulara la sentencia.

“La accusatio surgió en el último siglo de la República y evoluciono las formas anteriores; durante su vigencia, la averiguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un acusator representante de la sociedad, cuyas funciones no eran, propiamente, oficiales; la declaración del derecho era competencia de los comicios, de las cuestiones y de un magistrado.” (6)

No obstante lo anterior, al paso del tiempo, el procedimiento penal en Roma comenzó a tener matices de lo que conocemos hoy como sistema de enjuiciamiento inquisitorio, a consecuencia de la intervención de las autoridades encargadas de resolver esos asuntos penales; ya que *“el magistrado reunió en sus manos las funciones acusadora y jurisdiccional”*(7)

Sin embargo, estas transformaciones que sufrió el proceso penal durante la Monarquía, la República y el Imperio Romano, fueron en aquellas épocas necesarias, y aunque al reo no se le otorgaba nin--

(6) Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* p. 23.

(7) García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989. p. 102.

gún tipo de garantías (salvo el caso de que después de pronunciada la sentencia pudiera pedir al pueblo se anulara, para que posteriormente se dictara otra resolución), empero, se estaba esculpiendo un procedimiento penal más sistematizado y con características propias, diferentes de las del procedimiento civil.

C) Procedimiento penal canónico.

Una de las etapas más terribles del proceso penal, no sólo por los actos y formas que se observaban en él, sino por la calidad espiritual de quienes lo instruían, fue sin duda alguna la que se observó en el procedimiento penal canónico. Así, el Papa Gregorio IX al ver amenazada la supremacía de la Iglesia católica, por ideas o posturas que se consideraban heréticas, fundó una Inquisición en el año 1231; para ello, se sirvió de frailes de las ordenes franciscana y dominica, cuya función sería la de procurar preservar la fe y los dogmas católicos romanos. Sin embargo, es pertinente apuntar, que desde tiempo atrás, la Iglesia ya había manifestado cierta preocupación sobre este respecto; ya que el Papa Lucio III, formuló años antes en 1184, un decreto por el cual *"facultaba a los obispos para que en sus diócesis, enviasen comisarios a que hiciesen pesquisas y entregasen a los herejes al castigo seglar."* (8). No obstante lo anterior, fue hasta

(8) González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.* p. 11.

el Concilio de Tolosa en donde se reglamentó el funcionamiento de la Inquisición episcopal, la cual se integraba por un eclesiástico, quien era designado por un obispo, y por dos personas laicas que se encargaban de la persecución y denuncia de los herejes. Para proceder contra uno de estos individuos, había tres formas de hacerlo: acusación, delación o pesquisa. La acusación era realizada por el fiscal del Santo Oficio, a quien también solía llamársele Promotor fiscal o Procurador. La delación podía realizarla cualquier persona, y esta denuncia era más bien, una obligación que se tenía que cumplir como buen cristiano ; además, dicha denuncia tenía que contener el nombre de quien la hacía, jurando que la misma se realizaba no estando movido por el odio. El maestro Colín Sánchez, refiere que las denuncias debían ir firmadas, hacerse ante escribano y bajo juramento. (9)

Los encargados de hacer las pesquisas, eran las personas laicas a que nos hemos referido. Había dos clases de pesquisa, una llamada general y otra especial; la primera, era realizada periódicamente en las casas de las personas que habitaban determinado poblado, para cerciorarse de que no hubiera herejes escondidos, o para verificar si en esas casas, se practicaban actos o ritos heréticos; y la segunda, se llevaba a cabo en casos muy especiales en los que por cualquier circunstancia, llegara a oídos de los inquisidores algún caso de here-

(9) *Op. Cit.* p. 24.

jía mayor

El proceso era netamente inquisitorio, es decir, predominaban durante el procedimiento la escritura y el secreto, y en el Tribunal se concentraban las facultades acusadora y jurisdiccional. Al comenzar a instruirse esta clase de procedimientos, el reo carecía de defensor, no se le permitía ver, ni se le hacía saber que personas lo habían denunciado, ni tampoco se le daba el nombre de los testigos que habían comparecido al tribunal a rendir sus testimonios en contra de él. Posteriormente se le permitió la defensa, sin embargo, el defensor era dependiente del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, así como también lo era el Promotor fiscal. El Inquisidor gozaba de facultades amplísimas durante todo el procedimiento.

Una de las pruebas más eficaces para formar el criterio del inquisidor, era la confesión, la cual se arrancaba al reo por medio del tormento que se le aplicaba; esta diligencia de tormento duraba aproximadamente una hora y solo se realizaba por una sola vez antes de dictar sentencia definitiva. Las sentencias que dictaba el Tribunal, eran la de "*reconciliación*", y se decretaba cuando el reo confesaba su falta de fe y se mostraba arrepentido, en cuyo caso la pena era de confiscación de bienes y cárcel por un largo periodo o perpetua, según fuera el caso. También se dictaban sentencias de

“relajación”, que eran las más severas, y se pronunciaban en contra de herejes consumados, dicha sentencia consistía en remitir al condenado al brazo seglar para su quema. Por supuesto, también había sentencias de absolución; la de la instancia se daba cuando el Promotor fiscal no aportaba o no reunía pruebas suficientes para condenar al reo, y la del cargo, cuando el reo probaba su inocencia. (10)

Las penas impuestas a los reos condenados, eran sólo el principio de las vejaciones para la familia de éstos, ya que “*pasaba la infamia á las generaciones venideras, hijos y nietos, que desde ese momento quedaban condenados y privados de muchas cosas.*” (11) Se puede decir, que las penas en este tipo de procedimientos, eran trascendentales.

D) Procedimiento penal mixto.

La Constitución Criminalis Carolina de 1532, y la Ordenanza Criminal de Luis XIV, de 1670, implantaron este procedimiento en Alemania y Francia respectivamente, conservando algunos rasgos

(10) Cfr. Riva Palacio, Vicente. *México a Través de los Siglos*. Tomo II, Decimosexta edición, Editorial Cumbre, S.A. México, 1980. p. 421.

(11) *Idem*.

característicos del procedimiento penal de la antigüedad y del canónico, es decir, se matizó por sistemas de enjuiciamiento inquisitorio y acusatorio, ya que, para la realización de los procedimientos sumarios se empleó fundamentalmente la escritura y el secreto; en cambio para los plenarios se usó la oralidad y la publicidad. En cuanto a la valoración de las pruebas, el juez gozaba de libertad absoluta para estos fines; sin embargo, había casos sui generis en donde se tenía que ceñir al régimen legal o tasado.

En la península itálica se implantó el sistema de defensa del reo, así como la intervención de defensores; en el derecho germánico, se observó dentro del procedimiento una ritualidad plena, y el ofendido podía intervenir directamente en éste, a tal grado, que un procedimiento no se iniciaba si el directamente ofendido no lo deseaba. En fin, el objeto de este procedimiento era la composición, a fin de evitar la venganza de la sangre. Por lo que toca a las pruebas, éstas se referían al derecho, y se mostraba mediante el juramento purgatorio y las ordalías. Las funciones del juzgador eran divididas en dos personas, aquel juez que instruía el proceso, no era el mismo que pronunciaba la resolución.

En Francia el procedimiento no era del todo equitativo, toda vez que se inclinaba hacia el sistema de enjuiciamiento inquisitorio; así

es, el juez gozaba de facultades omnímodas, dirigía todas las diligencias, sin oír en defensa al reo, se aplicaba el tormento y se condenaba al acusado en secreto, sin que siquiera conociera el nombre de su acusador.(12)

Es pertinente apuntar, que la Constitución Carolina aportó un gran avance en cuanto a la valoración de las pruebas en el proceso, toda vez que no otorgó a la confesión del reo, el valor probatorio que se le daba en otros procedimientos, ya que la confesión debía ser adminiculada con otras pruebas; circunstancia esta última que no aconteció, por ejemplo, en el procedimiento penal canónico.

E) Procedimiento penal español.

Importantes cuestiones de orden procesal se observan en la legislación española de la Alta Edad Media. (13). No obstante que el procedimiento no fue tan importante como institución jurídica en este período, tuvo cierta trascendencia por los avances que se lograron hacia la civilización del procedimiento penal; cosa que no se dejó ver

(12) González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.* p. 14.

(13) La Edad Media abarcó los años de 476 (caída del imperio romano), a 1453 (renacimiento), y así se habla de Alta y Baja Edad Media; la "Alta" comprendió los primeros siglos de esta etapa histórica, y la "Baja" los últimos.

en otras etapas como la del procedimiento penal canónico, al cual ya nos hemos referido.

“La fusión de los derechos visigodo y romano dio lugar al Fuero Juzgo (663), que destacó algunos derechos humanos, pero al cual la invasión árabe hizo caer prácticamente en desuso.” (14). Dicho ordenamiento contiene disposiciones relativas al enjuiciamiento criminal, desde la acusación hasta la resolución de dichos juicios. *“El título I del libro VI de ese cuerpo normativo, se ocupó de la acusación; establece los requisitos y forma de hacerla; las garantías del acusado frente al acusador y al juez; de la necesidad de la prueba por parte del acusador y sobre la confesión del reo; de los casos en que procede el tormento y del juramento purgatorio del reo cuando no esté probada la acusación ni su inocencia.”*(15). Lo relativo a la acusación contra un homicida, la cual podía ser formulada por el pueblo; el asilo eclesiástico, y las opiniones emitidas por los obispos en asuntos penales, mismas que deberían de tomar en consideración los jueces al emitir sus resoluciones, se regulaban en el título V del cuerpo normativo que nos ocupa.

(14) Silva Silva, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Editorial HARLA. México, 1990. p. 53.

(15) Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* p. 25.

El adelanto del Fuero Juzgo en relación a los derechos de que gozaba el reo, es innegable; en efecto, si se realizaba la aprehensión de cualquier persona, la misma no podía prolongarse por más de un día o una noche, según fuera el caso, sin que dicha persona fuera remitida al juez correspondiente, el cual se avocaría al conocimiento de los hechos delictuosos imputados al reo; así lo prescribía el libro VII, título IV del cuerpo de leyes citado con antelación. Ante todo se busco la ejemplaridad, es decir, si alguien iba a ser juzgado, debía hacerse públicamente y no en secreto. Esta práctica, además de llegar en cierto momento a reprimir a los individuos a cometer ilícitos penales, también provocó que se creara el derecho del reo a ser juzgado en presencia de las personas que quisieran asistir a las diversas diligencias que se realizaban con motivo del procedimiento.

Otro ordenamiento que reguló cuestiones referentes al procedimiento penal en España, fueron las Siete Partidas hacia el año de 1258; éstas fueron obra de Alfonso X, conocido comunmente como Alfonso el "Sabio". Sin embargo, al igual que en el Fuero Juzgo, llegó un momento en que se convirtieron obsoletas. No obstante ello, ese cuerpo de leyes fueron derecho vigente en México, aún después de la independencia; sobre todo en lo relativo al derecho civil. La partida séptima, en sus títulos I y II, hace alusión a la acusación, sus formas, utilidad, quien la puede formular y contra quien; en otros títulos diferentes de esta verdadera enciclopedia

jurídica, “se reglamentan diversos aspectos del procedimiento, entre otros: el de los errores por los que pueden ser acusados los menores de edad ; el hecho de que aquél que es absuelto, una vez, por juicio acabado del error que hizo, no lo pueden acusar nuevamente; el deber del juez de escoger a un solo acusador cuando muchos quisieran acusar a alguien de algún delito; la obligación de presentar por escrito la acusación , conteniendo el nombre del acusador y del acusado, el del juez ante quien se hace, el delito, el lugar, el mes y el año; el deber del juzgador de recibir la acusación, tomando al acusador ‘la jura de que no se mueve maliciosamente’ y ‘emplazar al acusado dándole traslado de la demanda’, señalándose un plazo de veinte días para que responda; la obligación del juez de examinar las pruebas con cuidado; si éstas no atestiguan claramente el hecho y si el acusado es hombre de buena fama, debe ser absuelto; en caso contrario, si de las pruebas se desprendía algún indicio, el juez podía hacerlo atormentar para conocer la verdad.” (16)

La acusación, desde nuestro particular punto de vista, era el género, porque aún cuando no se mencionan en los títulos XVII al XXIII, XXVI y XXVII, el nombre específico de querrela, sí se hace referencia a las personas que específicamente pueden hacer la “acusación”, tratándose de los diversos delitos que ahí se prescriben; en efecto, si una persona cometía alguno de los delitos antes citados,

(16) *Ibidem*, p. 26.

y era preciso, para que las autoridades se avocaran a la persecución del presunto delincuente, existiera "acusación" por parte del ofendido, es inconcuso que eso era lo que ahora conocemos técnicamente con el nombre de querrela, así es, cumpliéndose el requisito de procedibilidad, se perseguía al delincuente.

Respecto a cuestiones competenciales, también se ocupó este cuerpo normativo; el juez que podía conocer de los hechos era aquél del lugar en donde se cometiera el delito, sin embargo, en caso de que el delincuente huyera, entonces podía juzgarlo el juez del lugar donde se le encontrara, aunque el reo perteneciera o viniera de diverso sitio. De la misma manera, la acusación podía hacerse ante el juez donde el delincuente tuviera la mayor parte de sus bienes. También se crearon formas para que el reo fuera remitido al juez ante quien inicialmente había sido acusado; así es, cuando acontecía la anterior circunstancia, se giraba una carta al juez del lugar donde lo hubiesen aprehendido, haciendo de su conocimiento que a la persona que estaba juzgando, ya se le había iniciado un juicio ante el juez que enviaba la misiva, entonces dicho juez, remitía sin demora al delincuente para que fuera juzgado por quien lo había requerido; así lo dispuso el título XXIX.

El Fuero Viejo de Castilla, que data de la Baja Edad Media, también se ocupó del procedimiento penal en general; acusaciones, pesquisas, personas en cargadas de escudriñar la verdad de los hechos, etcétera.

La Nueva y la Novísima recopilación de las leyes de España, esta última de 1805, regularon aspectos del enjuiciamiento penal, tales como la organización, funcionamiento e integración de la jurisdicción eclesiástica; facultades del Supremo Consejo de Castilla, así como de las Salas de la Corte y sus Alcaldes y procedimientos que debían observarse ante ellos.

3. El procedimiento penal en México antes de su independencia.

Al igual que del otro lado del océano Atlántico, en América, y más concretamente en lo que ahora es el territorio de nuestro país; florecieron civilizaciones tan avanzadas o más, como cualquiera de aquéllas a que nos hemos referido en puntos anteriores, principalmente en lo que respecta a las ciencias, el arte, y por supuesto al sistema jurídico. Quizás, muchas de sus instituciones

jurídicas no pasaron a nuestro derecho como las del romano, pero no por ese hecho dejan de ser importantes y por ello dignas de mencionarse.

El procedimiento penal, al igual que el derecho penal, dice el maestro Colín Sánchez, son un "*producto social*", y por ello, en todo lugar donde haya un agrupamiento de seres humanos, surge espontáneamente la idea de crear un sistema jurídico que garantice el orden social y la paz pública. Pues bien, el derecho penal sustantivo y el procedimiento para aplicarlo, son una herramienta eficaz para alcanzar los objetivos que hemos mencionado. Por lo tanto, en las civilizaciones que surgieron en la meseta central de nuestro país y en la península de Yucatán, no podían faltar estas dos instituciones, que estuvieron vigentes hasta la llegada de los españoles al continente Americano. Los temas que se exponen a continuación, tratan del procedimiento penal que se observó en nuestro país, durante la época precolombina y hasta la independencia.

A) Los Aztecas.

Fueron un pueblo no muy numeroso de guerreros, que según las leyendas y la historia, vinieron de Aztlán (lugar de garzas), y se

asentaron en el valle de Anáhuac, lugar en el que en 1325, fundaron la Gran Tenochtitlán; dominaron en poco tiempo a los pobladores de aquella región, ya que eran poseedores de una gran organización y espíritu de conquista. Herederos principalmente de la cultura Tolteca, desarrollaron la más importante civilización que se conoció en esas épocas. Como consecuencia de lo anterior, y a medida que crecía su pueblo, también crecieron sus instituciones, entre ellas las jurídicas, a grado tal, que dicho *“pueblo fue no sólo el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles.”* (17)

Así las cosas, en el campo procesal penal estructuraron su propio sistema de enjuiciamiento criminal. La autoridad judicial la ejercían los jueces, los magistrados y el monarca; este último era la máxima autoridad en materia penal; sin embargo, tomando en cuenta su alta investidura, tenía facultades para designar a un magistrado supremo, y éste a su vez, nombraba a un magistrado regional para que se ocupara de los asuntos que surgían en las diversas ciudades del reino que estuvieran pobladas por un importante número de habitantes. Este magistrado regional, tenía facultades para designar jueces menores, que conocían individualmente de delitos leves o no

(17) Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992. p. 41.

graves, que se cometían en un determinado barrio; empero, tratándose de delitos graves, se constituían una especie de tribunales especiales de tribunales colegiados. Dichos tribunales, se integraban por los jueces que designaba el magistrado regional . Ahora bien, la función jurisdiccional del magistrado supremo y del regional, se circunscribía primordialmente, a conocer de las apelaciones en materia penal, pero también podían sentenciar a los reos de delitos graves; en estos casos, al principio *“los jueces menores, iniciaban las actuaciones procedentes, efectuaban la aprehensión de los delincuentes, instruían el proceso en forma sumaria y el magistrado supremo era quien decidía en definitiva.”*(18) En cuanto a los delitos graves entre el pueblo azteca, Castellanos Tena, basándose en la investigación de Carlos H. Alba sobre este tópico, cita los siguientes: *“Entre los Delitos contra la seguridad del Imperio figura: ‘A los nobles o plebeyos que cometan el delito de traición al soberano se les castigara con el descuartizamiento en vida, confiscación de bienes, demolición de su casa y esclavitud para sus hijos.’ Como ejemplo de delito Contra la Moral Pública podemos citar el siguiente: ‘Los hombres homosexuales serán castigados con la muerte. El sujeto activo será empalado, y al pasivo se le extraerán las entrañas por el orificio anal. A las mujeres homosexuales se les aplicará la pena de muerte por garrote.’ Dentro del título Delitos contra el Orden de las Familias se lee: ‘El que injurie, amenace o golpee a su padre o a su madre será castigado con la pena de muer-*

(18) Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* p. 28.

te y se le considerará como indigno de heredar, por lo que sus descendientes no podrán suceder a sus abuelos en los bienes de éstos.' (...)" (19)

No obstante lo anterior, en este tipo de asuntos, el fallo que emitían el magistrado supremo o en su caso el regional, podía ser recurrido en apelación ante la máxima autoridad judicial del reino, quien con la ayuda de otros jueces o nobles, dictaba su resolución; la cual, era inatacable.

El procedimiento penal entre los aztecas, no precisaba para su iniciación la noticia criminal que se hiciera a la autoridad judicial, sino que por el simple hecho de que dichas autoridades tuvieran conocimiento de la comisión de un delito, oficiosamente se avocaban a las investigaciones respectivas. Sin embargo, los habitantes de aquellos barrios, podían presentar su acusación ante las citadas autoridades, acompañada de las pruebas que la apoyaran. Los procesados a su vez, gozaban del derecho de nombrar defensor o tomar su defensa por su cuenta; en el segundo de los casos, eran asistidos por los llamados tepantlatoani o tlanemiliano, que eran una especie de representantes. En cuanto a los medios de prueba empleados en el proceso, se admitían las siguientes: confesional

(19) *Op. Cit.* p. 43.

(prueba que en algunos casos, verbigracia, tratándose de delitos como el adulterio o cuando había sospecha de la comisión de delito diverso por el que se procesaba, se permitía arrancarla por medio del tormento.); testimonial, que en este tipo de procesos era asaz importante; la documental, careos y los indicios, que eran una especie de prueba presuncional humana.

Los procesos no eran engorrosos, y por lo mismo no se dilataban, ya que la sentencia se dictaba en un plazo de ochenta días. En este apartado es preciso aclarar, que existían tribunales especializados para delitos en materia militar; y esto se comprende, si tomamos en cuenta que los aztecas eran un pueblo netamente guerrero.

B) Los Mayas.

Esta civilización cuyos orígenes se remontan 300 años aJC, se extendió por la península de Yucatán, Guatemala y parte de Honduras. Se distingue por su avanzada cultura, en cuanto que desarrollaron su propia escritura jeroglífica, que ninguna civilización de América pudo desarrollar; además, también es notable el conocimiento que alcanzaron sobre las matemáticas, astronomía y arquitectura. Su sistema jurídico, y en especial el jurídico penal, era

similar al de los aztecas, principalmente por lo que se refiere a la severidad de las leyes penales y a las instituciones que se protegían a través de ellas, como lo fueron el orden social, la familia, tribu o ciudad-estado.

Según Colín Sánchez,(20) la jurisdicción residía en el Ahau o Ahaw, (21) quien a su vez podía delegar esa jurisdicción en los batabs (príncipe o cacique); por ello, es comprensible que este último, solo tuviera o ejerciera su jurisdicción en el área geográfica de su cacicazgo, contrariamente a la del Ahaw, que comprendía todo el reino. Se castigaba duramente el adulterio, el homicidio, la traición a los “señores”, la corrupción de doncella, acometer o forzar a las mujeres y a quién causara voluntariamente el incendio, pues dichos delitos ameritaban pena de muerte; así es, dicha pena se aplicaba, por ejemplo, de la siguiente manera: al adúltero atándolo a un palo, le dejaban caer una piedra sobre la cabeza; al homicida, le clavaban estacas hasta que muriera.

Las audiencias eran públicas; en el proceso se admitían como pruebas la confesión, el testimonio, y la presuncional, pues se tiene noticia de que “al sospechoso de adulterio, aunque no se le probase,

(20) *Op. Cit.* p. 29.

(21) Ahaw, es una palabra o término maya cuyo significado es “rey” o “señor”; en esta cultura dicho individuo ocupaba la cúspide de la jerarquía social y detentaba no sólo el poder político, sino también el religioso.

le ataban las manos por detrás varias horas ó varios días, según el caso, ó lo desnudaban ó le cortaban los cabellos, que era grave afrenta.” (22). Es pertinente acotar, que el proceso se desarrollaba en una sola instancia, por lo que los fallos eran inapelables.

C) Epoca colonial.

Con la llegada de los españoles a tierras americanas, se inicio el fin de muchas de las costumbres, religión, instituciones, etcétera, de los pueblos que habitaban dicho continente; y sus leyes no podían ser la excepción, toda vez que también éstas, prácticamente se fueron abrogando poco a poco, a medida que se consumaba la dominación española. Como consecuencia de ello, se hizo necesario por parte de los conquistadores, traer e implantar su derecho a las nuevas colonias del Reino. Así las cosas, rigieron en nuestro país durante esta época, diversas disposiciones creadas por los españoles, aunque algunas de ellas conservaran o adoptaran ciertas costumbres indígenas.

Se aplicaron en la Nueva España, fundamentalmente las Siete Partidas de Alfonso X, “El Sabio” (1252-1284), mismas que estable-

(22) Chavero, Alfredo. *México a Través de los Siglos*. Tomo I, Decimosexta edición. Editorial Cumbre, S.A. México, 1980. p. 353.

cían el procedimiento penal conforme al esquema del sistema de enjuiciamiento inquisitorio; la Recopilación de las Leyes de Indias, que fue creada por orden de Felipe II, y que tuvo aplicación en la Nueva España en el año de 1680 por determinación de Carlos II; la Novísima Recopilación; la Real Ordenanza de Intendentes, sancionada bajo el reinado de Carlos III en 1786; etcétera. Empero, decíamos que se conservaron ciertos usos y costumbres indígenas, en algunos de estos ordenamientos legislativos, porque no obstante que eran diversos, no alcanzaban a prever el gran número de conflictos que surgieron con el crecimiento y consolidación de la conquista; luego, se decidió conservar y aplicar las leyes de los indígenas, en lo que no se opusieran a las leyes españolas. Al conjunto de las leyes citadas con antelación se le suele llamar Derecho Indiano, que en realidad es una mezcla de leyes hispanas con las de los pueblos originarios del continente americano. La idea de seguir aplicando los usos y costumbres de los indígenas, en aquello que no se opusieran a las leyes de Reino de España, surgió por los abusos que cometían las autoridades de la época que nos ocupa, al aplicar arbitrariamente a los naturales de las tierras descubiertas, cualquiera de las disposiciones a que nos hemos referido con antelación. Sin embargo, a medida que se fue consolidando la conquista, también se fueron implantando de una manera más institucional algunos tribunales en los que se dio paso al desarrollo de un procedimiento penal más formal, que en el nuevo continente se desconocía.

a) Funcionarios con atribuciones legales para perseguir a los delincuentes.

Una vez realizada la conquista de los pueblos que habitaban tierras americanas, se hizo necesario implantar una estructura gubernamental que administrara todo lo relativo al gobierno de aquellas regiones, así como lo relativo a la justicia. Como es sabido, el virrey era la autoridad máxima en la Nueva España, después del monarca español; así, dicho funcionario tenía participación en los procesos penales que se instruyeron en aquella época; y esto se entiende fácilmente, si tomamos en cuenta su alta investidura, pues era quien representaba al Rey en el Nuevo Mundo. Este funcionario, en ejercicio de todas las atribuciones con las que contaba para gobernar los territorios conquistados, y dado su poder político, también designaba a su vez a otros altos funcionarios; verbigracia, los Gobernadores, quienes se encargaban, además de los asuntos relativos a su gobierno, de la administración de justicia en la circunscripción territorial que les había sido asignada para gobernar; los Corregidores, quienes se encargaban en general de cuidar el orden en el Distrito que les había sido asignado por el Virrey, por ello, tenían la responsabilidad de administrar justicia a quienes habitaban en dicho Distrito, gozando además de facultades para emitir disposiciones tendentes a normativizar legalmente su actuación, en beneficio de un buen gobierno; amén de que para el logro de los

objetivos encomendados, contaban con Alcaldes que los auxiliaban en funciones tanto administrativas como judiciales.

b) Designación de funcionarios indios.

Es raro escuchar que a los indígenas se les tomara en cuenta para participar en el gobierno de los conquistadores españoles, dado que por mucho tiempo se consideró que los indios no tenían alma, es decir, eran entes sin espíritu, que no merecían participar en ninguna actividad administrativa que fuera ejercida por los españoles, es más, ni siquiera se les consideraba como personas, y aunado a lo anterior, habría que agregar las circunstancias políticas, que obligaban a los monarcas españoles a designar a toda su clientela, para ocupar los cargos importantes en el gobierno de las colonias del Nuevo Mundo. Empero, "fue hasta el 9 de octubre de 1549, cuando una cédula real ordenó que se hiciera una selección entre los indios para que desempeñaran los cargos de: alcaldes, jueces, regidores, alguaciles, escribanos, etcétera, especificándose que la justicia se impartiría de acuerdo a los usos y costumbres que habían gobernado su vida."

(23)

(23) Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* p. 36.

De lo anterior se desprende, que a los citados funcionarios indios, se les designaba con el fin de que no se alterara la administración de justicia por ellos practicada; aunque de cualquier manera estaban supeditados a la autoridad española, ya que en última instancia era a éstas a quien correspondía conocer e instruir los procesos importantes.

c) Real Ordenanza para el establecimiento e institución de Intendentes del Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España.

Durante el reinado de Carlos III, hacia 1786, se expidió por orden del mismo, la ordenanza que nos ocupa; la cual vino a desplazar a los indios que habían sido seleccionados para participar en la administración de justicia en la Nueva España. Con la creación de estos nuevos cargos, los Intendentes serían quienes se encargaran de impartir justicia en los territorios conquistados, tanto en materia civil, como penal; reservándose para ellos, el dictar las sentencias de los casos que sometieran a su consideración los subdelegados, ya que estos últimos funcionarios, realizaban las investigaciones de los hechos presuntamente delictuosos, así como la instrucción de los procesos correspondientes. (24)

(24) *Ibidem*, p. 37.

d) El Tribunal de la Inquisición.

Ante este órgano jurisdiccional, se desarrolló un enjuiciamiento criminal formal y uniforme; sin embargo, este hecho no deja de representar históricamente, una de las etapas más espeluznantes por las que atravesó el procedimiento penal. Algunos historiadores atribuyen la creación de este terrible tribunal, a la necesidad de conservar la unidad de la fe católica, frente a los luteranos, moros, judíos y albigences que existían en Europa. Por ello, como se ha mencionado con antelación, el Papa Gregorio IX fundó una Inquisición monástica en 1231, no obstante lo anterior, ya desde el siglo XII se había facultado a los obispos, para que persiguieran a los herejes que surgieran en sus diócesis. Este tipo de inquisiciones son conocidas como episcopales, a diferencia de la que en el Siglo XV se fundó en España, ya que en la península, tuvo el carácter de una Institución Nacional. Así es, el Papa Sixto IV, en el año de 1478, autorizó a la Reina Isabel, se estableciera en su país una Inquisición nacional. (25)

Fue realmente en la época del reinado de los Reyes Católicos, cuando surgió la necesidad de establecer en España una inquisición

(25) Greenleaf, Richard E. *Zumárraga y la Inquisición Mexicana, 1536-1543*. Primera reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, 1992. p. 12.

con el carácter de Institución Nacional, cuyo objeto fundamental era que se conservara la unidad espiritual en aquel país. Empero, hay quienes afirman que la creación del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, se debió a la ambición tanto de la Iglesia, como de los Reyes, de afianzar aún más su poder, sembrando el terror entre los súbditos que se encontraban inermes ante el poder abrumador de los funcionarios que integraban dicho órgano; además, debemos tomar seriamente en consideración esta teoría, ya que una de las primeras sanciones que se imponían a quién era acusado ante la Inquisición, fue la de confiscación de todos sus bienes, mismos que iban a parar directamente a las arcas reales.

Independientemente de los orígenes y los motivos por los que se creó el Santo Oficio, lo cierto es que tomando en consideración que la mayoría de las tierras americanas habían sido descubiertas por los españoles, lo lógico era que en ellas se implantaran dichos tribunales, ya que el Papa Alejandro VI, en virtud de la bula *Inter Caetera*, otorgó a España y Portugal dominio sobre aquellas tierras. Lo anterior es fácil de comprender, si tomamos en cuenta que el mencionado Papa Alejandro VI (Rodrigo de Borgia), era valenciano, y por ello convirtió a la Reina Isabel de Castilla en dueña y señora del Nuevo Mundo.

Ahora bien, aunque a fray Juan de Zumárraga, de la orden franciscana, se le había otorgado en 1535 el cargo de inquisidor apostólico en México, por orden de Alonso de Manrique, inquisidor general de Sevilla, e inclusive se le facultó para que estableciera un Tribunal de la Inquisición, y que así lo hizo, llevándose a cabo la instrucción de muchos procesos, no fue sino hasta el mes de noviembre de 1571, cuando se fundó en México el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición. Los anteriores acontecimientos, tuvieron su origen en las constantes peticiones de los súbditos del Nuevo Mundo, para que se fundara dicho tribunal en esas tierras, mismas que obligaron a Felipe II autorizara la creación del multicitado tribunal. El primer inquisidor general de México, fue el doctor Pedro Moya de Contreras, nombrado por el inquisidor general de España, don Diego de Espinoza, cardenal obispo de Sigüenza. No obstante lo anterior, cabe aclarar que desde que llegaron los conquistadores españoles a México, acompañados de frailes de la orden de San Francisco, éstos poseían facultades inquisitoriales. (26)

El tribunal se integró por los inquisidores, secretarios, consultores, calificadores, comisarios, promotor fiscal, abogados defensores, receptor y tesorero, familiares, notarios, escribanos, alguaciles, alcaides e interpretes.

(26) Greenleaf, Richard E. *Op. Cit.* p. 16.

Todos los procesos que instruía el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, giraban en la órbita de la piedra angular del funcionamiento del citado tribunal: el secreto. En efecto, el secreto *“era el alma, el resorte, el nervio poderoso de la Inquisición; nada de lo que allí pasaba debía saberse ni revelarse por ninguno, ni inquisidor, ni ministro, ni familiar, ni reo.”* (27)

Quién era sometido a proceso por el Tribunal de la Inquisición, no gozaba de garantía alguna; al reo se le encarcelaba e incomunicaba, no se le daba a conocer el nombre de su acusador, ni de los testigos que depusieran en su contra, no sabía por qué causas había sido aprehendido, ni la naturaleza de la acusación, sino que se le interrogaba para que dijera si sabía la causa por la que estaba en calidad de reo; de no hacerlo, se le sometía a tormento, previa sentencia que así lo ordenara. La sentencia antes aludida, podemos decir que era una especie de resolución incidental dentro del proceso principal. En cumplimiento a la referida sentencia, se llevaba inexorablemente a cabo la terrible diligencia de tormento, misma que se dice sólo se aplicaba en casos graves, pero que sin embargo, no pocos fueron los que perdieron la vida en el desarrollo de misma; claro está, sin responsabilidad para el Santo Oficio, ya que los reos eran quienes tenían la culpa de lo que les sucediera en la citada diligencia, por no haber confesado sus delitos de herejía.

(27) Riva Palacio, Vicente. *Op. Cit.* p. 410.

El desarrollo del proceso, era un combate entre la figura magnífica y brillante del promotor fiscal de la Inquisición empuñando la cruz, y el reo triste e infeliz, que estaba ciego ante las acusaciones que se le imputaban. El abogado defensor poco o nada podía hacer, ya que cuando pretendía sacar a flote a su defenso presentando pruebas de su inocencia, bastaba que las acusaciones ya las hubiera probado antes el promotor fiscal, para que el tribunal desechara dichas probanzas. Su papel más bien era el de administrador de los bienes confiscados al reo. Los procesos seguían en todo caso las *Instrucciones* de fray Tomas de Torquemada, quien fue el primer inquisidor general de España.

El Tribunal de la Inquisición nunca quemó directamente a persona alguna, sino que la remitían al brazo secular para que se aplicara el castigo. En efecto, cuando se dictaba la sentencia de relajación por el tribunal, se hacía mención de que la persona que había sido condenada, se remitía a las autoridades ordinarias del lugar, como podría haber sido ante el Corregidor de un Distrito, encargándole que tuviera compasión y piedad del reo que le era remitido por la Inquisición; recomendaciones o encargos que eran netamente hipócritas, ya que si el tribunal lo remitía al brazo seglar, era para que el reo fuera quemado vivo o muerto, según fuera el caso, y es entonces que las autoridades ordinarias, atentos a la sentencia de relajación, dictaban otro acuerdo por el que se determinaba fuera

remitido el reo al verdugo, para que este último ejecutara la sentencia en el quemadero respectivo. Se dice que el quemadero de la ciudad de México, se encontraba en la parte oriente de lo que ahora es la alameda central.

Ante el miedo de ser sometidos a la jurisdicción del Tribunal de la Inquisición, muchos pretendían formar parte del mismo; sin embargo, necesitaban acreditar fehacientemente la limpieza de su sangre, es decir, quién deseara pertenecer al Santo Oficio, debía acreditar que era descendiente de católicos, y no de moros o judíos. A estas personas se les dio en llamar “familiares” de la inquisición, cuya función primordial era la de informar al tribunal, todo lo relacionado con las causas que instruía.

El principio del fin del Tribunal de la Inquisición lo marcaron las Cortes de Cádiz en 1813, ya que en ese año, se ordenó la supresión del citado tribunal en México; sin embargo, Fernando VII lo estableció nuevamente en el año de 1814, y fue hasta 1820 cuando se suprimió definitivamente.(28)

(28) Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* p. 43.

e) La Audiencia.

El 6 de diciembre de 1528, llegaron a Veracruz los primeros "oidores" del Tribunal de la Audiencia de la ciudad de México; licenciados Matienzo, Delgadillo, Parada y Maldonado, quienes deberían reunirse en dicha ciudad, con quien sería el presidente del citado tribunal, Nuño de Guzmán. La llegada de estos funcionarios en la fecha antes indicada, se entiende si tomamos en consideración que en el año de 1527, se comenzó a vislumbrar la creación de disposiciones diversas, tendentes a integrar dicho tribunal.

Se dice que los primeros oidores, tenían instrucciones reales de que a su llegada sujetaran a juicio de residencia tanto a Hernán Cortés, como a sus colaboradores más allegados. Empero, la creación de este tribunal, tuvo por objeto principal consolidar el dominio de los Reyes españoles en el Nuevo Mundo, ya que supuestamente funcionó como un órgano de administración de justicia y de control de los actos de las autoridades administrativas; además de ser un tribunal con funciones legislativas y de consulta del Virrey. De hecho era tal su importancia, que aunque en cuestiones de fe no tenían injerencia, los oidores eran invitados a los "autos de fe" celebrados por el Tribunal del Santo Oficio de la

Inquisición. (29)

La conquista nos trajo el conocimiento de civilizaciones europeas, pero también trajo las miserias y vilezas de los conquistadores, abarcando en esta acepción, a todos los funcionarios encargados del gobierno de la Nueva España. Así es, el Rey de España no era ajeno a esta situación, y junto con la llegada de los primeros oidores, llegó también fray Juan de Zumárraga, quien entre otros encargos, tenía la misión encomendada por el monarca español, de proteger a los "indios" que habitaban la colonia española. De las cartas que el obispo Zumárraga enviaba al Rey, se aprecia claramente que no sólo se cometían todo tipo de abusos por los conquistadores en contra de los naturales de tierras americanas, sino que también, los mismos oidores que supuestamente se habían enviado para frenar abusos, administrar justicia y controlar la actuación de autoridades administrativas, cometían diversas vejaciones y ultrajes indecibles, en contra de los indígenas. De lo anterior se desprende, que los propios oidores eran un atajo de vandidos, con mentalidades envilecidas y corrompidas por el poder que les otorgaba su alta investidura. Y a pesar de esto, hay algunos "mexicanos" (descendientes de españoles), que poseen la suficiente imprudencia,

(29) Los "autos de fe", eran ceremonias organizadas por el Tribunal de la Inquisición, rodeadas con todos los lujos que se podían emplear, ésto para demostrar el poder del tribunal citado con antelación, en las cuales se leían las sentencias de los reos reconciliados y también de los que eran relajados; además, en dicha ceremonia, todos los presentes pronunciaban el juramento de fe, es decir, juraban fidelidad a la Santa Iglesia Católica.

para decir que los españoles vinieron a civilizarnos; como si los abusos que cometieron sus ascendientes, fueran dignos de calificarlos como actos de seres pertenecientes a una verdadera civilización.

En fin, la audiencia en sus inicios se integró por cuatro oidores y un presidente, aunque posteriormente el Virrey de la Nueva España formó parte de dicho tribunal, teniendo el cargo de presidente del mismo, al lado de ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen, dos fiscales, un alguacil mayor y otros funcionarios. Los oidores instruían los procesos hasta dictar sentencia; sin embargo, tratándose de asuntos relacionados con el Virrey, se inhibían para conocer lo relacionado con dichas causas. Los alcaldes del crimen conocían de asuntos en materia criminal en ambas instancias, pues llegaron al extremo de resolver hasta las apelaciones, lo cual dio lugar a que en 1568, se prohibiera tanto a oidores como a los alcaldes del crimen, se avocaran al conocimiento de esos asuntos. (30)

La jurisdicción del Tribunal de la Audiencia, abarcó a la Nueva España, y en un principio se instalaron a saber, dos tribunales de este tipo, uno en la ciudad de México y otro en Guadalajara; sin embargo, a la víspera del S. XIX, ya había instalados tribunales de la

(30) Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* pp. 44 y 45.

Audiencia, en las principales ciudades del Nuevo Mundo.

f) Juicio de Residencia en el Derecho Indiano.

Este tipo de juicio era procedente en contra de todo tipo de autoridades, desde el Virrey, hasta las autoridades más ínfimas de la Nueva España; conocían de estos juicios los integrantes del Tribunal de la Audiencia, debiéndose ceñir a lo dispuesto en las Leyes de Indias. El primer juicio que se instruyó por la audiencia de la ciudad de México, fue el que se siguió en contra de Hernán Cortés, y sus más allegados colaboradores; el edicto de residencia es del tenor literal siguiente: "Sepan todos los vecinos e moradores desta gran Cibdad de Temixtlán -México- desta Nueva España, como el muy magnífico señor Nuño de Guzmán, Gobernador e Capitan General de la Provincia de Pánuco, e Victoria Garayana, Presidente desta Abdiencia e Chancillería Real de su Magestad que reside en estas partes; e los magnánimos Señores el Licenciado Xoan Ortiz de Matienzo y el Licenciado Diego Delgadillo, Oidores de la dicha Cibdad e Chancillería Real, an de tomar por mandado de su Magestad, rresidencia por término de noventa dias á Don Hernando Cortés, Gobernador e Capitan General que fué desta Nueva España e á sus Alcaldes Mayores e Tenientes, ansí desta dicha Cibdad como de las otras cibdades, villas e lugares desta Nueva España, e á todas

las otras Xusticias Mayores e Menores della; e ansí mesmo al Thesorero Alonso Destrada, del tiempo que tovo la gobernación desta dicha Nueva España, e á sus Alcaldes Mayores e Lugares Tinientes, e al Gobernador Rodrigo de Albornoz, e á Gonzalo de Salazar, Factor de su Magestad, e á Pedro Armildez Cherino, Veedor de fundiciones, del tiempo que cada uno dellos gobernó esta dicha Nueva España, e á sus Alcaldes e Lugares Tinientes; por tanto si alguna persona quisiere pedir ó demandar a los dichos Don Hernando Cortés e á los dichos Oficiales de su Magestad ó á quien dellos ó á sus Lugares Tinientes ó á otra qualquier Xusticia, alguna cosa ó dellos ó á qualquier dellos obiese alguna fuerza ó agravio ó sin xusticia vengan ante los dichos Señores Presidente e Oidores desta Real Abdiencia á lo pedir e demandar que allí serán oydos e les será fecho cumplimiento de xosticia con tanto que vengan dentro del dicho término de los dichos noventa dias con apercebimiento que pasado el dicho término no serán oydos por via de residencia. E porque vengan á noticia de todos, mandóse a pregonar públicamente.- Lo qual se pregonó segun dicho es en la plaza pública desta cibdad por voz de Francisco Gonzalez en presencia de mi el dicho Secretario henaz de mucha gente que ende estaba presente,” Este documento aparece citado en la obra de Don Vicente Riva Palacio.(31)

(31) *Op. Cit.* pp. 165 y 166.

Como puede observarse, es inconcuso que dentro de un determinado plazo debían presentarse las demandas, denuncias o querellas que se tuvieran en contra del funcionario sujeto a juicio de residencia.

Una vez pregonado el edicto, el juez residencial comenzaba a recibir las diversas demandas contra el funcionario que estaba siendo procesado, y como poseía todo tipo de facultades, se avocaba a revisar los documentos en los cuales constara la actuación del residenciado como autoridad administrativa o judicial, con el objeto de comprobar si los hechos que se le imputaban eran ciertos. Hecho lo anterior, comunicaba al residenciado los cargos por los que era acusado, a fin de que respondiera a los mismos. Una vez realizadas todas las diligencias necesarias, las cuales se procuraba fueran hechas con rapidez, y formulada la defensa del procesado, el juez dictaba sentencia, misma que podía ser recurrida ante el Consejo de Indias, que era un tribunal que se creó por Fernando el Católico, para que se ocupase de los negocios relativos a la administración de justicia en el Nuevo Mundo; sin embargo, el maestro Colín Sánchez, refiere que debido a los peligros que corría la documentación al enviarse a España, y el tiempo que tardaba en recibirse, en el año de 1542, se acordó que sólo tratándose de juicios en contra de gobernadores e integrantes de las Audiencias, se tendría que remitir

el recurso al citado Consejo de Indias; en todos los demás casos, la Audiencia respectiva podía resolver la segunda instancia. (32)

No obstante lo anterior, y dada la calidad moral de los oidores, éstos nombraban como jueces residenciales, a cualquier payo sin escrúpulos del cual hubieran recibido algún favor; por lo tanto, dicho juicio tuvo en realidad poca trascendencia, pues a excepción del que se siguió en contra de Hernán Cortés, no se tiene noticia de otro de la misma importancia, y esto se comprende si tomamos en consideración, la influencia que tenían el Virrey, los oidores y demás altos funcionarios, ante el monarca español. Por lo demás, a quién se probaran los cargos que se le habían imputado, se les podía aplicar como sanción una multa, o la inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar cargos públicos, inclusive el destierro, aunque estas penas se imponían a funcionarios de importancia menor; era algo muy parecido a lo que sucede en la actualidad en nuestro país.

g) Tribunal de la Acordada.

Quizás una de las desgracias de la conquista española en tierras americanas, fue el hecho de que al Nuevo Mundo arribaron, en gran

(32) *Op. Cit.* p. 48.

parte, toda clase de vagabundos y malvivientes provenientes de Europa, puesto que se les presentó la oportunidad de comenzar una nueva vida en las tierras recién descubiertas. Como consecuencia de lo anterior, y además la ociosidad de la gente imperante en aquellas épocas, generó que aumentara la delincuencia en los caminos y poblaciones de la Nueva España. No había seguridad para los viajeros que transitaban por los caminos de la colonia, ya que eran bien frecuentes los asaltos y hasta los homicidios en esos lugares, lo cual provocó que los propios viajeros combatieran por si mismos la delincuencia, aunque más que combatirla, lo hacían para defenderse de los ataques de que eran presa.

En tales circunstancias, y dado que no había autoridades suficientes en las poblaciones lejanas para perseguir debidamente a los delincuentes, la Real Audiencia, ejerciendo sus facultades legislativas, esto último, cuando era presidida por el Virrey, mediante un "auto acordado", el cual tenía el carácter de ley, determinó la creación del Tribunal de la Acordada (de ahí el nombre de este tribunal), para hacer frente al problema social que era ya casi aterrador. Una de las características principales de este tribunal, era que no tenía sede fija, sino que más bien era ambulante, lo cual reportaba grandes ventajas, pues se facilitaba la persecución de los delincuentes en diversos lugares y poblaciones.

Los funcionarios de este tribunal, lo fueron un juez, comisarios y escribanos. Poseían amplias facultades jurisdiccionales, pues eran necesarias a fin de no obstaculizar la realización de la justicia. Además, es importante señalar que toda autoridad en la Nueva España, estaba obligada a prestar a los funcionarios de dicho tribunal, toda clase de facilidades para hacer frente a la delincuencia.

El procedimiento que instruía el juez de La Acordada era sumarísimo, ya que era preciso se avocara de inmediato al conocimiento de muchos otros hechos delictivos. Una vez dictada la sentencia, la misma se ejecutaba en el acto. Como medida de ejemplaridad para otros malhechores, cuando a un delincuente se le condenaba a pena de muerte, el cuerpo del mismo se colgaba y permanecía varios días a la vista del público. Sin embargo, estas medidas sirvieron de poco, pues la delincuencia no se amedrentaba ante tales actos autoritarios, sino que al contrario, comenzó una especie de guerra campal entre los funcionarios del tribunal que nos ocupa, y delincuentes.

También existió la cárcel del Tribunal de La Acordada, a la cual se remitían los delincuentes capturados y sentenciados por los funcionarios del citado tribunal; empero, *“los procedimientos inhumanos la convirtieron en una escuela de crimen y horrores y,*

quienes lograban obtener su libertad volvían a delinquir, poniendo en práctica las enseñanzas adquiridas y los medios "idóneos" para burlar la acción legal." (33) El fin del funcionamiento de este tribunal, para fortuna de muchos, lo decretó la Constitución Española de 1812.

4. Breve referencia a la legislación adjetiva penal en México independiente.

Una vez consumada la Independencia, era imposible que México como nación incipiente, ya tuviera desde luego su propia legislación, no sólo en el ámbito procesal, sino también en el sustantivo. Sin embargo, conforme nuestro país fue evolucionando y desarrollándose en los aspectos políticos y sociales, surgió la necesidad de crear nuestras propias leyes, como todo pueblo soberano debía tenerlas. Es menester hacer mención, que aunque llegamos a regirnos por nuestras propias normas, creación de nuestros legisladores, las mismas tienen su fundamento o base, en las que nos transmitieron los españoles, que a su vez son reflejos de viejas, pero vigentes, instituciones del derecho romano; amén de que también tienen influencia de las ideas revolucionarias de los filósofos franceses del S. XVIII.

(33) *Ibidem*. p. 51.

A) Decreto Español de 1812.

En 1812 las Cortes españolas comenzaron la edificación de un nuevo procedimiento penal, más civilizado y humano, sin duda influenciadas por las ideas que surgieron a raíz de la Revolución Francesa, cuyos efectos se sintieron en España y en otros países europeos, inclusive americanos. Esta constitución, debió tener repercusión en la práctica judicial del Nuevo Mundo; sin embargo, en esas épocas nuestro país atravesaba por constantes luchas y revueltas que, sin lugar a dudas, impedían el funcionamiento y aplicación exacta de las disposiciones contenidas en el cuerpo normativo que nos ocupa, toda vez que hubo gran anarquía en las zonas conflictivas del territorio nacional.

En efecto, se estructuró un proceso en el que se concedieron garantías a los reos, que en otras épocas eran inimaginables; verbigracia, se informaría al reo la causa por la que hubiera sido detenido, detención, que tenía que haber sido ordenada por un juez, con base en indicios que indicaran que dicha persona era presumiblemente responsable de delito que mereciera pena corporal; se le informaba acerca del nombre de quienes lo acusaban y de los testigos que depusieran en su contra; los procesos eran públicos y no

secretos como antaño; se prohibió el empleo del tormento, la confiscación de bienes y la imposición de penas trascendentales.

B) Constitución de 1857.

En esta constitución de corte liberal, se suprimieron los fueros, subsistiendo sólo el de guerra para los delitos en materia de disciplina militar; se plasmaron lo que actualmente conocemos como garantías de legalidad (Artículos 14 y 16 de la Constitución Federal vigente); se otorgaron garantías al procesado, como lo fueron que se le hiciera saber el nombre de quien lo acusaba y de los testigos que apoyaran dicha acusación; tenía derecho a ser careado con estos últimos; su declaración preparatoria la debía rendir dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de que era puesto a disposición del juez (a diferencia de lo establecido en las leyes constitucionales de 1836, pues en éstas, se establecía un plazo de tres días para la realización de dicha diligencia); tenía derecho a defenderse por sí o por persona de su confianza, o si no tuviere quien lo defendiera, se le proporcionaba un defensor de oficio; para tal efecto se le facilitaban todos los datos que obraran en autos a fin de preparar su defensa; nadie podía ser detenido si el delito del que se le acusaba no merecía pena corporal, y en caso de ser aprisionado, dicha prisión

tenía que justificarse con un auto de bien preso, debidamente fundado, el cual debía dictarse en un plazo que no excediera de tres días a partir de que el reo era puesto a disposición del juez; asimismo, cuando la persona era sorprendida cometiendo un delito, cualquiera podía detenerla, pero tenía que ponerla inmediatamente a disposición de las autoridades. Los juicios no deberían exceder de tres instancias; y solo la autoridad judicial era la competente para imponer penas. Nadie podía ser juzgado dos veces por el mismo delito.

En esta constitución, se concedió a las entidades integrantes de la federación, facultades para legislar en lo relativo a su sistema judicial, pero ciñéndose en todo caso, a los lineamientos que determinaba la Constitución Federal.

Como podrá observarse, la Constitución de 1857 tiene una relevancia histórica verdaderamente trascendente, ya que en la misma están retratadas muchas de las instituciones jurídicas que rigen actualmente al procedimiento penal mexicano.

C) Ley de Jurados Criminales de 1869.

Esta ley estableció un juicio a través de jurados populares, y tiene importancia histórica, pues en ella, por primera vez se habló del Ministerio Público, aunque quizás no como la Institución que ahora conocemos. Se establecieron además, normas acerca de la competencia y del procedimiento; empero, posteriormente fueron reformadas, debido a la presión que ejercía el pueblo para que se abolieran los jurados populares, puesto que los integrantes de los mismos, eran dados a cometer abusos y practicar todo tipo de corruptelas, lo cual generaba que pronunciaran fallos que causaban escándalos entre la sociedad.(34)

D) Código de Procedimientos Penales de 1880.

Este Código Federal, surge como una necesidad a fin de hacer aplicable el Código Penal de 1871 para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, y para toda la Nación, en delitos federales (también conocido como Código Martínez de Castro, en honor al jurista cuya labor fue determinante para la creación de este ordenamiento sustantivo penal), pues aunque se hubiera expedido

(34) González Bustamante, Juan José. *Op. Cit.* p. 21.

un Código Penal moderno, éste necesitaba de un cuerpo de normas de carácter adjetivo, que lo hiciera aplicable. Es el primer código de procedimientos penales que hubo en México, ya como nación independiente. Reguló un sistema de enjuiciamiento mixto, pues se conservaron algunas directrices del sistema inquisitorio, como lo podía ser el secreto que se observaba desde la detención del reo, hasta su declaración preparatoria; asimismo, también se incluyen características del sistema acusatorio, como lo constituía la publicidad del proceso después de llevada a cabo la diligencia citada con antelación. Se incluyen derechos de gran trascendencia para las personas procesadas, como lo fueron los derechos a la libertad bajo caución, de defensa, de inviolabilidad del domicilio, así como las condiciones que deberían reunir las visitas domiciliarias y cateos, y en general, normas tendentes a agilizar la buena marcha de los procesos. Al igual que los procesados, las personas que sufrían las consecuencias de la comisión de los delitos, tenían derecho a la reparación del daño; cuestión ésta asaz importante, al grado que en la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya se consagra este derecho a favor del sujeto pasivo del delito, claro está, en los casos en que dichos daños puedan ser reparados.

E) Código de Procedimientos Penales de 1894.

Este ordenamiento adjetivo, fue producto de unas pretendidas reformas al Código a que nos hemos referido en el inciso anterior, toda vez que continuaban las manifestaciones de inconformidad respecto a las resoluciones emitidas por los jurados. Así las cosas, se expidió este nuevo ordenamiento, el cual conserva el sistema de enjuiciamiento mixto; diferenció las facultades de la Policía Judicial (investigación de hechos delictuosos y de los probables sujetos implicados en ellos), y las del Ministerio Público (perseguir a los delincuentes y en su oportunidad acusarlos ante la autoridad judicial); también distingue las acciones que surgen de la comisión de un delito, una penal y otra civil; el ejercicio de la primera correspondía al Ministerio Público, y el de la segunda, a la víctima del delito, a fin de que se le reparara el daño sufrido; determinó que el juzgador debería estar presente en las diligencias realizadas en la averiguación (principio procesal de la inmediatez), ya que de lo contrario, las mismas no tendrían validez alguna; se establecieron normas acerca de la competencia y se facultaba al defensor para interponer los recursos legales procedentes.

F) Código de Procedimientos Penales en materia Federal de 1908.

En los albores del presente siglo, se expidió el cuerpo normativo que nos ocupa; en efecto, el 18 de diciembre de 1908, surgió un nuevo Código de Procedimientos Penales, y aunque conservó los lineamientos fundamentales del Código Procesal de 1894, este nuevo código determinó que los jueces de Distrito y los Magistrados de Circuito, formaban parte de la Policía Judicial (lo cual afortunadamente en códigos posteriores se abrogó); asimismo, estableció la facultad del juez, para que durante el procedimiento practicara todas las diligencias necesarias, y que fueran conducentes, a fin de comprobar la existencia de los delitos, siempre y cuando los medios que empleara no contravinieran la ley.

G) Código de Procedimientos Penales de 1929 y de 1931 para el Distrito Federal, y Código Federal de 1934.

El 15 de diciembre de 1929, se expidió el Código de Procedimientos Penales que vino a substituir al código de 1908; sin

embargo, pasados casi dos años de su expedición, fue abrogado por el código de 27 de agosto de 1931, el cual sigue vigente solo en el Distrito Federal, toda vez que el 23 de agosto de 1934, se expidió el Código Federal de Procedimientos Penales.

El código de 1929, estableció cuestiones interesantes, como lo fue aquello referente a la reparación del daño, toda vez que determinó que esta cuestión debía ventilarse dentro del proceso penal; amén de que se le consideró como una sanción aplicable al responsable del delito. Ahora bien, es pertinente anotar que tanto este código, como el de 1931 para el Distrito Federal, y el de 1934 en materia federal, fueron producto de la necesidad de adecuar la legislación adjetiva penal, a nuestra Constitución de 1917, en tanto que los anteriores ordenamientos procesales, pugnaban con las nuevas normas constitucionales; así las cosas, los actuales Códigos de Procedimientos Penales, ya se redactaron sobre la base de criterios más técnicos-científicos, conteniendo disposiciones innovadoras, pero sobre todo, apegadas a los derechos públicos subjetivos consagrados en la constitución antes citada, ello en beneficio de la humanización del procedimiento penal.

CAPÍTULO SEGUNDO

LITIS, PROCESO Y PROCEDIMIENTO PENAL.

1. Concepto de litis.

La palabra litis, proviene del latín *lis*, *litis*, que significa en traducción libre al español, pleito o litigio. En el ámbito procesal, litis es sinónimo de litigio, al menos algunos autores así lo consideran, como veremos más adelante. Carnelutti, afirma que a esta palabra antes de que se propusiese su empleo con un significado científico preciso, a menudo se le utilizaba de diversas maneras, tanto para denotar el conflicto actual de intereses, como para denotar el proceso mismo, siendo que este último opera para la composición de aquél. No obstante lo anterior, el gran procesalista italiano define a la litis como "*un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida).*" (35)

Ahora bien, en este mismo sentido el maestro Eduardo Pallares define a la litis de la siguiente manera: "*Sinónimo de litigio, en una de*

(35) Carnelutti, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Volumen I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1989. pp. 27 y 28.

sus acepciones. Conflicto de intereses jurídicamente calificado entre dos o más personas, respecto de algún bien o conjunto de bienes. También significan las cuestiones de hecho y de derecho que las partes someten al conocimiento y decisión del juez.” (36)

Es pertinente advertir que estos conceptos se han elaborado únicamente para la materia procesal civil; empero, debemos adecuarlos o trasladarlos a la materia que nos ocupa, es decir, a la procesal penal. Muy atendibles son las críticas de algunos autores, en el sentido de que las instituciones del derecho procesal civil no las debemos trasplantar al ámbito penal, ya que las cuestiones que se debaten en uno y otro procesos, son radicalmente distintas; inclusive, hay quienes no sólo atienden a la anterior consideración, sino que los conceptos de litis y litigio, se les hacen demasiado “privatistas” para poder aplicarlos al procedimiento penal, basado seguramente este discurrimento, en la tan discutible clasificación que se hace del derecho en público y privado. Así, Marco Antonio Díaz de León, (37) al definir la litis y el litigio, lo hace de manera muy similar a las antes apuntadas, sin embargo, agrega que estas expresiones son ajenas al proceso penal; consideración que creemos es inexacta. En efecto, en primer lugar, el autor en cita lamentablemente no expresa los razonamientos por los cuales considera que estas voces son ajenas

(36) Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Vigésima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. p.545.

(37) Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997. p. 1357.

al proceso penal; y en segundo lugar, es inatendible la razón de considerar que el derecho procesal penal se ubica en el campo del derecho público, ya que como se ha señalado anteriormente, dicha clasificación es discutible. Por otra parte, Rivera Silva, en su obra intitulada: *El Procedimiento Penal*, al definir el proceso, afirma que no hay que trasplantar las doctrinas del derecho civil al penal, ya que ello lleva a confusiones, es decir, descarta toda postura civilista que se trate de aplicar al procedimiento penal. (38) No obstante lo anterior, Alcalá-Zamora, define al litigio como *“el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa.”* (39) Pues bien, de manera correcta y atendiendo a la anterior definición, García Ramírez afirma que el problema existente en la doctrina procesal-penalista, acerca de la temática que hemos venido tratando, queda salvado aplicando esta definición de amplio espectro.

Como corolario de lo anterior, debemos admitir que muchas de las instituciones del derecho procesal penal, y de cualquier otro tipo de proceso, sea administrativo, del trabajo, agrario, etcétera, surgieron o nacieron en el campo del derecho procesal civil. Por ello, hemos ocurrido en este apartado a las definiciones que se han elaborado

(38) *Cfr.* p. 179.

(39) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. Segunda edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México 1970. p. 18.

sobre la litis en el ámbito antes acotado.

Así las cosas, podemos decir que en el proceso penal la litis ciertamente es diferente a la de cualquier otro tipo de proceso. En efecto, en el proceso penal el conflicto de intereses se da no entre particulares, como generalmente ocurre en el proceso civil, sino que en este tipo de proceso, una de las partes, la accionante, es un subórgano del órgano ejecutivo del Estado, es decir, el Ministerio Público, quién surge como un representante de la sociedad; dicho ésto al margen de las diversas teorías que se han elaborado alrededor de la naturaleza jurídica de dicha institución, pero que para efectos de este trabajo conviene le tomemos en el sentido antes señalado.

Ahora bien, si en el ámbito procesal civil -como ha quedado dicho- el conflicto de intereses se da entre dos o más personas, generalmente respecto de algún bien o conjunto de bienes, resulta pertinente señalar, que en el proceso penal el citado conflicto de intereses, radica en múltiples ocasiones en la pretensión del representante social de que se sancione por la autoridad judicial, la conducta del probable responsable; y la resistencia de la contraparte consistirá en demostrar al juzgador que no existió tal conducta que se le atribuye, o que habiendo existido la conducta, la misma no es de aquéllas tipificadas en el Código Penal, por no encuadrarse a

ningún tipo penal descrito en la ley; o quizás, no obstante que se haya demostrado la existencia de la conducta típica, se demuestre que dicha conducta está amparada por una causa de justificación, o bien, que aún cuando se demuestre la antijuridicidad de la conducta típica, no exista un nexo intelectual y emocional entre el sujeto que la realizó y el acto mismo, y que por ello no le sea reprochable; inclusive, podrá hacer valer el indiciado la prescripción de la acción penal o demostrar la existencia de una causa de exclusión del delito. Según Mancilla Ovando, estos dos últimos casos son lo que se conoce como las defensas, ya que para el autor en cita, las excepciones ven hacia la insuficiencia probatoria de la acción penal ejercida por el agente del Ministerio Público, bien porque no se haya acreditado que la conducta está tipificada como delito, o porque no se demuestre que el inculpado es autor de la misma.(40)

En estas circunstancias, debemos entender que el conflicto de intereses en el proceso penal, se reducirá a la pretensión del Ministerio Público, para que se sancione la conducta típicamente antijurídica y culpable del probable responsable, misma que será calificada en el momento procesal oportuno por un juez penal, encuadrándola de manera técnica-científica a determinado tipo

(40) Cfr. Mancilla Ovando, Jorge Alberto. *Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal*. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997. pp. 129 a 132.

penal; y la resistencia del probable responsable, sea que niegue expresa y categóricamente los hechos que se le imputan, o no haciéndolo, se demuestre en la secuela procesal su inocencia. Adelantándonos un poco en la exposición, debemos apuntar que para nosotros, la base o tema por el que se seguirá el proceso penal, siempre se determinará o fijará en el auto de formal procesamiento; esto es, en el auto de formal prisión o en el de sujeción a proceso, según la naturaleza del delito que se impute al procesado.

2. Concreción, fijación y extracto de la litis.

En lo tocante a la temática de este apartado, también resulta pertinente acudir a los conceptos que se han elaborado en el derecho procesal civil, ya que desde nuestro punto de vista, insistimos, las instituciones y conceptos que se han elaborado en esta materia, han servido de base, y además han sido adoptadas por el resto de las ramas del derecho procesal, concretamente al caso, por el derecho procesal penal.

La concreción de la litis en el proceso civil, dice Pallares, *“consiste en el sistema establecido por la ley, para que el proceso se desarrolle exclusivamente sobre las cuestiones litigiosas que hayan sido determinadas con precisión al fijarse la litis, de tal manera que los actos procesales que se llevan a cabo en los diversos períodos del juicio, tengan relación directa con los puntos litigiosos. Vgr. solamente deben admitirse y ofrecerse pruebas pertinentes, los alegatos han de versar de modo exclusivo sobre la litis, la sentencia ha de ser congruente con ésta y así sucesivamente en las diversas instancias.”*

“De acuerdo con el CPCDF la concreción comienza al realizarse desde los escritos iniciales del juicio. (...) La concreción se sigue realizando en el ofrecimiento de pruebas que han de referirse concretamente a los hechos litigiosos en forma rigurosa.”

“Las pruebas como queda dicho, deben ser pertinentes, o sea, que han de tener por objeto probar la existencia de dichos hechos, debiendo el juez rechazar las que no cumplan este requisito. La misma regla rige respecto los alegatos.”

“Finalmente, la sentencia ha de ser congruente con las cuestiones planteadas en la litis que tienen que ser examinadas y resueltas, salvo los casos en que se absuelva al demandado de la instancia.” (41)

Acotado el tema de la concreción de la litis, ahora se impone dilucidar en que consiste la fijación de esta última en materia penal. Para nosotros, la fijación de la litis es el acto por medio del cual, el juez determina la materia del proceso. En efecto, en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, el juez debe precisar con claridad el delito o delitos por los que la persona en contra de quien se dicta dicho auto, será procesada. Así es, la parte accionante en el proceso penal, consignará al juez una serie de hechos que considera son constitutivos de determinado delito, empero, es el juez penal quién tiene la responsabilidad y la obligación de hacer la clasificación jurídica de esos hechos en el auto antes referido, precisando qué tipo penal configuran, así como sus modalidades, si es que las tuviera; al decir de Zamora-Pierce, el juez dará a esos hechos su *nomen juris*. (42) A mayor abundamiento, no obstante que el conflicto de intereses se plantea por las partes en el proceso, es indispensable que el juez precise la base o materia por la

(41) Pallares, Eduardo. *Op. Cit.* p. 169.

(42) Zamora-Pierce, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1996. p. 135.

que aquél deba seguirse, y, consecuentemente, sobre la cual habrá de probarse, alegarse y, posteriormente sentenciarse. Este concepto de fijación de la litis, adquiere relevancia fundamental en este trabajo, ya que es parte medular del mismo. Bástenos ahora saber que la fijación de la litis en materia penal, es hecha por el juez en el auto de plazo constitucional, en cumplimiento a lo que ordena el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Federal, el cual en su parte conducente determina: “Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.” Lo anterior, al margen de la discusión que existe en un amplio sector de la doctrina, respecto a estas cuestiones, de las cuales nos ocuparemos posteriormente.

Respecto al extracto de la litis, debemos precisar que dicha figura procesal se utilizaba en el procedimiento civil, y consistía en un resumen que elaboraba el secretario de acuerdos, sobre los puntos cuestionados en un litigio, basándose en los escritos de demanda y contestación.⁽⁴³⁾ Sin embargo, en materia procesal penal esta figura jurídica no se aplica, pues de ningún precepto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se deduce la obligación del secretario a realizar tal acto.

(43) Pallares, Eduardo. *Op. Cit.* p. 364.

Es pertinente hacer notar que en el código adjetivo penal para el Distrito Federal, no se observa un sistema bien definido acerca de las cuestiones por las que exclusivamente debe desarrollarse el proceso, es decir, por el delito o delitos que se fijen en el auto de formal procesamiento, producto o consecuencia de la clasificación jurídica que el juez penal haga de los hechos consignados por el agente del Ministerio Público; en efecto, podemos afirmar que no existe bien definida la concreción de la litis en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Empero, a estos temas nos referiremos en capítulos posteriores, toda vez que el objetivo del presente, es conocer de manera sucinta los conceptos que se han elaborado acerca de la litis.

3. Litis abierta y litis cerrada.

Doctrinalmente suele clasificarse a la litis atendiendo a su posible alteración dentro del proceso, en litis abierta y litis cerrada. La litis abierta *“consiste en la facultad que la ley concede a las partes para modificar la litis formada al iniciarse el juicio, posteriormente y hasta antes de citación para sentencia definitiva.”* (44) En efecto, en los procesos que aceptan este sistema, pueden modificarse válidamente las cuestiones debatidas inicialmente por las partes, tal es el caso de

(44) *Ibidem.* p. 545.

aquéllos en los que la ley concede al actor ampliar su demanda, aún cuando el demandado haya dado contestación a la misma, ya que lo que acontece por regla general, es que este último, aporte o traiga al proceso cuestiones que eran desconocidas por el actor; estas circunstancias son muy comunes en los procesos de carácter administrativo, principalmente en aquellos en los que se demanda la nulidad de las “resoluciones negativa ficta” de las autoridades administrativas. (45) No obstante lo anterior, también en materia procesal civil está permitida por la ley la alteración de la litis en el proceso, cuando existan excepciones supervenientes (artículo 273 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), y en opinión de algunos autores, cuando se obtengan por el demandante documentos supervenientes, capaces de modificar la litis, a grado tal, de que se plantee una nueva cuestión litigiosa, apoyada o que tenga como base, la existencia de los referidos documentos. Respecto a esto último, es pertinente aclarar que el artículo 34 del cuerpo normativo antes citado, determina como regla general un sistema de litis cerrada en el proceso.

En cambio la litis cerrada, es aquella que no puede ser alterada por las partes una vez que ha sido fijada. En materia civil se actualiza al momento en que el demandado produce la contestación a la demanda; en ese momento la litis está planteada, y la misma no

(45) Véase Artículo 210 del Código Fiscal de la Federación.

puede modificarse, salvo los casos de excepción a que nos hemos referido anteriormente. Empero, en materia procesal penal, que es la que nos interesa, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra como derecho público subjetivo del procesado, la litis cerrada en el proceso penal; así, el artículo 19 constitucional, en su segundo párrafo determina lo siguiente: *“Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.”*

Es innegable que debido a los abusos que se cometieron en la tramitación de los procesos penales durante la época colonial, a los cuales ya nos hemos referido en el capítulo que antecede al que nos ocupa, el constituyente de 1917 haya instituido convenientemente que la litis en el proceso penal debería ser cerrada; amén de todas las garantías que se establecen en nuestra Carta Magna a favor de aquéllas personas que son sujetos de un proceso penal. Estas cuestiones serán materia de estudio del siguiente capítulo, sin embargo, debemos acotar desde ahora, que la litis cerrada es aquélla que no puede alterarse una vez que ha sido fijada, y que en

el proceso penal lo anterior se verifica al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

4. Proceso y procedimiento penal.

Tema de gran trascendencia no sólo para el derecho procesal penal, sino para la ciencia misma del derecho procesal, es el relativo a la diferencia que existe entre el proceso y el procedimiento. En efecto, este tema adquiere relevancia para el presente trabajo, ya que en este apartado estudiaremos en que momento inicia el proceso penal, y así estaremos en aptitud de afirmar si la litis se fija dentro o fuera de este último.

Así las cosas, conviene señalar las diferentes definiciones que se han elaborado respecto del procedimiento y el proceso, para que una vez aclarado el significado técnico-científico de dichas figuras procesales, podamos alcanzar nuestro objetivo.

Carnelutti, afirma que con la voz proceso se quiere significar *“el conjunto de actos necesarios para conseguir el resultado (en el caso,*

para obtener el castigo), considerados en su simultaneidad, esto es, fuera del tiempo (se diría, en una fotografía, que los comprende todos juntos); y con la voz procedimiento, en cambio, el conjunto de tales actos considerados en su sucesión, y por eso en el tiempo (se diría en un fluir y, así, en un film, que representa su desarrollo)” y mas adelante agrega: “Procedimiento es, pues, una sucesión de actos tendientes al mismo fin; lo que vincula los actos singulares en el procedimiento es la relación de finalidad.” (46)

Por su parte Pallares menciona que el *“proceso es una institución establecida para realizar mediante ella la función de administrar justicia, mientras que el procedimiento es el conjunto de formas o maneras como se efectúa esa función. Unas veces, en forma escrita, otras verbalmente, en la vía amplia dilatada, que se llama ordinaria o en la breve y expedita que tiene el nombre de sumaria (...)”* y concluye diciendo que el proceso es *“... una serie de actos jurisdiccionales, debidamente coordinados, y solidarios los unos de los otros para alcanzar el fin de poner término al litigio mediante la sentencia definitiva y su ejecución.” (47)*

(46) Camelutti, Francesco. *Principios del Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. pp. 54 y 55.

(47) Pallares, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. Décima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983. p. 102.

Después de analizar las diversas teorías que se han elaborado acerca de la naturaleza jurídica del proceso, Briseño Sierra señala que ninguna de ellas se ha preocupado por explicar verdaderamente lo que es en realidad esta figura, por lo que el propone una definición que parte de la evidencia, o sea, de lo que se observa en los tribunales; en estas condiciones el autor en cita concluye que el proceso es una serie de instancias proyectivas, y explica, dado que *“el demandante lo que hace es accionar, el juez jurisdicir y el reo reaccionar, en realidad se están empleando instancias que se proyectan desde un sujeto hasta otro, pasando por el tercero. Este accionar, que es un ejercer la instancia proyectiva, se va repitiendo a lo largo de un tramo legalmente previsto, que abarca desde la presentación inicial de la pretensión que deduce el demandante, hasta el auto que dicte el juzgador dando por concluida toda la secuencia proyectiva.”* (48) Así las cosas, es evidente, según dicho procesalista, que ese constante y reiterado instar proyectivo, es una serie que se da dentro del desarrollo de un período determinado y graduado por la ley.

Rivera Silva, afirma que el proceso es un “conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación

(48) Briseño Sierra, Humberto. *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*. Primera reimpresión. Editorial Trillas. México, 1982. pp. 51 y 52.

por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea.” (49) El autor en cita, aclara que esa relación jurídica está referida a la vinculación que se debe establecer entre la existencia o no de un delito y las consecuencias previstas en la ley.

Para García Ramírez, *“el proceso es una relación jurídica, autónoma y compleja, de naturaleza variable, que se desarrolla de situación en situación, mediante hechos y actos jurídicos, conforme a determinadas reglas de procedimiento, y que tiene como finalidad la resolución jurisdiccional del litigio, llevado ante el juzgador por una de las partes o traído al conocimiento de aquél directamente por el propio juzgador.”* (50)

González Bustamante, afirma que el procedimiento penal contemplado en su estructura externa, *“está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente ininterrumpidas y reguladas por las normas de Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el Tribunal.”* En cambio, el proceso lo concibe como *“el medio para la definición de las relaciones de derecho substantivo que nacen del delito.”* (51)

(49) Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal*. Vigésimo segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993. p. 179.

(50) *Op. Cit.* p. 21.

(51) *Op. Cit.* pp. 122 y 137.

Sobre este tema, Arilla Baz manifiesta en relación al procedimiento, que el mismo *“está constituido por el conjunto de actos, vinculados entre sí por relaciones de causalidad y finalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutados por los órganos persecutorio y jurisdiccional, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, para actualizar sobre el autor o partícipe del delito la conminación penal establecida en la ley.”* (52)

En este orden de ideas y siguiendo la temática que hemos venido planteando, Colín Sánchez afirma que el procedimiento penal *“es el conjunto de actos, formas y formalidades legales que se observan por los intervinientes en una relación jurídica material de derecho penal, susceptible de generar una relación jurídica procesal que, en su momento, defina a la anterior, y de esa manera, se aplique la ley a un caso concreto.”* (53) Asimismo, dicho autor considera al proceso penal, como una relación jurídica pública que se desarrolla evolutiva o progresivamente entre los intervinientes en la misma, es decir, fundamentalmente el agente del Ministerio Público, el juez y el procesado, personas éstas que a su vez se encuentran ligadas por vínculos jurídicos.

(52) Arilla Baz, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. Doceava edición. Editorial Kratos, S.A. de C.V. México, 1989. p. 2.

(53) *Op. Cit.* p. 72 y 75.

En las definiciones de proceso brindadas por Colín Sánchez y García Ramírez, se advierte sin lugar a dudas, que atribuyen a dicha figura la naturaleza de una relación jurídica procesal, obviamente fundamentada en la teoría elaborada al respecto por Oscar Von Bulow hacia 1868, la cual, creemos, ha superado a todas las demás teorías explicativas de la naturaleza jurídica del proceso, tales como aquellas que lo consideraban como un cuasi-contrato, teorías de corte puramente civil; o aquella que lo contemplaba como una situación jurídica, y otra más que lo consideró como una institución; teorías estas últimas elaboradas por Aubry et Rau, Goldschmidt y Guasp, respectivamente.

Desde nuestro punto de vista, la más aceptable es la que considera al proceso como una relación jurídica, porque ciertamente entre los sujetos que intervienen en él, se dá una relación que los vincula a los unos con los otros, es decir, agente del Ministerio Público, juez y acusado se encuentran interrelacionados por los actos que la ley les permite realizar a cada uno de ellos durante la tramitación del proceso. Siguiendo este orden de ideas, podemos afirmar válidamente que, el procedimiento y el proceso son dos figuras procesales disímbolas, toda vez que el procedimiento es la forma o la manera que determina la ley, a efecto de llevar a cabo a través de una sucesión de actos, desde su inicio hasta su fin, la pretensión punitiva contenido de la acción que ejercite el Estado.

Otra opinión que puede servir para establecer una distinción entre ambas, sería la consistente en que el procedimiento es un presupuesto del proceso; es decir, no podrá existir un proceso penal, si no existe o se ha iniciado previamente un procedimiento que dé origen al mismo; efectivamente, tal circunstancia acontece en materia penal, ya que para la iniciación del proceso, es necesario que se verifique con antelación una etapa o período procedimental denominado "preparación de la acción procesal", que comprende los actos y diligencias que se realizan durante la averiguación previa. El maestro Gómez Lara, afirma que el proceso es *"un conjunto de procedimientos, entendidos éstos, como un conjunto de formas o maneras de actuar. Por lo anterior, la palabra procedimiento en el campo jurídico, no debe ni puede ser utilizada como sinónimo de proceso. El procedimiento se refiere a la forma de actuar y, en este sentido, hay muchos y variados procedimientos jurídicos; por ejemplo los procedimientos administrativos, notariales, registrales, ..."* Cabe destacar, que previamente a las anteriores consideraciones, dicho autor entiende al proceso como *"un conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo."* (54)

(54) Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Editorial HARLA. México, 1990. pp. 95 y 218.

Es pertinente traer a colación la confusión que suele surgir entre procedimiento, proceso y juicio. Ya hemos diferenciado los dos primeros, ahora precisaremos el significado de este último; *"el juicio está en el proceso, pero no es proceso, según se ha dicho con frase feliz, para significar que si bien constituye su momento culminante, no abarca la totalidad de su extensión. En efecto, en su genuina acepción procesal -como es notorio, la palabra se emplea en otros múltiples sentidos-, el juicio representa la actividad lógico-jurídica desenvuelta por el juzgador para emitir su declaración de voluntad sobre el objeto del proceso. En otras palabras: el juicio stricto sensu guarda estrecha relación con la más característica y fundamental función del juez, o sea la de pronunciarse sobre el litigio; (...)"* (55)

Ahora bien, con los elementos obtenidos podemos entrar al estudio que nos propusimos en este apartado, relativo al momento en el que inicia el proceso penal. Para ello es pertinente acotar, que autores como Arilla Baz, sostienen que el proceso penal inicia al momento de dictarse el auto de formal prisión. (56) A este respecto, González Bustamante afirma que entre los tratadistas, por lo que se refiere a México, el proceso penal se inicia al momento en que el agente del Ministerio Público ejercita la acción penal, y el juez al tiempo se avoca al conocimiento del caso, dictando el auto de radicación, inicio

(55) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene (h), Ricardo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Editorial G. Kraft LTDA. Buenos Aires, 1945. pp. 260 y 261.

(56) *Op. Cit.* p. 3.

o “cabeza de proceso”, y el cual concluye con la resolución que se dicte en la primera instancia. Posteriormente menciona que según la jurisprudencia, el proceso se inicia a partir del auto de formal prisión (posición esta última que concuerda con lo sostenido por Arilla Baz), afirmando que lo anterior se funda en el mandato contenido en el artículo 19 constitucional, que ordena que todo proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión; por lo que las diligencias realizadas con anterioridad al dictado de dicho auto, serán parte del procedimiento pero no del proceso. (57) Es ilustrativa de la anterior afirmación, la tesis visible en la página 51, del tomo 50, sexta parte, del Semanario Judicial de la Federación, séptima época, correspondiente a los Tribunales Colegiados de Circuito, cuyo rubro es “PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. ORDEN DE APREHENSION. NO ES EL MOMENTO PARA CONSIDERAR SU PROCEDENCIA.”, y que en su parte conducente, refiere lo siguiente: “(...) *el proceso no se inicia sino con el auto de formal prisión, cuando hay certeza de la comisión de un delito y datos de los cuales pudiera suponerse una responsabilidad; así se desprende de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional, que expresa ‘todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión’, lo que robustece también el criterio jurídico de que antes del auto de formal prisión no hay proceso, ya que éste debe*

(57) *Op. Cit.* p. 141.

seguirse por el delito o delitos consignados en el auto de formal prisión.” Amparo en revisión 128/72. Héctor Tirado Collard. 27 de febrero de 1973. Unanimidad de Votos. Ponente: V. Manuel Franco. Siguiendo este orden de ideas, cabe destacar que Rivera Silva al estudiar los límites del proceso, señala que este último se inicia con el auto de formal prisión, sin embargo, afirma que esta idea se quebrantó al promulgarse el Código Penal de 1929, ya que se suscitaron una serie de acontecimientos, en virtud de los cuales, los tribunales se vieron obligados a realizar una interpretación forzada de la ley, que respondió, a razones de carácter práctico más que a razones de carácter jurídico; llegándose en aquella época, al extremo absurdo de afirmar que el proceso se iniciaba al momento en que cualquier autoridad tuviera conocimiento de una infracción.(58)

No obstante las anteriores consideraciones, nosotros creemos que la postura correcta es la sostenida por la mayoría de los tratadistas, es decir, que el proceso penal inicia cuando el agente del Ministerio Público ejercita la acción penal ante el juez correspondiente. En efecto, siguiendo la teoría explicativa del proceso como una relación jurídica procesal, dicha relación se inicia al momento en que el subórgano del Estado encargado por determinación constitucional de ejercitar la acción penal, ocurre ante el juez en ejercicio de la misma.

(58) *Cfr.* Rivera Silva, Manuel. *Ob. Cit.* pp. 179 a 181.

Podría decirse que esta última consideración, a la luz de la teoría citada con antelación, es inexacta, ya que en ese momento aún no se ha constituido la relación jurídica entre los intervinientes en el proceso, toda vez que la misma quedará constituida al momento en que el inculcado rinda su declaración preparatoria, es decir, al momento en que conteste los cargos que se le imputan, y el juez por consiguiente, dicte el auto de plazo constitucional, fijando la materia por la que se seguirá el proceso; empero, lo cierto es que aún cuando no este constituida la relación jurídica procesal, la cual se dará en la audiencia pública al momento de rendir la declaración preparatoria el acusado, debemos tomar en consideración que la misma ya se ha iniciado; no constituido enteramente, pero si ha nacido. *“Un punto de vista contrario nos llevaría a negar el carácter estrictamente procesal de actos que a todas luces lo tienen, como son la declaración preparatoria, el nombramiento y las actividades iniciales del defensor, el libramiento de la orden de aprehensión, la libertad provisional bajo caución o mediante protesta, etc. No es posible reducir estos actos a la condición de simplemente procedimentales, negándoles jerarquía de actos dentro del proceso.”*(59)

Es interesante la postura de Arilla Baz y Rivera Silva, misma que es apoyada por la jurisprudencia, en el sentido de que el proceso se

(59) García Ramírez, Sergio. *Ob. Cit.* p. 504.

inicia al dictarse el auto de formal procesamiento, fundada en el hecho de que el artículo 19 constitucional, determina que todo proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el referido auto, ya que si lo interpretáramos así a primera vista, concluiríamos que, efectivamente es hasta que se señala por el juez el delito o delitos por los cuales deba seguirse el proceso, cuando dé inicio este último. Sin embargo, dicha hermenéutica sería superficial, ya que hay que distinguir el momento en que se inicia el proceso, y el momento en el que se fija la materia del mismo, cosas que son bien diferentes; así es, desde nuestro personal concepto, el proceso inicia como ya se dijo anteriormente, al momento en que el agente del Ministerio Público ejercita la acción penal ante el juez correspondiente; cosa distinta será, el momento procesal oportuno en el que el juez fije la materia del proceso, que desde luego deberá hacerlo cuando dicte el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. En tal virtud, un supuesto es el momento en que inicia el proceso, y otro enteramente diverso, aquél en que se fija la base o tema materia del mismo.

A mayor abundamiento y a propósito del tema que estamos abordando, es conveniente señalar otra cuestión que resulta muy interesante, consistente en las interrogantes que podrían surgir al respecto: ¿Qué sucede cuando no se dicta un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, sino uno de libertad por falta de elementos para procesar?, en este último caso ¿El proceso nunca inició?, o

bien, si se acepta que inició el proceso ¿Con el dictado del auto de libertad por falta de elementos para procesar, se estaría absolviendo de la instancia, cuestión esta última que está prohibida por la Constitución Federal? A continuación pasaremos a ocuparnos de estas interrogantes.

El juez penal en el auto de plazo constitucional, puede determinar cuatro situaciones diversas; las primeras dos consistirán en que si resulta que están acreditados debidamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, deberá dictar un auto de formal prisión, si el delito por el que se seguirá el proceso amerita pena privativa de la libertad, o bien, un auto de sujeción a proceso, si el delito se sanciona con pena alternativa. Así lo disponen los artículos 18 y 19 primer párrafo, del Código Político Máximo, en relación con los artículos 122; 297; 304 bis y 304 bis A, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y que para una mayor comprensión a continuación se transcriben en su parte conducente:

De la Constitución Federal:

“Artículo 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. (...)”

“Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un 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 al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.(...)"

Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

"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 u omisión.

Asimismo, 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 aquél 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 297.- Todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;

II. Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculpado en los términos 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 esté acreditada alguna 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.

... ”

“Artículo 304 bis.- El auto de sujeción a proceso deberá contener los requisitos señalados en las fracciones I, II, III, V, VI y VII del artículo 297 de este Código, y la sanción sea no privativa de la libertad, o bien, alternativa o disyuntiva.”

“Artículo 304 bis A.- El auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando los elementos del tipo y la probable responsabilidad correspondientes ... “

Las otras dos situaciones se verificarán, cuando no estén acreditados los elementos del tipo o la probable responsabilidad del procesado, consecuencia de la endeble aportación de pruebas por parte del agente del Ministerio Público. En este supuesto, se dictará un auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley; en efecto, el artículo 302 del Código adjetivo penal en cita dispone que: *“El auto de libertad por falta de elementos para procesar se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia de los elementos del tipo o de la probable responsabilidad del consignado; contendrá los requisitos señalados en las fracciones I y VII del artículo 297 de este Código, no impedirá que posteriormente, con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado.”*

Empero, se dictará un auto de libertad absoluta, cuando se acredite alguno de los aspectos negativos del delito o haya prescrito la acción penal.

Ahora bien, la incógnita a despejar es la relativa respecto del supuesto que se dicte un auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, porque entonces podría decirse que en este caso, el proceso no inició, o de aceptarse que sí aconteció tal circunstancia, el referido auto equivaldría a absolver de la instancia. Sin embargo, debemos decir que no obstante que se llegará a dictar un auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, el proceso, sosteniendo la teoría de la relación jurídica procesal, legalmente ha iniciado, y además, siguiendo este orden de ideas, dicho auto no equivale a una absolución de la instancia, por lo menos desde un punto de vista teórico.

Así es, el proceso inicia cuando el subórgano del Estado encargado de ejercitar la acción penal, realiza dicho acto; luego entonces, si posteriormente a ese ejercicio de la acción penal, se dicta un auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, ello no significa que el proceso no se ha iniciado, sino que evidentemente ha nacido a la vida jurídica, y el referido auto, viene a constituir una resolución que da por concluido el

mismo; no de una manera inmediata, pero en cuanto transcurra el plazo determinado en la ley para tal efecto, sucederá lo mencionado con antelación. En efecto, una vez que se dicta el tantas veces repetido auto de libertad, el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone que: *“Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si no se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los sesenta días a partir del siguiente en que se les hayan notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las órdenes referidas, se sobreseerá la causa.”*

Esta resolución de sobreseimiento, según lo dispuesto por los artículos 660, fracción VIII, en relación con el precepto antes transcrito, y 667 del código adjetivo penal en cita, surte los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada. Así es, este último dispositivo legal determina: *“El auto de sobreseimiento que haya causado estado, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada.”*

En tales circunstancias, es inconcuso que aún cuando en un proceso penal se llegare a dictar un auto de libertad por falta de elementos para procesar, el respectivo proceso nace a la vida

jurídica y también muere o concluye; ya que de no aportarse los datos exigidos por la ley en el plazo que la misma establece, el juez deberá sobreseer la causa. Ciertamente, en estos casos el proceso no termina de una manera normal, sino que su conclusión es incierta, toda vez que dependerá de que el agente del Ministerio Público o el ofendido aporten los elementos suficientes para que no se sobresea en el proceso; empero, de algún modo, mal que mal si se quiere, se tuvo que hacer una reforma en la ley, para salvar lo relativo a la garantía de la no absolución de la instancia, y en este tema nos sirve para ilustrar las ideas que hemos venido desarrollando. Por consiguiente, si como hemos analizado el proceso inicia al momento de ejercitarse la acción penal, es evidente a la luz de lo expuesto en el presente capítulo, que la base materia del mismo se determinará dentro de su tramitación; por lo tanto, podríamos decir válida y legalmente que, la fijación de la litis en el procedimiento penal se verifica dentro del proceso.

CAPÍTULO TERCERO

LA LITIS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

1. Garantías constitucionales referentes al procedimiento penal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dedica en su parte dogmática diversas disposiciones referentes al procedimiento penal. Ese conjunto de preceptos también se conoce doctrinalmente como "sistema procesal penal constitucional."

Es innegable que los distintos movimientos sociales que se suscitaron en el siglo pasado, y aún a principios de éste, dieron pábulo para que el legislador se ocupara de estas materias en los diversos códigos políticos que precedieron al que actualmente rige la vida constitucional de la república. En efecto, como resultado de la opresión española, los libertadores de nuestra patria anhelaban la creación de leyes en las que se consagraran derechos para el pueblo frente al poder de los gobernantes; derechos de los que, hasta esa época, nunca había gozado ningún individuo. Cabe destacar, que la corriente del pensamiento liberal surgida en la Revolución Francesa,

llegó a ser la fuente inspiradora de muchos documentos que en aquella época ya intentaban consagrar garantías en favor de los individuos, culminando dicho pensamiento liberal en la "*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*", proclamada en 1789, y en la que se instituyeron diversos derechos fundamentales del ser humano en el aspecto meramente natural, como en el político; verbigracia: la igualdad social y política; el respeto a la propiedad; participación en la soberanía nacional; libertad de expresión y de imprenta; derecho de fiscalizar los actos de los funcionarios y el empleo de fondos públicos; respeto a las opiniones y creencias; etcétera. A pesar de que dicho documento no alcanzó el grado de ley fundamental, podemos afirmar que fue la base para la creación de la primera constitución de la República Francesa de 1791, y de muchas otras en el mundo, por lo que respecta a los derechos del gobernado.

Durante las luchas de independencia y reforma, muchos fueron los pensadores que se ocuparon de esbozar un texto definitivo de garantías individuales. Podemos mencionar que en la Constitución Federal mexicana de 1857, ya se contemplaban de manera sistematizada una serie de garantías individuales referentes al procedimiento penal, mismas que se trasladaron con algunas modificaciones a la carta de Querétaro de 1917. (60)

(60) Cfr. Burgoa O., Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Vigésima novena edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997. pp. 113 y sigs.

Ahora bien, se puede decir que lo anterior fueron las razones históricas por las que el legislador incluyó en el texto constitucional garantías individuales referentes al procedimiento penal; sin embargo, también resulta pertinente señalar cuales fueron las razones jurídicas por las que se hizo tal inclusión. Si leemos el capítulo de la Constitución Federal relativo a las "garantías individuales", podremos observar que no hay materia que se haya regulado con tanto cuidado como la penal, y en especial la procesal penal, y ello obedece, desde nuestro personal concepto, a dos razones fundamentales: la primera, siguiendo a Carnelutti, consiste en que no debemos olvidar *"(...) que en el derecho penal se debe reconocer la zona más alta del derecho; más alta y, naturalmente, más inaccesible: la zona de la roca, de la pared a pico, de los ventisqueros y de los glaciares."*; por consiguiente, *"(...) el proceso penal está colocado en una región más alta que el proceso civil"*;(61) en efecto, el citado procesalista explica que esto se debe a que el proceso civil se ocupa de cuestiones relativas al haber, en tanto que el proceso penal se ocupa del ser. Ciertamente, como se ha expuesto, las cuestiones que se debaten en uno y otro procesos son distintas. Una diferencia abismal que existe entre ambos tipos de procesos, es que el proceso penal, a diferencia del civil, eventualmente, desde su inicio trae aparejada la privación de la libertad del procesado, con todos los daños físicos y morales que esto le representa no sólo a él, sino también a su familia; y es bien

(61) *Principios del Proceso Penal*. pp. 9 y 45.

sabido que después de la vida, el bien jurídico de más valor para el hombre es su libertad; a esto se debe en un primer plano tal inclusión. Por otra parte, debemos atender que en el proceso penal el Estado ejerce la más grave de sus potestades; esto es, la función punitiva, y en tales circunstancias, es lógico que el constituyente haya determinado en el código político, un conjunto de elementos, requisitos, condiciones, etcétera, que el Estado a través de sus funcionarios judiciales, debe acatar en todo momento, pues, son altos los valores (vida, libertad y honor) que se pueden afectar con la sentencia que se dicte al finalizar el proceso.

Acotadas las razones jurídicas que tuvo el legislador para incluir en la ley fundamental garantías del gobernado relativas al procedimiento penal, ahora se impone referir cuáles son los artículos constitucionales que las consagran.

“Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata (...)"

Dicho precepto constitucional, consagra de manera fundamental lo que se ha dado en llamar universalmente como la garantía de audiencia. Empero, también determina la irretroactividad de la ley en cualquier materia y, en la criminal, prohíbe la aplicación de penas por analogía o mayoría de razón, si aquéllas no están previstas por una ley exactamente aplicable al caso. Asimismo, establece lo relativo al debido proceso legal, en el cual, ordena se deben cumplir las formalidades esenciales del procedimiento; formalidades que en materia penal regula el artículo 160 de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, y que posteriormente, nos referiremos en particular a las contenidas en la fracción XVI del citado dispositivo, pues la misma resulta relevante en esta exposición.

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y está, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En los casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su

libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atenté contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio (...)

Las garantías consagradas en este artículo del código político máximo, como toda garantía del gobernado que en este apartado estamos acotando, se refieren a la seguridad jurídica; esto es, determinan una serie de requisitos, elementos, circunstancias o condiciones, que toda autoridad debe observar en todo momento para afectar válidamente la esfera jurídica del particular, en tanto se le quiera someter a un procedimiento penal.

“Artículo 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva (...)

En este precepto constitucional, se determina que aquéllos que sean sometidos a un proceso penal, sólo se verán privados provisionalmente de su libertad, cuando la sanción establecida por la comisión del delito por el que se les acusa, sea corporal. Por consiguiente, cuando la sanción de referencia no sea corporal, sino alternativa o dual, entonces procederá siempre la libertad.

“Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un 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 al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

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

La garantía de seguridad jurídica que prevé el dispositivo antes transcrito, asegura a los gobernados que han sido detenidos y puestos a disposición de la autoridad judicial, y por ende, sujetos a proceso penal, que dicha detención no podrá exceder de setenta y

dos horas, si no se justifica con una resolución (interlocutoria) que tenga por acreditados los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculcado. Dicho auto de formal prisión, constituye una parte importantísima del proceso penal, pues, en él, se determinará la materia por la que habrá de seguirse todo el proceso. Sobre esta última consideración, habremos de abundar posteriormente en los apartados subsecuentes, ya que es tema medular de esta exposición.

“Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

1. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la

autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV. Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo

testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación;

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra

prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes.”

Los derechos públicos subjetivos que se contienen en este precepto de la Constitución Federal, son importantísimos en el procedimiento penal, pues, consagra, principalmente, a favor del indiciado y posteriormente procesado, garantías individuales descolantes, que podemos sintetizar de la siguiente manera: derecho a la libertad provisional bajo caución; derecho a no autoincriminarse; derecho a ser informado del nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación; derecho a rendir

declaración preparatoria, a efecto de que en dicho acto, en atención al principio de contradicción que rige en el proceso penal y a la garantía de defensa, niegue los hechos que se le imputan o, explique la razón de su conducta; derecho a ser careado; derecho a ofrecer y a que se le reciban pruebas; derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez o jurado; derecho a tener defensor; y, derecho a ser juzgado en breve término.

Este artículo 20 constitucional, consagra además una garantía individual de la que no es sujeto activo el procesado, sino el ofendido o la víctima del delito, pues establece a favor de ésta, el derecho a recibir asesoría jurídica, atención médica de urgencia, y a obtener la reparación del daño cuando sea procedente. Como hemos apuntado en el capítulo primero de este trabajo, sobre dicha reparación ya se habían ocupado los códigos adjetivos del siglo pasado,(62) sin embargo, ahora se instituye convenientemente a rango de garantía individual.

“Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato (...)”

(62) Véase *supra* página 50, breve referencia al Código de Procedimientos Penales de 1880, para el distrito y territorios federales.

“(...) Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley (...)”

En este precepto de la Ley Fundamental, el constituyente delimitó las funciones de las autoridades administrativas y judiciales en materia penal; a éstas, corresponde exclusivamente la imposición de las penas, a aquéllas, la persecución de los delincuentes y el ejercicio de la acción penal. Resulta pertinente señalar que a raíz de las últimas reformas a la Constitución Política, ahora las resoluciones de los agentes del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal, podrán ser impugnadas en la vía jurisdiccional; empero, la ley secundaria no se ha ocupado de estas cuestiones, y sólo existen procedimientos administrativos que se siguen ante la Procuraduría, sea de Justicia del Distrito Federal o General de la República, para impugnar las citadas resoluciones.

“Artículo 23.- Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.”

Las garantías de seguridad jurídica consagradas en este artículo de la Carta Magna son: la de límite de instancias; la de *Nom Bis in Idem*; y, la que prohíbe absolver de la instancia.

Nos hemos inhibido de hacer mayores comentarios a los artículos constitucionales antes transcritos, pues ello rebasaría los límites del presente trabajo. Empero han quedado acotadas las garantías del gobernado que se refieren al procedimiento penal, las cuales, -como se dijo al inicio de este apartado- constituyen el sistema procesal penal constitucional. Cabe destacar que los códigos políticos de muchas naciones de América y Europa, no se ocupan con tanto esmero como nuestra Constitución Política, de los temas referentes al enjuiciamiento criminal, por lo cual, también en este aspecto es superior dicha Ley Fundamental.

Desde luego, debemos mencionar que la Constitución Federal sólo dá los lineamientos por los cuales debe encauzarse el procedimiento penal, señalando en todo caso las garantías de seguridad jurídica que puede impetrar en su favor el gobernado, en contra de los actos desplegados por las autoridades en ejercicio del poder público o de imperio, dejando a la ley secundaria la reglamentación de las cuestiones relativas a los demás actos, formas y formalidades que deben observarse en dicho procedimiento.

2. Artículo 19 constitucional.

Como lo habíamos advertido, ahora abordaremos el estudio del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual, consagra garantías de seguridad jurídica de suma importancia en el proceso penal. Por su relevancia en este trabajo, nuevamente lo transcribiremos en su parte conducente:

“Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que justifique con un 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 al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en

la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente (...)"

Diversos son los antecedentes constitucionales e históricos del dispositivo legal que nos ocupa, los cuales se remontan a la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, así como a los principales textos constitucionales vigentes en México en el siglo pasado, hasta el Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1 de diciembre de 1916.⁽⁶³⁾ Cabe advertir que todos y cada uno de estos antecedentes, se refieren en esencia a los requisitos, elementos, condiciones o circunstancias, que la autoridad debía observar cuando pretendiera someter a un gobernado a proceso penal. Sin embargo, no haremos especial alusión a cada uno de ellos, pues, además de resultar prolijo su análisis, excedería los límites de la presente exposición. Es pertinente señalar que por lo que respecta al segundo párrafo del artículo en comento, no se tiene noticia, por lo menos hasta el Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, de antecedentes históricos ni constitucionales. No obstante lo anterior,

(63) *Cfr.* Cámara de Diputados. H. Congreso de la Unión, LV Legislatura. *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*. Tomo III. Cuarta edición. Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor. México, 1994. pp. 825 y sigs.

sobre el contenido, en lo que nos interesa, de este último documento y del dictamen que se elaboró para que finalmente fuera aprobado, nos ocuparemos posteriormente.

A) El auto de plazo constitucional.

El primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Federal, instituye la garantía de un auto de formal prisión. A este auto, en la práctica, suele llamársele auto de término o de plazo constitucional, pues, ciertamente, debe dictarse en un plazo fatal de setenta y dos horas a partir de que el procesado es puesto a disposición del juez respectivo. Colín Sánchez, afirma que el citado auto "(...) es la resolución judicial que determina la situación jurídica del procesado al vencerse el término de setenta y dos horas, o en su caso el de 144 horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito y los datos suficientes para presumir la responsabilidad, y así señalar la conducta o hecho por la que ha de continuarse el proceso." (64) Esta definición la aceptamos con reserva de lo señalado en la última parte, pues el auto de formal prisión además de señalar los hechos que se le atribuyen al procesado, también debe señalar el delito por el que forzosamente deberá seguirse todo

(64) *Ob. Cit.* p. 389.

el proceso, entendiéndose por “delito”, la clasificación técnica-legal que el juzgador le dé a esos hechos, encuadrándolos en determinado tipo penal.

La garantía de seguridad jurídica referida con antelación, asegura a todo procesado que es detenido, que dicha detención no podrá exceder del plazo de setenta y dos horas a partir de que sea puesto a disposición de la autoridad judicial, sin que se justifique con un auto de formal prisión, siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le imputa y hagan probable su responsabilidad. Al estudiar las medidas cautelares que pueden decretarse en el procedimiento penal, el maestro García Ramírez señala que “(...) *la detención se presenta en tres hipótesis, que configuran otras tantas especies, diferenciables en orden a los efectos que producen y a las personas que privan de la libertad al presunto delincuente: a) detención por cualquier individuo, en casos de delito flagrante o cuasiflagrante y de presunción de flagrancia (artículo 16 C., 267 Cdf. y 194 Cf.); b) detención por autoridad administrativa, justificada merced a la urgencia (artículos 16 C., 268 Cdf. y 193 Cf.), y c) detención por orden de la autoridad jurisdiccional, mandamiento constitutivo de la... orden de aprehensión.*” (65) Resulta pertinente aclarar, que los

(65) *Ob. Cit.* p. 575.

artículos del Código Federal de Procedimientos Penales (Cf.), señalados por el autor en cita en los incisos a) y b), actualmente corresponden a los numerales 193 y 194 de dicho ordenamiento, respectivamente.

En este orden de ideas, debemos apuntar que no obstante que tanto la detención como la prisión preventiva, revisten el carácter de medidas cautelares, la primera es menos rígida y tiene un plazo de duración de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial;(66) en cambio la segunda, es más severa y permanente, e inclusive, como hemos estudiado anteriormente, sólo procede tratándose de delitos que merezcan ser sancionados con pena corporal, y comienza a partir de que se haya dictado el auto de formal prisión, hasta la conclusión del proceso. Ahora bien, con el dictado del referido auto de formal prisión, concluye la primera parte de la instrucción del proceso, la cual, según se dijo, comienza cuando el juez dicta el auto de radicación. Pues bien, en dicha etapa procesal se llevan a cabo actos procesales de suma importancia, como lo es la declaración preparatoria del procesado, la cual debe diligenciarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de haber sido consignado al juez

(66) Se discute entre los diversos autores de la materia, si el plazo es de 72 o 75 horas, pues, conforme al propio artículo 19 constitucional, los custodios que no reciban copia autorizada del referido auto en el plazo señalado en dicho artículo (72 horas), deberán llamar la atención del juez al respecto, y si no reciben la actuación mencionada *dentro de las tres horas siguientes*, pondrán al inculpado en libertad. Así, el plazo ya no sería de 72 horas, sino de 75.

penal correspondiente; así lo determina el artículo 20, fracción III, constitucional. Efectivamente, el precepto citado con antelación, determina que a todo procesado penalmente, *“se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria (...)”*. Luego entonces, tiene razón Zamora-Pierce cuando afirma que existe una relación entre el artículo 19 constitucional y el anteriormente transcrito, ya que el constituyente garantizó al procesado que antes de dictársele un auto de formal prisión, debía ser escuchado en su defensa, cumpliéndose en esta forma con la garantía de audiencia. (67)

Ciertamente, la diligencia en cuestión adquiere una relevancia suprema en la tramitación del proceso, pues en la misma, como se ha apuntado, se le hará saber al procesado de una manera formal, los hechos que se le imputan así como el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, con el objeto, indudablemente, de que pueda ejercitar el derecho de defensa que la propia constitución le otorga. En ejercicio de tal derecho, y conociendo la identidad de su acusador, es posible que el probable responsable

(67) *Ob. Cit.* p. 82.

pueda aclarar a la autoridad judicial como sucedieron verdaderamente los hechos que se le imputan, o explicar las razones de su proceder, pudiendo desde ese momento, ofrecer las pruebas que resulten conducentes para el esclarecimiento de la verdad. Así, la declaración preparatoria debe ajustarse, en todo caso, a lo dispuesto en los artículos 287 y siguientes, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, o en su caso, tratándose de procesos en materia de fuero federal, a lo dispuesto por los artículos 153 y siguientes del Código adjetivo penal federal.

Con los antecedentes aportados por el agente del Ministerio Público, esto es, todas y cada una de las diligencias practicadas durante la averiguación previa, así como con las actuaciones realizadas y pruebas ofrecidas por las partes en el proceso, el juez estará en aptitud de resolver si dicta un auto de formal prisión o de bien preso, por haberse acreditado debidamente los elementos del tipo penal del delito que se imputa al procesado y su probable responsabilidad, o contrariamente, dicta un auto de libertad por falta de elementos para procesar, por no haberse acreditado las anteriores circunstancias.

Ahora bien, de considerarse por la autoridad judicial que los referidos requisitos de fondo del auto que nos ocupa están

debidamente acreditados, entonces, dicha resolución deberá cumplir con los siguientes requisitos de forma,(68) derivados del artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales:

“I. Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el Capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar;

II. Que estén acreditados los elementos del tipo del delito que tenga señalada sanción privativa de libertad;

III. Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculpado; y

IV. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal (...)”

Finalmente, debemos acotar que la doctrina señala que el auto de formal prisión produce diversos efectos o consecuencias, derivados tanto de la Constitución Federal, así como de los Códigos adjetivos penales respectivos. Empero, tomando en cuenta la anterior advertencia, consideramos que los más relevantes son los que a continuación se apuntan:

(68) Véase *supra* página 80, requisitos formales del auto de bien preso, en la legislación adjetiva penal del Distrito Federal.

a) Justifica la prisión preventiva; toda vez que como hemos señalado anteriormente, esta medida cautelar es permanente y durará hasta la terminación del proceso, sin embargo, es preciso el dictado de dicho auto en los términos antes expresados, para que tal medida pueda considerarse ajustada a derecho.

b) Fija la litis; es decir, el juez en cumplimiento al segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determinará el tema por el que se deberá seguir forzosamente todo el proceso, señalando con toda exactitud, los hechos imputados al procesado, así como la clasificación jurídica de los mismos, encuadrándolos a determinado tipo penal.

c) Suspende las prerrogativas del ciudadano; tal sanción deriva de lo prescrito por el artículo 38, fracción II, del Pacto Federal.

d) Señala el inicio del computo de los plazos a que se refiere la fracción VIII del artículo 20 constitucional, al cual hicimos mención en el apartado anterior.

e) Termina la primera parte de la instrucción, y dá comienzo a la segunda, es decir, a la etapa probatoria.

f) Comprueba que la autoridad judicial cumplió con la obligación que le impone el artículo 19 constitucional, al haber resuelto en tiempo la situación jurídica del procesado.

g) Ordena se identifique al procesado, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 298 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, o 165 del Código adjetivo penal federal, según se trate de un proceso en materia de fuero común, o en materia de fuero federal, respectivamente.

Es pertinente señalar que los efectos señalados en los incisos b), d) y e), también son aplicables al auto de sujeción a proceso, y del cual, ya hemos mencionado sus requisitos en el capítulo anterior.

B) Fijación de la litis.

Hemos indicado que uno de los efectos o consecuencias del auto de formal prisión, es precisamente la fijación de la litis; esto es, la determinación exacta del tema o base por la que deberá seguirse todo el proceso. El artículo cuyo estudio nos ocupa, en su segundo

párrafo determina: “(...) *Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso (...)*”. Lo consagrado por este segundo párrafo del artículo 19 constitucional, es una garantía de seguridad jurídica descollante, a la cual se le ha dado en llamar doctrinalmente como la garantía de litis cerrada; en efecto, el constituyente de 1917, quiso asegurar a toda persona que fuera sometida a un proceso penal, que la litis en éste debería ser cerrada, encomendando a la autoridad judicial, la obligación y responsabilidad de señalar en el auto de formal prisión, la clasificación típica que correspondiera a los hechos consignados por el agente del Ministerio Público; la cual, lo mismo que los hechos, por ninguna circunstancia podría ser posteriormente cambiada.

Ahora bien, de la lectura del segundo párrafo del precepto constitucional transcrito anteriormente, podemos inferir dos situaciones sobresalientes; la primera de ellas, es la relativa al sujeto que debe fijar la litis, que en la especie, no cabe ninguna duda que es el juez penal respectivo, pues el mandato constitucional es bien claro cuando afirma que el proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, luego entonces, si el dictado de las referidas resoluciones es una obligación impuesta por la Ley Fundamental a la autoridad judicial (y una garantía para el procesado), es evidente que dicha autoridad es la responsable de fijar la litis en el proceso. La segunda

situación trascendente, es la relativa al momento en que debe hacerse tal fijación, el cual se puede deducir fácilmente de lo anterior, pues, ese momento será precisamente cuando se dicte el multicitado auto de formal procesamiento.

Por otra parte, resulta pertinente señalar que en algunos países con la misma tradición jurídica que la nuestra, como Cuba, Colombia, Panamá, Argentina, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Perú, Venezuela, España, e incluso, sin el mismo sistema jurídico, como lo son los Estados Unidos de América, no se observa en sus respectivas constituciones, que el legislador de aquéllos Estados haya instituido a favor de los procesados la garantía de litis cerrada en el proceso penal, o algo parecido; y ello obedece principalmente, desde nuestro personal concepto, a dos circunstancias.

La primera, es que dichas leyes fundamentales -como se dijo en otra ocasión- no regulan con tanto esmero como la nuestra, lo relativo al procedimiento penal, por lo cual nuestra Constitución también en ese aspecto es superior, por lo menos en teoría; sin embargo, es menester aclarar que en dichas legislaciones sí se prevé algo que podríamos comparar con el auto de formal prisión que existe en nuestro sistema procesal penal constitucional, por lo que

resulta inconcuso que en aquéllos países las autoridades correspondientes, también tienen que cumplir con una serie de requisitos, condiciones, etcétera, para poder privar válidamente de la libertad a una persona; requisitos y condiciones que no es del caso señalar.

La segunda, es porque la garantía de litis cerrada es obra del constituyente de Querétaro de 1917; ya en otra ocasión habíamos advertido que ni en nuestro país se tienen antecedentes históricos ni constitucionales al respecto. Así es, el antecedente inmediato de la mencionada garantía lo encontramos en el Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1 de diciembre de 1917; el artículo 19 de dicho proyecto, en su parte conducente apuntaba: *“Los hechos señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso, y no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.”* El párrafo antes transcrito fue modificado en la 26a sesión ordinaria del Congreso Constituyente el viernes 29 de diciembre de 1916, en virtud de un dictamen elaborado por los señores diputados Francisco J. Múgica, Alberto Román L., G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga. Sin embargo, de las

razones que tomó en cuenta el legislador para modificar tal proyecto, nos ocuparemos en líneas posteriores.

C) Hechos atribuidos al procesado en el auto de formal prisión y de sujeción a proceso.

Los hechos atribuidos al procesado en el auto de formal procesamiento, al igual que la clasificación jurídica de los mismos, forman parte integrante de la litis, y por lo tanto, resulta evidente que tampoco podrán ser alterados, pues, es obvio que los mismos son actos que ya ocurrieron, que ya se consumaron, y por ello, de ninguna manera pueden ser modificados.

En este sentido, la Constitución Federal dispone tajantemente que *"(...) Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente (...)";* en esta parte del artículo 19 constitucional, se establece lo que podemos llamar coloquialmente, la "válvula de escape" al falso problema que existe

en la doctrina y en la práctica procesal penal, respecto al problema planteado a continuación: ¿Qué hacer cuando alguien es procesado por lesiones, y posteriormente acontece la muerte del lesionado como consecuencia de las mismas?, ¿Se le podrá condenar por homicidio, conforme a los nuevos datos aportados por el agente del Ministerio Público?; lo mismo sucede en el caso de quién es procesado por estupro, y posteriormente se comprueba que no se cometió tal delito, sino el de violación, ¿Qué hacer en estos casos que preocupan tanto a la doctrina? Lo hemos advertido con antelación, la propia Ley Fundamental en la segunda parte del párrafo en cuestión, nos da la respuesta; efectivamente, si acontecieran tales circunstancias, es inconcuso que se estaría hablando de hechos delictivos diversos a los señalados en el auto de formal procesamiento, luego entonces, esto daría lugar a un nuevo ejercicio de la acción penal, pues indudablemente que son hechos constitutivos de delitos diversos a los que se señalaron en el auto de formal procesamiento y por los cuales se está siguiendo el proceso. No hacer lo señalado con antelación, y sentenciar a alguien por hechos diversos a los señalados en el auto de formal procesamiento, acarrearía graves consecuencias en perjuicio del procesado, las cuales redundan a su vez en violaciones a diferentes normas de la Constitución. Por lo que se refiere a los cuestionamientos que acabamos de formular, más adelante reflexionaremos acerca de dichas hipótesis.

Resulta pertinente señalar, que el artículo 19 de la Constitución General de la República en la parte arriba transcrita, emplea la palabra “delito”, en el sentido de hechos delictuosos que pudieran aparecer durante la tramitación del proceso, los cuales, como se ha mencionado, no podrán formar parte de la litis que ya se había planteado anteriormente en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; por consiguiente, esos “nuevos” hechos delictuosos que pudieran aparecer en el curso del proceso, deberán ser objeto de averiguación separada y de un nuevo ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente; eso sí, siempre y cuando se considere por el agente del Ministerio Público que configuran otro ilícito penal. (69)

Ahora bien, el fin que el constituyente quiso alcanzar consagrando tal garantía de seguridad jurídica, fue que el procesado tuviera la certeza y supiera exactamente, sobre que hechos se le pretendía fincar responsabilidad penal, pues de esta manera, podría ejercer adecuadamente su garantía de defensa; recordemos en este punto lo precisado en el inciso A) de este capítulo, respecto a que la Carta Magna en el artículo 20, fracción III, ordena que se le haga saber al procesado en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su

(69) *Cfr. Zamora-Pierce, Jesús. Ob. Cit. pp. 136 y 137*

acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria.

La doctrina es unánime al establecer que no deben modificarse los hechos señalados en el auto de formal procesamiento, sin embargo, buena parte de la misma no acepta que también la clasificación jurídica de los mismos es invariable, lo que consideramos, es contrario a la garantía de litis cerrada en estudio.

3. Importancia de la clasificación de los hechos en el procedimiento penal.

Se ha dicho que la materia, base o tema por la que ha de seguirse un proceso penal, debe señalarse indefectiblemente en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Así, el juez en dichas resoluciones señalará con precisión los hechos imputados al procesado, así como la clasificación jurídica que les corresponda de acuerdo a los tipos delictivos contenidos en el Código Penal.

El tema que estamos abordando, en algunas ocasiones, ha sido motivo de apasionadas discusiones en la doctrina, ya que si bien se dijo es unánime respecto a la imposibilidad jurídica de modificar los hechos que se imputan al procesado al ejercitar el agente del Ministerio Público la acción penal, y que sirven de base para dictar el auto de formal procesamiento, lo cierto es que por lo que respecta a la clasificación típica de esos hechos, hay puntos en debate.

En efecto, un amplio sector de la doctrina en México(70), sostiene que la clasificación típica que de ellos haga el juzgador en el auto citado con antelación, sí es susceptible de ser modificada durante la secuela procesal, en las conclusiones e incluso en la sentencia misma; o sea, se pronuncia en el sentido de que la reclasificación típica de los hechos en el proceso penal es perfectamente constitucional, ya que el segundo párrafo del artículo 19 de la Carta Magna, lo que prohíbe es que se cambie arbitrariamente la substancia de los hechos que sirvieron de base para dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pero no una simple clasificación técnico legal.

(70) *Cfr.* Acero, Julio. *Procedimiento Penal*. Séptima edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla, 1976. pp. 142 y sigs.; Borja Osomo, Guillermo. *Derecho Procesal Penal*. Primera reimpresión. Editorial Cajica, S.A. Puebla, 1977. pp. 224, 397 y sigs.; Briseño Sierra, Humberto. *Ob. Cit.* p. 67; Burgoa O. Ignacio. *Ob. Cit.* p.645; Colín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.* pp. 578 y sigs.; Franco Sodi, Carlos. *El Procedimiento Penal Mexicano*. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. 1937. pp. 407 y 408; García Ramírez, Sergio. *Ob. Cit.* pp. 528, 562 y 563; González Bustamante, Juan José. *Ob. Cit.* pp. 191 y 192; Mancilla Ovando, Jorge Alberto. *Ob. Cit.* p. 135; Pérez Palma, Rafael. *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1974. pp. 239 y sigs.; Silva Silva, Jorge Alberto. *Ob. Cit.* pp. 322 y sigs.

Así las cosas, se sostiene fundamentalmente por múltiples autores⁽⁷¹⁾, que sería injusto que a una persona que se le haya dictado auto de formal prisión por el delito de lesiones, y que posteriormente el sujeto pasivo falleciera a consecuencia de las lesiones inferidas por el activo, no se le sentenciara y condenara por el delito de homicidio; o aquél que se le haya dictado auto de formal procesamiento por el delito de robo y que por datos posteriores se confirmara que no se cometió tal delito, sino abuso de confianza o fraude; o el caso de aquél que se le siguiera proceso por estupro y que se demostrara que en realidad fue violación, sería, insiste un amplio sector doctrinal, injusto que se absolviera a quienes fueron procesados por el delito (clasificación típica) señalado en el auto de formal procesamiento, no obstante que se haya demostrado su culpabilidad por el delito realmente cometido.

Concretando los criterios antes expuestos, podemos decir que buena parte de la doctrina, afirma que la recta y racional interpretación del segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Federal, nos lleva a las siguientes conclusiones: los hechos que dieron motivo a la incoación del proceso, y que posteriormente sirvieron de base para dictar el multicitado auto de formal procesamiento, de ninguna manera pueden ser variados en la secuela procesal, ni en las conclusiones que formule el agente del

⁽⁷¹⁾ *Idem.*

Ministerio Público, ni en la sentencia que dicte el instructor de la causa; esto es, no se podrán adicionar los hechos atribuidos al procesado en el auto antes indicado. Sin embargo, la clasificación jurídica que de los hechos atribuidos al procesado haga el juez penal en el auto de término o plazo constitucional, sí es susceptible de modificarse posteriormente al dictado de dicho auto, sea en las conclusiones o en la sentencia; toda vez que, algunos autores,⁽⁷²⁾ sostienen que la defensa debe encaminarse a probar la no implicación del procesado en los hechos que se le atribuyen, más no en contra de una clasificación legal.

Ahora bien, los criterios antes apuntados, son sin lugar a dudas bien intencionados y preocupados por la administración de justicia en nuestro país, ya que a través de ellos se pretende desaparezca la impunidad que podría darse por un error o deficiencia del juzgador al clasificar los hechos consignados por el agente del Ministerio Público, y que, consecuentemente, daría lugar a la absolución del procesado por no haberse hecho de manera correcta tal clasificación jurídica. Empero, no obstante la buena intención que ilumina estos criterios, los mismos resultan equívocos y transgresores del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁽⁷²⁾ Acero. Julio. *Ob. Cit.* p. 147; García Ramírez, Sergio. *Ob. Cit.* p. 562.

En efecto, la intención del legislador constituyente al redactar el segundo párrafo del artículo constitucional cuyo estudio nos ocupa, fue muy clara, y se refleja en un dictamen que se leyó en la 26a sesión ordinaria del Congreso Constituyente de 1916, celebrada la tarde del viernes 29 de diciembre de 1916, respecto al artículo 19 del Proyecto de Constitución, el cual, por su importancia en esta exposición, nos permitimos transcribir:

“Ciudadanos diputados:

El artículo 19 del Proyecto de Constitución es idéntico, substancialmente, al de la Constitución de 1857; pero en el Proyecto se precisan los requisitos mediante los cuales debe dictarse un auto de formal prisión; así es que la garantía queda mejor definida y asegurada. Además, en el nuevo artículo se prohíbe terminantemente cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso; si en el curso de la averiguación se descubre que el delito cometido realmente es distinto del que motivó la incoación de la causa o que, además de ese delito se ha cometido otro, debe abrirse averiguación por separado. Esta reforma es muy conveniente, porque evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó.

*La Comisión sugiere solamente una enmienda de estilo en la primera parte del párrafo segundo del artículo, para hacer más claro el concepto. **Los hechos señalados en el auto de formal prisión***

no podrán, indudablemente cambiarse, supuesto que han sido consumados; la calificación de ellos es lo que podría alterarse; creemos que esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso se seguirá en averiguación solamente del delito o delitos imputados en el auto de formal prisión.

Por tanto, consultamos a esta honorable Asamblea, la aprobación del citado artículo en esta forma (...)” (73)

Una vez leído el dictamen de referencia, los integrantes de la Asamblea aprobaron sin discusión y por unanimidad de 165 votos, el texto del artículo 19 constitucional, mismo que a la fecha, salvo por algunas pequeñas reformas, es el que actualmente conocemos.

Así las cosas es claro que la intención del legislador al determinar que “(...) Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso (...)”, se refería sin lugar a dudas a la clasificación típica que de los hechos hiciera el instructor de la causa; por consiguiente, lo que en realidad ordena el artículo 19 de la Ley Fundamental en su segundo párrafo, es que el proceso debe seguirse forzosamente por los hechos atribuidos al procesado y por la clasificación típica de los mismos, señalados en el auto de formal procesamiento.

(73) *Cfr.* Cámara de Diputados. H. Congreso de la Unión, LV Legislatura. *Ob. Cit.* p. 833.

Nosotros consideramos que el anterior criterio es el correcto, el cual, tanto la doctrina, como la ley secundaria y, en algunas ocasiones, la jurisprudencia han soslayado, principalmente bajo los argumentos que en líneas arriba hemos mencionado. Pensemos ahora en lo ilógico que resulta ser el criterio doctrinal antes referido. Se dice que la clasificación jurídica es lo que sí puede variarse en la secuela procesal, sea en las conclusiones, e inclusive en la sentencia; luego, si es susceptible de ser alterada dicha clasificación jurídica, entonces surge la pregunta: ¿Para qué clasificamos jurídicamente los hechos en el auto de formal procesamiento?, ¿Es posible reclasificar el delito despreocupadamente en cualquier etapa procesal? A la luz de lo expuesto por la mayoría de la doctrina, resulta absurdo que el juez se esmere, al dictar auto de formal procesamiento, en clasificar jurídicamente los hechos consignados por el agente del Ministerio Público, pues, si lo único que prohíbe la disposición constitucional en estudio es variar los hechos que sirvieron de base para dictar el referido auto, basta con que los mismos sean los que queden debidamente precisados en el auto de formal procesamiento, sin que, por consecuencia, haya necesidad de atribuirles un *nomen juris*.

Ahora bien, si la doctrina se pronuncia por la validez constitucional de la reclasificación del delito, es obvio que está de acuerdo que en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, debe hacerse una

clasificación, es decir, no niega que deba hacerse tal clasificación jurídica de los hechos en las citadas resoluciones. Sin embargo, insistimos, ¿Cuál es entonces el objeto de hacer tal clasificación, si la misma no tiene ninguna firmeza jurídica? En todo caso, según la interpretación de los referidos autores, lo único que exige el artículo 19 de la Carta Magna, es que sólo se precisen en el auto de formal procesamiento los hechos atribuidos al procesado. Así, resulta de sobra clasificarlos, y más aún, sería transgresor del *principio de legalidad*, el cual ordena que los funcionarios del Estado (en este caso en concreto, sus funcionarios judiciales) sólo pueden hacer lo que la ley les determina, en cambio los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba (74); luego, si lo que quiso decir el constituyente con la expresión: "(...) Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso (...)", es que el proceso debía seguirse por los *hechos* atribuidos al procesado en el referido auto, entonces no hay ninguna obligación del instructor de la causa para hacer una clasificación jurídica de los mismos, toda vez que la ley no se lo determina.

Empero, seguir este criterio ilógico y, además, transgresor del artículo 19 del pacto federal, que en algunos casos acepta que sea hasta la sentencia cuando pueda hacerse la clasificación correcta de

(74) *Cfr.* Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano*. Primera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993. p. 537.

los hechos, resultaría grave para la adecuada defensa del procesado y para una buena administración de justicia, pues vaya emboscada en la que naufragaría aquélla, ante semejante acusación amorfa y omnímoda. (75) Amorfa, pues no se le estaría dando a los hechos atribuidos al procesado su nombre jurídico, o en otras palabras, no se estaría especificando que tipo penal configuran; y omnímoda, pues el procesado podrá ser condenado por los delitos que al agente del Ministerio Público en las conclusiones, o al juez en la sentencia, les venga en gana; y este resultado es el que precisamente quiso evitar el constituyente de 1917, por ello, instituyó a grado de garantía del gobernado, la litis cerrada en el proceso penal. No nos engañemos ni pretendamos tergiversar los mandatos constitucionales, pues es claro que si en el auto de formal procesamiento se tiene que hacer la clasificación técnica-legal de los hechos atribuidos al procesado encuadrándolos en determinado tipo penal, es por la razón, en primer lugar, de que por ese delito debe seguirse forzosamente todo el proceso, y en segundo lugar, porque dicha clasificación jurídica se hace con el objeto de que el procesado conozca que delito se le está imputando, y por lo tanto, en contra del cual debe encaminar su defensa. Que vergonzoso es para nuestro sistema jurídico, y en particular para todo el sistema procesal penal establecido en la Constitución Federal, el que se pretenda tanto por la doctrina, como por la ley secundaria y la jurisprudencia, que en las

(75) Zamora-Pierce, Jesús. *Ob. Cit.* pp. 136 y 143.

conclusiones, e inclusive, en la sentencia, se este apenas haciendo una correcta clasificación de los hechos, siendo que esto debe hacerse, en cumplimiento a la garantía de litis cerrada, desde el auto de formal procesamiento.

Por otra parte, es falso que la defensa de un procesado se deba a centrar sólo a demostrar la no implicación del mismo en los hechos que se le imputan, pues aquélla también puede dirigirse a destruir, los elementos del delito, con los correspondientes aspectos negativos del mismo, es decir, a demostrar -como hemos advertido en el capítulo que antecede- que la conducta no existió, o que la misma resulta atípica, o no obstante que resultara típica, esté amparada por una causa de justificación, o bien, que siendo la conducta típicamente antijurídica, no exista un nexo intelectual y emocional entre el sujeto que la realizó y el acto mismo, y que por ello no le sea reprochable. En este orden de ideas, es inconcuso que una adecuada defensa también debe ocuparse de eliminar los elementos del delito, pues a fin de cuentas, en ello radicará principalmente que tenga éxito. Pensar como algunos autores, en el sentido de que la defensa se debe centrar en el debate de hechos y no de "fórmulas" o "etiquetas" legales, es un criterio, consideramos, muy superficial y, además, atentatorio de toda la ciencia del Derecho Penal, pues, resultaría inútil que se hayan elaborado tantos y tan importantísimos conceptos al rededor del delito, los cuales han contribuido a formar una serie de teorías acerca de éste, si en un

momento dado, según ese criterio, no sirven para nada, so pretexto de que "(...) *el Procedimiento penal tiene que ser esencialmente humano y efectivo porque tiende a combatir un mal social: el delito, no en su esencia conceptual o abstracta, sino en su traducción práctica de actos nocivos de los delincuentes (...)*" (76) En este sentido se ha llegado a decir, de manera inexacta, por Borja Osorno, que el acusado se defiende de la conducta que se le imputa y no del nombre jurídico que se dé a esa conducta, y que por lo mismo no se puede decir que se le deje en estado de indefensión, cuando hay cambio de nombre jurídico sin que se le oiga en su defensa "(...) *máxime que el acusado, por regla general, no tiene conocimientos profundos en la ciencia jurídica (...)*" (77); y esto es verdaderamente inaceptable, pues, si bien es cierto que el procesado no es un penalista encumbrado, en cambio su abogado si pudiera serlo, y es este último quien, en todo caso, va a defenderlo tanto de los hechos que se le imputan, como del tipo penal que se dice configuran. Lo sostenido por el autor en cita, desde nuestro concepto, es lamentable, pues en un estado de derecho como el nuestro, es inadmisibile que se diga que no se deja en estado de indefensión al procesado si no se le informa sobre el cambio de clasificación del delito por el que se le procesa, bajo el argumento de que aquél no tiene conocimientos sobre la ciencia jurídica. En fin, a ese extremo se ha llegado por algunos, en su afán de tergiversar el sentido

(76) Acero, Julio. *Ob. Cit.* p. 147

(77) *Ob. Cit.* p. 404.

exacto del segundo párrafo del artículo 19 constitucional.

A) La consignación.

“La consignación, es el acto procesal, a través del cual, el Estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercita la acción penal”(78) El artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal determina: *“Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda (...)”* El objeto principal de tal acto, es hacer del conocimiento de la autoridad judicial, que determinada persona o personas probablemente sean responsables de la comisión de algún delito o delitos, toda vez que las investigaciones realizadas por la autoridad ministerial, así lo demuestran, y todo ello, para el efecto de que se inicie un proceso penal en contra de dichos individuos.

El escrito por el que el agente del Ministerio Público ejercita la acción penal, se ha dado en llamar en la práctica judicial del Distrito Federal, y aún se reconoce por el artículo 134 del Código Federal de

(78) Colín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.* p. 353.

Procedimientos Penales, como *pliego de consignación*, documento en el cual, según el dispositivo legal en cita, el mencionado funcionario debe hacer "(...) *expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que, a su juicio, puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20 fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los preceptos de este Código relativos a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo referente a la determinación del tipo penal, como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía.*"

Ahora bien, es criterio uniforme entre los diversos autores,(79) que la clasificación jurídica de los hechos presuntamente delictuosos, hecha por el agente del Ministerio Público en la consignación, no pasa de ser una simple opinión. Siguiendo esta corriente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas ejecutorias ha sostenido idéntico criterio, verbigracia, la que lleva por rubro "MINISTERIO PUBLICO. CONSIGNACIÓN DEL, Y AUTO DE FORMAL PRISIÓN INCONGRUENTES, AUSENCIA DE VIOLACIÓN DE GARANTÍAS."(80) No obstante lo expuesto con antelación, consideramos, que la clasificación jurídica que de los hechos que se atribuyan al indiciado, realice el agente del Ministerio Público, es

(79) Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.* p. 578; González Bustamante, Juan José. *Ob. Cit.* p. 192; Zamora-Pierce, Jesús. *Ob. Cit.* p. 139.

(80) *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima época, Segunda parte, Vol. 32, página 48, A.D. 1980/71, José Luis Piedra Niebla.

importante y de ninguna manera debe subestimarse, porque si bien es cierto que a las partes les toca narrar los hechos, y a la autoridad judicial decir o declarar el derecho, ello no es óbice para que dicho funcionario realice de manera técnica-científica, una clasificación correcta de los hechos que motivan la incoación del proceso; esto es, la institución del Ministerio Público, está dotada (o por lo menos así debería de ser) de personas que reúnen las capacidades de especialización técnica que requiere el ser miembro de dicha institución; no olvidemos que por mandato de la Constitución Federal, los funcionarios que forman parte de dicho subórgano administrativo del Estado, son los encargados de perseguir a los delincuentes, y esto último, entendido en el amplio sentido de su función persecutoria, la cual, implica realizar todos aquéllos actos tendentes a hacer efectiva la pretensión punitiva del citado ente soberano; y precisamente, entre tales actos se encuentra el relativo a realizar una adecuada clasificación de los hechos consignados a la autoridad jurisdiccional; empero, para realizarla resulta una necesidad insalvable se tengan conocimientos profundos sobre la ciencia del derecho penal, y desde luego, del derecho procesal penal.

Es verdad, como en otra ocasión referimos, que es la autoridad judicial la que tiene la obligación y la responsabilidad de hacer tal clasificación al fijar la litis en el proceso, pero ello no es obstáculo para que el agente del Ministerio Público se conduzca con

profesionalismo, capacidad y responsabilidad al hacer la suya, en cumplimiento a la alta encomienda que le hace el Código Político Máximo de la Nación. Sostener un punto de vista contrario, equivaldría a pensar que el único capacitado para realizar la clasificación típica de los hechos que motivan la iniciación del proceso, es el juez penal, pero entonces estaríamos atribuyéndole un carácter de infalible, lo cual, es inaceptable, toda vez que aun el juez podría errar al hacerla; consecuentemente, el agente del Ministerio Público desde el momento que realiza la consignación, puede dar una pauta certera sobre el delito por el cual deba seguirse forzosamente todo el proceso. En ello radica, desde nuestro punto de vista, la importancia de la clasificación jurídica de los hechos consignados, hasta por la entonces autoridad investigadora. (81) Posteriormente nos ocuparemos de como puede prevalecer el criterio del "representante social", sobre la clasificación jurídica de los hechos.

(81) Desgraciadamente, dada la corrupción prevalente entre los integrantes de los subórganos tanto Federal como del Distrito Federal encargados de la persecución de los delincuentes, es muy difícil encontrar alguien comprometido con las necesidades de nuestro país en el ámbito de procuración de justicia, por esta razón, es claro que hasta que no se disipen los miasmas de los "compadrazgos" y las "palancas", sea cuando se contrate a gente capaz y con ganas de trabajar en dicha institución, y no a quienes sólo anhelan llegar a ser "Ministerio Público", con el objeto de seguir enlodando a la institución, y consecuentemente, obstruyendo incesantemente la procuración de justicia.

B) El auto de formal procesamiento.

De especial importancia resulta la clasificación típica de los hechos en el auto de formal procesamiento. Hemos referido reiteradamente que la fijación de la litis se tiene que realizar al momento que el juez dicte el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; esto es, se deberán precisar los hechos que se le imputan al procesado y la clasificación típica que les corresponda. Parece sencilla la tarea de clasificar los hechos de acuerdo al tipo penal que configuran; empero, ciertamente es un acto un tanto complejo, ya que por la estructura que presentan los diversos tipos penales, es menester se tengan conocimientos de Derecho Penal sustantivo, y sobre todo, de la teoría del delito, herramienta técnica-científica que facilita esa tarea, pues utilizándola correctamente, sabremos si determinado hecho constituye o no, un ilícito penal de aquéllos contemplados por la ley. En efecto, hay tipos delictivos básicos, especiales y complementados, mismos que no obstante protegen el mismo objeto o bien jurídico, se diferencian por la estructura que cada uno de ellos presenta. El ilustre penalista Mariano Jiménez Huerta, citado por García Ramírez,(82) expone claramente la clasificación antes citada y afirma:

"Es un tipo básico aquel en que cualquier lesión del bien jurídico

(82) *Ob. Cit.* pp. 524 y 525.

basta por sí sola para integrar un delito. Los tipos básicos constituyen la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código. Dentro, por ejemplo, del cuadro de los delitos contra la vida, es tipo básico el de homicidio descrito en el artículo 302; y dentro del marco de los delitos contra el patrimonio son, también por vía de ejemplo, figuras básicas, las de robo y fraude descritas en los artículos 367 y 386 respectivamente.

Adyacentes a los tipos básicos aparecen en el sistema penal los tipos especiales y los complementados. Caracteriza unos y otros el hecho de tutelar el propio bien jurídico ya protegido en un tipo básico, pero con especial consideración de concretas peculiaridades o determinadas circunstancias que aumentan o disminuyen la intensidad antijurídica de la conducta tipificada. Se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que en tanto que el tipo especial excluye la aplicación del básico, el complementado no solamente no la excluye, sino que presupone su presencia, a la que se agrega como aditamento la norma que contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad. Unos y otros pueden subdividirse en agravados y privilegiados. Es un tipo especial y agravado, en relación al básico de homicidio, el de parricidio que tipifica el artículo 323; y es un tipo especial y privilegiado, en referencia al mismo tipo básico de homicidio, el de infanticidio descrito en el artículo 325; y siempre en orden al tantas veces mencionado tipo básico de homicidio, es un tipo complementado y agravado el de homicidio premeditado, alevoso, ventajoso o traicionero a que se refieren los artículos 315 a

319; y complementado y privilegiado, el de homicidio en riña o en duelo recogido en el artículo 308. Y por cuanto atañe a los delitos contra el patrimonio, son delitos complementados y agravados, el de robo ejecutado con violencia a que se refiere el artículo 372 y el de fraude maquinado descrito en el párrafo in fine del 386; y es un tipo especial y privilegiado el de robo de uso que tipifica el 380.” Cabe aclarar que los tipos relativos al parricidio e infanticidio, y el párrafo de fraude maquinado a que alude el autor en cita, en la actualidad han sido derogados y suprimido del Código Penal Federal, sin embargo, son útiles ejemplos de la clasificación antes acotada.

Ahora bien, para dictar un auto de formal procesamiento, hemos señalado que la ley exige se acrediten los elementos del tipo y la probable responsabilidad del procesado; tales requisitos son insalvables y constituyen los requisitos de fondo del auto en cuestión. En este orden de ideas, y a propósito de la clasificación de los tipos penales, debemos aclarar que no estamos de acuerdo con quienes⁽⁸³⁾ sostienen que tratándose de un mismo género de delitos, es posible la reclasificación jurídica de los hechos, sea en las conclusiones o en la sentencia, de aquella que se hubiere realizado en el auto de formal procesamiento, pues, en los casos de “lesiones-homicidio”, de “violación-estupro-incesto”, o de “robo-fraude-abuso de confianza”, cada uno de estos tipos delictivos son enteramente

⁽⁸³⁾ Cfr. Acero, Julio. *Ob. Cit.* pp. 144, 146 y 147; Pérez Palma, Rafael. *Ob. Cit.* pp. 239 y 241.

distintos; ciertamente cada uno de esos géneros de delitos protegen el mismo bien u objeto jurídico, sin embargo, los diversos tipos penales presentan elementos que los hacen diferentes; en efecto, no es lo mismo que el sujeto activo del delito obtenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio del engaño, a que dicho sujeto emplee la violencia física o moral para obtener tal cópula; o bien, no es lo mismo que el sujeto activo se apodere de una cosa ajena mueble sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, a que por medio del engaño o aprovechándose del error en que se encuentra el pasivo del delito, se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido; en fin, los ejemplos pueden ser muchos, y por ello insistimos en la importancia que tiene la teoría del delito en la clasificación de los hechos imputados al procesado, ya que es inaceptable que tanto el agente del Ministerio Público, como el juez en su oportunidad, puedan confundir tipos delictivos. Cabe aclarar, que el éxito de hacer una clasificación adecuada de los hechos, radicará en una correcta y completa investigación que realice la autoridad encargada de ello, porque, pensemos en lo injusto e irresponsable que sería consignar a una persona por un delito tan grave como la violación, cuando en realidad se cometió un estupro, y en estos casos, es deber del juez penal vigilar que no se cometa tal injusticia, pues, si la averiguación no reúne los requisitos necesarios para tener por acreditados los elementos del tipo penal correspondiente y la probable responsabilidad del procesado, ni

siquiera debe dictar el auto de formal prisión, en cumplimiento al artículo 19 constitucional. Esta misma idea la podemos expresar a *contrario sensu*; que grave y vergonzoso sería que un agente del Ministerio Público, atentando contra la procuración de justicia, consignará al indiciado por estupro, cuando en realidad se cometió una violación; y esta deficiencia no debe ser achacada ni al indiciado ni a la víctima, sino al funcionario investigador, pues no cabe duda que ello se deba a su impericia, negligencia, o en su caso, a la corrupción prevalente en ese ámbito. Por estas razones, y otras que expondremos posteriormente, no aceptamos el criterio de los autores en cita, ya que la reclasificación que proponen, además de resultar un acto inconstitucional, podría ser muy perjudicial e injusta para el procesado.

a) Modalidades.

Sobre este tema también hay opiniones encontradas, algunos autores sostienen que el auto de formal procesamiento no debe señalar las modalidades del delito que se imputa al procesado; otros, no concuerdan con este punto de vista y apuntan que sí deben indicarse tales modalidades; sin embargo, consideramos, que esta debatida cuestión finalmente, mal que mal, ha sido resuelta de

manera correcta por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal. Veamos:

Arilla Baz, sostiene que el delito acotado en el auto de formal prisión, debe señalarse “(...) genéricamente, sin que sea necesario expresar las circunstancias modificativas o calificativas que pueden concurrir ni el grado de ejecución del delito o de culpabilidad o participación del procesado (...)”.(84) Por su parte, González Bustamante afirma: “Creemos que no hay necesidad de prejuzgar sobre la apreciación legal que debe darse al delito y que no es cierto que al no hacerse en el auto de formal prisión, se prive al inculpado de las garantías que le concede la Constitución Política de la República (...)”.(85) Los criterios citados con antelación, encontraron franco apoyo en la jurisprudencia 1a/J.4/89, visible en la página 263, del Tomo III, Primera parte, del Semanario Judicial de la Federación, emitida por los integrantes de la Primera Sala de nuestro máximo tribunal, cuyo rubro y texto es el siguiente: “AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL. *Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y*

(84) *Ob. Cit.* p. 88.

(85) *Ob. Cit.* p. 190.

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

Ahora bien, ya con antelación a la emisión de esta jurisprudencia, el maestro García Ramírez⁽⁸⁶⁾ había advertido, contrariamente a lo determinado por dicha tesis, que dadas las reformas que se dieron al

(86) *Ob. Cit.* pp. 527 y 528.

artículo 20, fracción I, de la Constitución Federal en el año de 1984, se tenían que abandonar los criterios similares a los antes referidos, toda vez que si para que el juez acordara lo relativo a la libertad provisional bajo caución, debía tomar en consideración, desde luego, las modalidades del delito, y si aquélla, generalmente, se resolvía antes de dictarse el auto de formal prisión, resultaba inconcuso que dichas modalidades debían ser atendidas por el juez al dictar el referido auto e incluirlas en el mismo. Este criterio se sostuvo por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, e inclusive se dijo por los magistrados que lo integraban, que resultaba antijurídico se ignoraran o eliminaran las modalidades al dictarse el auto de formal prisión, pues, éste era la base para otorgar o negar el beneficio de la libertad provisional bajo caución. Así se plasmó en la jurisprudencia visible en la página 120 del Tomo 217-228, Sexta parte, del Semanario Judicial de la Federación, cuyo rubro es "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, MODALIDADES QUE DEBEN CONSIDERARSE EN EL, Y LIBERTAD PROVISIONAL." Sin embargo, no obstante que esta opinión era la correcta, nuestro máximo tribunal, resolviendo una contradicción de tesis entre el primer y segundo tribunales colegiados de circuito, se pronunció por que el criterio correcto lo era el del segundo tribunal, el cual se sostuvo en la jurisprudencia 1a/J.4/89, misma que hemos transcrito íntegramente líneas arriba.

Empero, en época relativamente reciente (febrero de 1997), los integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cambiaron el criterio que anteriormente se había sostenido respecto a la temática en estudio, y emitieron la tesis por contradicción 1a/J.6/97, visible en la página 197, del Tomo V, del Semanario Judicial de la Federación, misma que señala: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES: 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL'; QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. *La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: 'Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un 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 al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste'. Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar*

cuales son, según el delito de que se trate, atribuido al inculcado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculcado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se advierta por el juzgador, que surjan.”

Así las cosas, es claro que el juez en el auto de formal procesamiento, al hacer la clasificación jurídica de los hechos imputados al procesado, deberá atender también a las modalidades que puedan presentar los diversos tipos delictivos, sean agravantes, calificativas, modificativas o atenuantes, según los datos que aparezcan de la consignación con relación a los hechos, para que de esta manera, se precise cuál es la figura delictiva específica por la que siga forzosamente todo el proceso, dando así cabal cumplimiento al artículo 19 constitucional.

Como podemos advertir, la jurisprudencia antes transcrita, no viene sino a reiterar con diferentes términos y fundamento legal, la opinión sostenida por el autor y tribunal colegiado citados con antelación; resultando criticable dicha tesis jurisprudencial, pues, para sostener que ahora sí se deben incluir en el auto de formal prisión las modificativas o calificativas del delito, se basó en la reforma del año de 1993 al artículo 19 de la Constitución Federal, la cual substituyó las palabras “cuerpo del delito” por “elementos del tipo penal”. En efecto, desde nuestro concepto, nada tiene que ver que se haya reformado el primer párrafo de dicho precepto de la Carta Magna, pues tal substitución de palabras no es motivo suficientemente fundado para que se diga por los integrantes de dicho alto tribunal, que ahora sí es procedente que en el auto de formal prisión deban incluirse las modificativas o calificativas del delito, atento a que el texto constitucional habla de elementos del tipo. Así es, la expresión “cuerpo del delito”, aludía a los elementos del delito: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad,⁽⁸⁷⁾ por lo tanto, al referirse dicho concepto que la conducta debía ser típica, es indudable que ello implicaba tener que acreditar los elementos integrantes del tipo penal correspondiente. Ahora bien, con la introducción de las palabras “elementos del tipo” en el texto del artículo 19 de la Ley Fundamental, se aludió más que a un concepto procesal, como lo fue “cuerpo del delito”, a uno de carácter netamente sustantivo, sin embargo, como hemos expuesto, es exactamente lo mismo a lo que

(87) *Cfr.* Colín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.* p. 374.

se aludía con la expresión “cuerpo del delito”. Se podría decir, refutando lo que antecede, que no es exacta tal consideración, pues si bien “cuerpo del delito”, aludía a los elementos de este último, las palabras “elementos del tipo” sólo refieren la conducta y la tipicidad; empero tal objeción resultaría improcedente, pues, el artículo constitucional que nos ocupa, también exige que se acredite la probable responsabilidad del procesado, y ello, visto desde la perspectiva de la teoría finalista del delito, implica la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta típica; efectivamente, a raíz de las aludidas reformas a la Constitución Federal, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se ocupó de expresar cuales eran los elementos del tipo, y también en que consistía la probable responsabilidad del procesado, determinando el artículo 122 del Código adjetivo en cita, en su parte conducente que: *“(...) para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad (...)”*; es decir, el artículo en comento atribuye a la conducta y a la tipicidad el carácter de elementos del tipo,⁽⁸⁸⁾ y a la antijuridicidad y culpabilidad, el carácter de probable responsabilidad, luego entonces, podemos inferir que el cambio de terminología en el precepto constitucional que nos ocupa, no fue o no debió ser, un factor determinante para que ahora se exija que en el auto de formal prisión se incluyan las modalidades del delito, sino

(88) Véase *supra* página 79, cuales son los elementos del tipo según la legislación adjetiva penal para el Distrito Federal.

que esa exigencia existía, en todo caso, con la redacción que tenía el primer párrafo de dicho precepto constitucional, antes de la reforma de 1993.

Pero olvidándonos del finalismo, es evidente, consideramos, que desde antes de las aludidas reformas a los artículos 20, fracción I y 19, primer párrafo, de la Constitución Federal, en los años de 1984 y 1993 respectivamente, existía la obligación de los jueces de determinar con precisión en el auto de formal procesamiento las modalidades del delito, atento, fundamentalmente, a lo determinado, no por los dispositivos legales antes citados, sino por el segundo párrafo del multicitado artículo 19 de la Ley Primaria, el cual, a no dudarlo, cuando ordena que el proceso debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, refiere a que no sólo debe precisarse la figura delictiva básica o especial, sino también sus respectivas modalidades, y aun grados de consumación.

Es pertinente advertir que la jurisprudencia a que hemos venido haciendo referencia, no obstante que resalta la importancia de precisar debidamente el tipo penal correspondiente, pues, por el delito señalado en el auto de formal prisión deberá seguirse todo el proceso, nada dijo respecto a la reclasificación del delito en la

secuela procesal, por lo que debemos entender que los criterios jurisprudenciales a este respecto, quedaron intocados; pero de ellos nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

b) Primera y segunda instancia.

El auto de formal procesamiento es una resolución judicial de las catalogadas por el artículo 71 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Dicha resolución no es definitiva, sino que es susceptible de ser modificada o revocada por el tribunal de alzada; así, el artículo 418, fracción II, del cuerpo normativo en cita, determina la procedencia del recurso de apelación contra tal auto.

Ahora bien, en la primera instancia la clasificación típica de los hechos realizada en resoluciones anteriores al dictado del auto de formal procesamiento, puede variar; esto es, no hay ningún inconveniente para que el juez al dictar el referido auto, cambie la clasificación hecha en la consignación por el agente del Ministerio Público, e inclusive, por él mismo al librar la orden de aprehensión, o en su caso, de comparecencia, o bien, en el de citación para preparatoria. Así lo determina el artículo 304 bis A., del ordenamiento

legal en cita, el cual ordena: *“El auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando los elementos del tipo y la probable responsabilidad correspondientes aún cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores.”*

Por su parte, el artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales, contiene en esencia idéntica disposición a la anteriormente transcrita; y además, en su artículo 200 prevé expresamente que si el agente del Ministerio Público por datos posteriores (a la consignación), considera que deben reclasificarse la conducta o hecho por los cuales se dictó la orden de aprehensión, y ésta no se hubiere ejecutado aun, pedirá su reclasificación, debiendo resolver de plano el juez instructor de la causa a ese respecto.

Como quedó indicado con antelación, no obstante que el juez de primera instancia haya realizado la clasificación jurídica de los hechos en el auto de formal procesamiento, y de esta manera haber cumplido con la obligación que le impone el artículo 19 constitucional, ello no es óbice para que las partes en el proceso impugnen tal clasificación y recurran la referida resolución, para el

efecto, en este caso concreto, de que sea modificada en segunda instancia, si ello fuere procedente.

Aquí cobra importancia lo que se dijo⁽⁸⁹⁾ en relación a la clasificación jurídica de los hechos en la consignación, ya que el agente del Ministerio Público, tiene el derecho de apelar tal resolución, si es que la considera no ajustada a derecho, toda vez que existe la posibilidad de que el juez se equivoque al realizar la multicitada clasificación jurídica. En efecto, si con los elementos aportados por el "representante social", primero, para consignar al indiciado y, posteriormente, para que se dicte el auto de formal procesamiento, considera que el procesado cometió determinado delito, es su deber defender su criterio, pues puede ser el correcto, contrariamente al sostenido por el juez, y para ello, la ley le concede recursos a efecto de que el tribunal de alzada, de ser procedente, le dé la razón y clasifique correctamente los hechos encuadrándolos de manera adecuada a un tipo penal específico; redundando esta manera de actuar, en una adecuada procuración de justicia, y por lo tanto, en la erradicación de la impunidad. En este sentido, no podemos pasar desapercibido lo que dispone el artículo 385 del Código Federal de Procedimientos Penales, que a propósito de la apelación, determina: "(...) *si se tratare de auto de formal prisión o de*

(89) Véase *supra* páginas 128 a 131.

sujeción a proceso, o de orden de aprehensión o de citación para preparatoria, podrá cambiarse la clasificación del delito y dictarse por el que aparezca probado.”

Una vez que haya quedado firme la clasificación jurídica de los hechos, determinada en el auto de formal procesamiento, sea porque no se haya apelado la que hizo el juzgador, o bien, que habiéndose apelado, el tribunal de alzada la haya confirmado o modificado, tal clasificación por ningún motivo debería ser posteriormente cambiada, pues conforme al artículo 19 de la Constitución Federal, la litis en el proceso penal es cerrada, y su fijación se precisa en el auto que acabamos de analizar; sin embargo, de manera inconstitucional, esta situación de la reclasificación jurídica de los hechos, posterior al dictado del precisado auto, indebidamente es avalada por la doctrina, y apoyada por la ley secundaria y la jurisprudencia.

Cabe aclarar en este apartado, que un juez de Distrito no puede hacer, en el amparo que se promoviera contra la clasificación jurídica realizada en el auto de formal procesamiento, tal clasificación, pues él sólo se limitará a resolver sobre la debida acreditación de los requisitos de fondo y forma de tal resolución, es decir, como tribunal de amparo, su deber es vigilar que el acto reclamado no transgreda las garantías individuales del agraviado, más no podrá subsanar

omisiones o errores en los que haya incurrido la responsable. Es ilustrativa del anterior razonamiento, la tesis jurisprudencial 48, visible en la página 27, Tomo II, parte Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo contenido es el siguiente: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. AMPARO CONTRA LA CLASIFICACIÓN DEL DELITO. *No corresponde al juez de amparo, al resolver el que se interponga contra el auto de formal prisión, el hacer la clasificación de los delitos.*

C) Las conclusiones.

En este apartado nos referiremos especialmente a las conclusiones formuladas por el Ministerio Público, ya que en su calidad de parte en el proceso, puede realizar en aquéllas, la reclasificación de los hechos que ya habían quedado clasificados en el auto de formal procesamiento. No obstante lo indebido de esta reclasificación, la misma es permitida por la Ley de Amparo y por la jurisprudencia, lo cual, evidentemente es inconstitucional a la luz de lo expuesto a lo largo de este trabajo.

Las conclusiones formuladas por el agente del Ministerio Público, afirma Franco Sodi, "(...) *son un acto de éste, realizado en el ejercicio de la acción penal, mediante el cual precisa el cargo y solicita la imposición de la penalidad fijada por la ley, exactamente aplicable, o bien expresa cuáles son las razones de hecho y derecho en que se funda para no acusar y solicitar la libertad absoluta del procesado y el sobreseimiento de la causa.*"(90)

La doctrina, como hemos indicado en otra parte, es casi unánime respecto a la procedencia de la reclasificación del delito en esta etapa final del proceso, siempre que se refiera a los mismos hechos señalados en el auto de formal procesamiento; inclusive, tal parecer es respaldado por la jurisprudencia: "(...) *la clasificación del delito por el cual se dicta el auto de formal prisión, solamente puede variarse si, tratándose de los mismos hechos, el Ministerio Público los clasifica de distinta manera, al formular conclusiones acusatorias, pudiendo condenarse o absolverse al acusado, de acuerdo con la nueva clasificación.*"(91) Por su parte la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales, en su artículo 160, fracción XVI, permite al agente del Ministerio Público realizar la reclasificación del delito señalado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, sin que esto se considere una violación a las leyes del procedimiento. La disposición de referencia es criticable, empero, de ella nos

(90) *Ob. Cit.* p. 407.

(91) Apéndice al tomo XXXVII del *Semanario Judicial de la Federación*.

ocuparemos en el siguiente capítulo.

Ahora bien, algunos autores⁽⁹²⁾ sostienen que en las conclusiones la acción penal llega a su posición cenital; nace con la consignación, afirman, pero es en las conclusiones cuando halla su plenaria precisión, siendo este el momento definitivo de la citada acción penal, exitando al órgano jurisdiccional para que resuelva sobre la relación de un hecho concreto con una situación jurídica especial. Otros,⁽⁹³⁾ señalan que este es el momento en el que se fija la litis en el proceso penal, sirviendo de elementos para precisar esta última. las conclusiones formuladas por el agente del Ministerio Público y la defensa. Desde luego, no estamos de acuerdo con estos criterios, sin embargo, los respetamos.

En efecto, por lo que respecta al último de los acotados, no concordamos con él, pues como hemos expuesto, la fijación de la litis, en nuestro concepto, se verifica en el auto de formal procesamiento, en primer lugar, porque así lo ordena el artículo 19 de la Carta Magna; y en segundo lugar, porque resulta lógico que sea antes de que comience la instrucción del proceso, cuando las partes sepan cuál va a ser el tema del mismo, y sobre el cual deberán probar, alegar y, posteriormente, el juez sentenciar. En tal virtud, nos

(92) *Cfr.* Rivera Silva, Manuel. *Ob. Cit.* pp. 296 y 297.

(93) *Cfr.* Pérez Palma, Rafael. *Ob. Cit.* p. 243; Franco Sodi, Carlos. *Ob. Cit.* p. 409.

parece inadecuado se sostenga que es hasta las conclusiones cuando se fija la litis en el proceso.

Por otra parte, respecto al criterio apuntado en primer término, el cual señala que es hasta las conclusiones cuando verdaderamente se exita al órgano jurisdiccional, consideramos que dicha apreciación es inexacta, pues, para nosotros, la acción se ejercita desde el inicio del proceso, y si bien es cierto se desarrolla a lo largo del mismo, no es verdad que sea ese el momento en que se precise la misma, porque esto es precisamente lo que en ocasiones ha llevado a sostener a los autores la validez de la reclasificación del delito en esta etapa, lo cual, es inadmisibles. La acción penal se ejercita a través de la consignación, y este es el momento en que se exita al órgano jurisdiccional a fin de que satisfaga la pretensión punitiva del Estado, pero esa pretensión, debe estar desde ese momento bien definida; por lo tanto, resulta incorrecto que se diga por Rivera Silva, que en la consignación se exita de manera "informal" al órgano jurisdiccional, pues, en el proceso penal, no debemos vacilar con "informalidades", dado que la litis es cerrada; así, o se hacen bien las cosas desde el principio, o mejor, primero se reúnen los elementos necesarios que determina la ley para poder definir bien la citada pretensión punitiva del Estado, y luego, de manera correcta se ejercita la acción penal.

Por las anteriores razones, es que consideramos no es legal, ni constitucional, el que se haga la reclasificación del delito por el agente del Ministerio Público en las conclusiones, pues efectivamente, ese acto equivale a volver a ejercitar la acción, siendo contenido de este “nuevo ejercicio”, cuestiones jurídicas que nunca se ventilaron durante la tramitación del proceso, como en la especie sería señalar un delito diverso al acotado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Esto no sucede ni en el proceso civil, que es de menos gravedad que el penal, porque en aquél, una vez que el actor demanda y el demandado contesta a dicha demanda, quedan precisadas las prestaciones que reclama el actor al demandado y se tienen por opuestas las excepciones y defensas que se hayan hecho valer por este último, salvo excepciones o documentos supervenientes,(94) pero de ninguna manera se podrá “¡demandar en los alegatos!” prestaciones diversas a las que quedaron precisadas en el escrito inicial de demanda.

D) La sentencia.

La sentencia penal es considerada como “(...) la resolución del Estado por conducto del juez, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas

(94) Véase *supra* p. 64. casos en que se puede modificar la litis en materia civil.

condicionantes del delito y en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y poniendo con ello fin a la instancia.” (95)

En el apartado inmediato anterior, acotamos que un sector importante en la doctrina, considera válido se reclasifique en las conclusiones los hechos que ya lo habían sido en el auto de formal procesamiento; sin embargo, algunos autores(96) consideran, que en la sentencia es cuando ya no se podrá hacer por el instructor de la causa una reclasificación más del delito, sino que, debe sujetarse a la reclasificación que, en su caso, haya hecho el agente del Ministerio Público en las precisadas conclusiones. Contrariamente a lo expuesto con antelación, hay quienes(97) consideran que en la sentencia, el juez está facultado para reclasificar el delito señalado en el auto de formal procesamiento, pues aducen, es bien frecuente que el representante social se equivoque al hacer tal reclasificación en las conclusiones; además, esta manera de actuar del juzgador, sostienen, se refuerza con lo dispuesto en la fracción XIII, del artículo 388 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual determina que habrá lugar a la reposición del procedimiento: “Por habersele condenado por *hechos* distintos de los que fueron considerados en las conclusiones(...)”. En tal virtud, según los

(95) Colín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.* p. 574.

(96) *Cfr.* Rivera Silva, Manuel. *Ob. Cit.* p. 311; Pérez Palma, Rafael. *Ob. Cit.* 242.

(97) *Cfr.* Acero, Julio. *Ob. Cit.* pp. 145 y 146; García Ramírez, Sergio. *Ob. Cit.* p. 528.

autores en cita, no está prohibido al resolutor de la primera instancia, que cambie la clasificación del delito hecha por el agente del Ministerio Público en las conclusiones, ya que lo único que no podrá alterar, son los hechos señalados en las mismas. Cabe aclarar que esta disposición fue reformada el 23 de diciembre de 1987, ya que antes de la citada reforma, el precepto en cuestión no aludía a “hechos” sino a “delito”; consecuentemente, podemos advertir que dicha reforma se aparto de los lineamientos trazados por la Constitución.

También existe el criterio de que la clasificación jurídica que haga el representante social, es una simple opinión que no vincula al juez para determinar por cuales delitos, que efectivamente aparezcan probados, va a condenar al acusado. A mayor abundamiento, consideramos se argumenta equivocadamente por el maestro Colín Sánchez,(98) que el artículo 385 del Código Federal de Procedimientos Penales, autoriza al juez a hacer la reclasificación del delito en la sentencia, así como a los magistrados en segunda instancia, y ello a la luz de dicha disposición, es inexacto, pues dicho precepto del Código adjetivo en cita, sólo habla del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, orden de aprehensión y citación para preparatoria, más no de sentencia definitiva.

(98) *Ob. Cit.* pp. 578 y 579.

No obstante los argumentos sostenidos por los citados autores, reiteramos lo que expusimos en el apartado anterior, toda vez que consideramos es una transgresión flagrante al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el que se sentencie al acusado por un delito distinto al señalado en el auto de formal procesamiento, ya que la pretendida reclasificación del delito en la sentencia, carece de fundamento jurídico sólido, amén de ser inconstitucional, pues en esta etapa final del proceso, no es dable al juzgador, según el código político en cita, hacer reclasificación alguna.

CAPÍTULO CUARTO

LITIS CERRADA Y PROCESO PENAL.

1. Inconstitucionalidad de la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo.

En el capítulo que antecede apuntamos los diversos criterios doctrinales que ha generado el tema referente a la garantía de litis cerrada en el proceso penal; criterios que niegan la procedencia de tal garantía. Estimamos que estos señalamientos adoptados por un amplio sector de la doctrina mexicana, son transgresores de la garantía en estudio, sin embargo, están adinmiculados no sólo por la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales, sino que también encuentran franco apoyo en la ley secundaria.

En efecto, la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, en su artículo 160, fracción XVI, determina:

“Artículo 160. En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

I a XV...

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

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que ya 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(...)"

A) Antecedentes.

En la exposición de motivos de la ley reglamentaria en estudio, se omite señalar cuáles fueron los motivos que tomó en consideración el legislador para determinar que no se consideraría una violación al procedimiento, que el acusado fuera sentenciado por delito diverso al señalado en el auto de formal procesamiento "(...) cuando el que se exprese en la sentencia sólo 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 (...) (99). Sin embargo, antes de que se promulgara la referida ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, existía una tesis jurisprudencial emitida por los integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en nuestro concepto, fue la base que tomó en consideración el legislador de la Ley de Amparo vigente, para determinar que lo anteriormente precisado, no constituía una violación a las leyes del procedimiento.

Dicha tesis jurisprudencial es la número 822, visible en la página 531, tomo II, quinta época, del apéndice de 1995; la cual es del tenor literal siguiente: "CLASIFICACIÓN DEL DELITO.- La clasificación del delito por la cual se dicta el auto de formal prisión, solamente puede variarse si, tratándose de los mismos hechos, el Ministerio Público los clasifica de distinta manera, al formular conclusiones acusatorias, pudiendo condenarse o absolverse al acusado, de acuerdo con la nueva clasificación."

Analicemos cuáles fueron las razones jurídicas que tuvo dicho alto tribunal para sostener tal criterio.

(99) Véase exposición de motivos de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha diez de enero de mil novecientos treinta y seis.

Las resoluciones recaídas en cinco amparos directos que llegaron al conocimiento de los integrantes de la mencionada Primera Sala, forman la genealogía de la citada tesis jurisprudencial.

Amparo directo 3527/21, promovido por los defensores del soldado José Sánchez, contra la sentencia de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos veintiuno, que pronunció la Primera Sala del Supremo Tribunal Militar, confirmando la sentencia de muerte que dictó el Consejo de Guerra Ordinario Permanente en el Distrito Federal, en contra del referido soldado Sánchez. El acto reclamado lo constituyó la sentencia antes citada, y como conceptos de violación a los artículos catorce, dieciséis, veinte fracción novena, diecisiete y veintidós de la Constitución General, se expresaron: "(...) el haberse sentenciado al reo dando al hecho delictuoso una clasificación distinta de la que le dio el Ministerio Público en segunda instancia y habersele impuesto mayor pena que la que el citado Ministerio Público pidió que se le aplicara al soldado Sánchez, puesto que se le sentenció como autor del delito de insubordinación con vías de hecho dando muerte a un superior y el Ministerio Público clasificó el hecho delictuoso como homicidio por culpa y pidió se le impusiera la pena de dos años de prisión ordinaria (...)". El agente del Ministerio Público Federal, pidió se amparara al quejoso. (100)

(100) *Cfr.* Acuerdo de fecha siete de febrero de mil novecientos veintinueve, dictado en el expediente del amparo directo número 3527/21, fojas 34 a 36. Quejoso: Sánchez José. Expediente remitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a resguardo en el Archivo General de la Nación. Galería cinco.

Amparo directo 2420/29, promovido por Ernesto Lestegast Pérez, contra actos de la Primera Sala del Supremo Tribunal Militar y Jefatura de la Guarnición de la plaza de México; consistentes en la sentencia de fecha veinte de junio de mil novecientos veintinueve, que condenó al quejoso "(...) por el delito por culpa,(así) de evasión de preso, a sufrir seis meses, quince días de arresto mayor (...)". Como conceptos de violación a los artículos catorce, dieciséis, *diecinueve* y veintiuno constitucionales, se expresaron: "(...) la citada resolución condenó al quejoso por delito diverso de aquél por el que se le decreto su formal prisión; y... Porque la tantas veces referida sentencia lo declara culpable de un delito respecto al cual el Ministerio Público no ejercitó acción penal (...)". En este caso, al agraviado se le dictó auto de formal prisión por el delito de infracción a deberes militares, mismo por el que se siguió todo el proceso y fue absuelto en primera instancia. El agente del Ministerio Público Federal pidió se concediera el amparo al quejoso. (101)

Amparo directo 3976/25, promovido por Gregorio Salazar, contra actos de la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Jalisco, consistentes en la sentencia de fecha veintisiete de julio de mil novecientos veinticinco, que lo condenó a sufrir la pena de un año de prisión y multa de treinta pesos, como

(101) *Cfr.* Acuerdo de fecha ocho de octubre de mil novecientos veintinueve dictado en el expediente del amparo directo número 2420/29, fojas 23 a 25. Quejoso: Lestegast Pérez Ernesto. Expediente remitido por de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a resguardo en el Archivo General de la Nación. Galería cinco.

responsable del delito de abuso de confianza; pues en concepto del quejoso, se violaron algunas garantías individuales, sin especificar cuáles. En la especie se dictó al agraviado auto de formal prisión por el delito de fraude; sin embargo, tanto el juez de primera instancia (Tercero Mayor de lo Criminal de la ciudad de Guadalajara), así como la Sala responsable, lo condenaron por el delito de abuso de confianza. El quejoso no alegó violaciones a los artículos diecinueve y veintiuno constitucionales, ni tampoco expresó conceptos de violación por lo que respecta a la reclasificación hecha por la responsable; no obstante ello, los ministros de la Suprema Corte, suplieron la deficiencia de la queja. El agente del Ministerio Público Federal pidió se negara el amparo al quejoso. (102)

Amparo directo 421/27, promovido por Pablo Rivera Trejo, contra actos de la Séptima Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, consistentes en la sentencia que lo condenó a sufrir una pena de un año ocho meses de prisión, como responsable del delito de abuso de confianza. Los conceptos de violación a los artículos catorce, dieciséis y *diecinueve* constitucionales, fueron los que el quejoso expresó en este sentido: "(...) que no obstante haberle sido decretada la formal prisión por el delito de robo, y haberlo condenado, por esa infracción en primera instancia, la Sala

(102) *Cfr.* Acuerdo de fecha tres de octubre de mil novecientos veintinueve, dictado en el expediente del amparo directo número 3976/25, fojas 31 a 34. Quejoso: Gregorio Salazar. Expediente remitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a resguardo en el Archivo General de la Nación. Galería cinco.

responsable lo sentenció por el delito de abuso de confianza (...)” El agente del Ministerio Público Federal pidió se otorgara la protección constitucional al quejoso por lo que se refería al segundo concepto de violación hecho valer, el cual, nada tenía que ver con la reclasificación del delito, sino con la aplicación inexacta de una ley.(103)

Amparo directo 2227/27, promovido por el defensor de Efrén Carlos Navarro, contra actos del Magistrado del Tribunal del Tercer Circuito y juez numerario de Distrito en Chihuahua, con residencia en ciudad Juárez, consistentes “(...) en la ejecutoria de veintiséis de mayo de mil novecientos veintisiete, del Magistrado del Tribunal del Tercer Circuito, que trataba de ejecutar el Juez Numerario de Chihuahua, por la que, reformando la sentencia de primera instancia, condenó a Efrén Carlos Navarro, por el delito de culpa en el robo, a sufrir la pena de treinta días de arresto menor.” Los conceptos de violación a los artículos catorce, dieciséis, diecinueve y veintiuno de la Constitución General de la República, que hizo valer el defensor del quejoso, consistieron en que “(...) el Magistrado responsable, sobrepasando la órbita de sus facultades juzgó a su defenso por un delito que no es ni el señalado en el auto de formal prisión, ni en la acusación del Ministerio Público (...)” El agente del Ministerio Público

(103) *Cfr.* Acuerdo de fecha nueve de diciembre de mil novecientos veintinueve, dictado en el expediente del amparo directo número 421/27, fojas 37 a 39. Quejoso: Rivera Trejo Pablo. Expediente remitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a resguardo en el Archivo General de la Nación. Galería cinco.

Federal pidió se negara el amparo al impetrante de garantías. (104) En la especie sucedió lo siguiente: El juez de Distrito dictó al procesado auto de formal prisión por el delito de robo, el cual fue reformado, en apelación, por el Magistrado del Tribunal del Tercer Circuito, pues en concepto de este último, los hechos ocurridos constituían el delito de abuso de confianza, mismo delito por el cual se siguió proceso a Navarro y por el que lo acusó el agente del Ministerio Público. Finalmente, el juez lo sentenció, variando la clasificación hecha en el referido auto, por complicidad en el delito de robo. El asunto se fue en apelación contra la sentencia de primera instancia, y el Magistrado del Tribunal de Circuito, variando nuevamente la clasificación del delito señalado en el auto de formal prisión, lo condenó por el delito de culpa en el robo.

En los cinco casos que acabamos de referir, la justicia de la unión amparó y protegió a los quejosos. Fueron Ministros integrantes de la Primera Sala del alto tribunal, los señores P. Machorro Narváez (presidente); Fernando de la Fuente; Enrique Osorno Aguilar; Francisco Barba; y , Carlos Salcedo. El secretario de dicho subórgano colegiado fue el señor Elpidio Manrique.

(104) *Cfr.* Acuerdo de fecha treinta de octubre de mil novecientos veintinueve, dictado en el expediente del amparo directo número 2227/27, fojas 49 a 52. Quejoso: Navarro Efrén Carlos. Expediente remitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a resguardo en el Archivo General de la Nación. Galería cinco.

En esencia, hemos precisado cuál fue la materia de estos asuntos; pudiendo concluirse que todos se resolvieron siguiendo idéntico criterio jurídico, mismo que a continuación expondremos.

En todos los casos el agente del Ministerio Público no había acusado por delito diverso al señalado en el auto de formal prisión; en nuestro concepto, porque posiblemente dicho funcionario estaba consciente de que, en cumplimiento al artículo 19 de la Constitución Federal, el proceso debía seguirse forzosamente por el delito (clasificación jurídica) o delitos señalados en el referido auto. Así de sencillo fueron fallados los asuntos de los cinco individuos que impetraron garantías en aquella lejana época. Pero ahora, analicemos lo verdaderamente relevante de esas ejecutorias.

En algunas de las sentencias señaladas como actos reclamados, las responsables se fundaron para hacer la reclasificación del delito hasta esa etapa procesal (el juicio), en jurisprudencia firme emitida por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que se estableció la interpretación del artículo 19 de la Carta Magna, y en la cual se dijo lisa y llanamente, que cuando el precepto constitucional establece que todo proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, el espíritu de dicho dispositivo se refería (según los aludidos ministros), al conjunto de

hechos delictuosos, más no a la clasificación legal de los mismos, por lo tanto, era procedente sentenciar al acusado por delito distinto (clasificación), siempre que se tratara de los mismos hechos delictuosos. En tal virtud, debemos resaltar que siguiendo el anterior criterio, las responsables habían actuado conforme a derecho.

Ahora bien, los integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte, mencionaron, al resolver los amparos directos antes citados, que si bien era cierto existía esa jurisprudencia, la misma se tenía que relacionar con otra referida al artículo 21 Constitucional. e interpretarse conjuntamente. Dicha jurisprudencia determina que el ejercicio de la acción penal corresponde de manera exclusiva a los agentes del Ministerio Público. Así las cosas, se llegó a la conclusión de que la clasificación del delito por la cual se dicta un auto de formal prisión, sólo podía variarse, tratándose de los mismos hechos, si el agente del Ministerio Público los clasificaba de distinta manera al formular conclusiones acusatorias, pudiendo condenarse o absolverse al acusado, de acuerdo con la nueva clasificación.

Es pertinente destacar, que los ministros adujeron en sus respectivas resoluciones, que era procedente conceder el amparo a los quejosos, pues se violaban los artículos diecinueve y veintiuno de la Constitución, ya que al cambiar la clasificación del delito en la

sentencia, ocurrían dos situaciones que se traducían en transgresiones a los artículos constitucionales de referencia: a).- se dejaba sin defensa al acusado al cambiarse la clasificación del delito en la sentencia, pues ya no podía defenderse de la imputación hecha en esa resolución; y, b).- se invadían las facultades exclusivas del agente del Ministerio Público al reclasificar el delito, puesto que este último, en ninguno de los casos antes relatados, había acusado en sus conclusiones por delito diverso al señalado en el auto de formal prisión. (Salvo el caso del soldado José Sánchez, en el cual, se permitía por la ley procesal militar, que en segunda instancia el agente del Ministerio Público variara la clasificación del delito al formular conclusiones; clasificación que se varió, misma que modificó la responsable para sentenciar al acusado por delito diverso del cual había sido acusado.)

Ahora bien, resulta relevante lo que los ministros señalaron expresamente en algunas de esas resoluciones, respecto a la reclasificación de los delitos en el proceso. A continuación transcribiremos la parte conducente de dos de ellas.

En el caso de Lestegast Pérez, se estableció lo siguiente: "(...) si se castiga al procesado por otro delito, esto es, clasificando los hechos de manera distinta, constituyendo delito diverso, conforme a la misma ley penal, indudablemente que el acusado no puede

defenderse de la nueva imputación que le haga el sentenciador, ya que solo pudo hacerlo durante el plenario de la imputación que le haya hecho el Ministerio Público; que es precisamente lo que trata de evitar el artículo diecinueve constitucional (...)" (105).

En el caso de Navarro, cuando el Tribunal de Circuito lo condenó por el delito de robo, al estimar que la conducta del procesado debía encuadrarse en este tipo penal, que era diverso al señalado en el auto de formal prisión, los ministros sostuvieron: "(...) es evidente que se dejó sin defensa al reo al condenársele por este delito, por que no se comprendieron estos hechos o *elementos* en la acusación, resultando, en consecuencia, que la ejecutoria que se impugna violó los artículos diecinueve y veintiuno constitucionales (...)" (106)

De lo expuesto anteriormente, quedan en claro tres situaciones:

A) Los ministros de aquella época se equivocaron respecto a la interpretación del artículo 19 Constitucional; además, tergiversaron el sentido real de este precepto. Veamos.

(105) *Cfr.* Acuerdo de fecha ocho de octubre de mil novecientos veintinueve, dictado en el expediente del amparo directo número 2420/29, foja 24 vuelta. A resguardo en el Archivo General de la Nación. Galería cinco.

(106) *Cfr.* Acuerdo de fecha treinta de octubre de mil novecientos veintinueve, dictado en el expediente del amparo directo 2227/27, fojas 51 vuelta y 52. A resguardo en el Archivo General de la Nación. Galería cinco.

En todos los casos, los acusados NO FUERON SENTENCIADOS POR HECHOS DIVERSOS A LOS SEÑALADOS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN; LUEGO ENTONCES, SIGUIENDO EL CRITERIO LÓGICO-JURÍDICO UTILIZADO POR LOS SEÑORES MINISTROS DE AQUELLA ÉPOCA, Y OLVIDÁNDONOS DE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL (107); A ESOS QUEJOSOS SE LES DEBIÓ HABER NEGADO EL AMPARO Y PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL, PUESTO QUE LO ÚNICO QUE VARIARON LAS RESPONSABLES AL SENTENCIARLOS, NO FUERON LOS HECHOS, SINO ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA QUE SE LES HABÍA ASIGNADO EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN. Sin embargo, tergiversaron el sentido de los artículos 19 y 21 de la Constitución, e INVENTARON que la clasificación podía variarse si la hacía el agente del Ministerio Público en las conclusiones, ello, desde nuestro punto de vista, para salvaguardar la jurisprudencia que habían dictado anteriormente y que utilizaron las autoridades responsables para sentenciar a los quejosos; pues de no haberlo hecho así, hubieran tenido que aceptar que la variación, durante la secuela procesal, de la clasificación jurídica de los hechos fijada en el auto de formal prisión, era inconstitucional, aún cuando la hiciera el agente del Ministerio Público en las conclusiones acusatorias.

(107) Decimos supuesta, porque al agente del Ministerio Público, después de que el auto de formal procesamiento queda firme, según la interpretación que debemos dar al artículo 19 Constitucional, no tiene derecho a hacer ninguna reclasificación, ya que como lo hemos venido estudiando, la litis en el proceso penal es cerrada; máxime que quien debe calificar los hechos que sirven de base para dictar el auto de formal prisión, es el juez penal.

Es obvio que en las resoluciones dictadas en los casos de Lestegast Pérez y Navarro, los ministros aceptaron expresamente que el cambio de clasificación dejaba sin defensa al acusado, pues ese cambio, ciertamente constituía una nueva imputación. En las relatadas circunstancias, nosotros inferimos lo siguiente:

1º.- Los ministros reconocieron expresamente, y advirtieron, que el cambio de clasificación jurídica del delito, implicaba una nueva imputación que dejaba sin defensa al acusado.

2º.- ¿Qué hacer con la jurisprudencia que habían emitido anteriormente, en el sentido de que el acusado podía ser condenado por diverso delito (clasificación), siempre que se tratara de los mismos hechos? (situación esta última que aconteció en los cinco casos) ¿Negar el amparo a los quejosos, para que fueran ejecutados? Lo único que hicieron las responsables fue encuadrar las conductas de los acusados en otro tipo penal.

3º.- No quisieron reconocer lo erróneo de dicha jurisprudencia e inventaron, y al mismo tiempo legislaron la reclasificación cuando la hiciera el Ministerio Público en las conclusiones acusatorias, ya que así, ¡el acusado podría "defenderse" de la nueva clasificación! Sin

embargo, esto último es inaceptable, pues indebidamente, crearon un privilegio procesal a favor de la parte acusadora en el proceso, que no tiene ninguna base de sustentación jurídica, pues por determinación del artículo 19 de la Constitución General de la República, el que califica los hechos consignados por el agente del Ministerio Público y que sirven para dictar el auto de formal procesamiento, es el juez penal, precisamente en ese momento procesal, y nunca después. Claro está, que ese "invento" que hemos referido, redundó en perjuicio de quienes fueron procesados posteriormente al dictado de la nueva jurisprudencia.

B) El enredo fue fatal, pues en las mismas resoluciones se evidencia el desacierto del criterio de los ministros, y a la vez la conveniencia de la garantía de litis cerrada, ya que dichos altos funcionarios, adujeron que el cambio de clasificación del delito implicaba nuevos **elementos**, distintos a los de la acusación, que no habían sido conocidos en el plenario por el acusado. En efecto, al sentenciar al acusado por delito diverso (clasificación), ello implica traer a juicio nuevos elementos típicos y de hecho, como la calidad en el sujeto activo y en el pasivo, circunstancias de tiempo, lugar y ocasión, etcétera; mismos que ya no podrán formar parte del auto de formal procesamiento, pues con ello, se estarían imputando al procesado nuevos hechos, de los cuales nunca se le hizo sabedor. No obstante que advirtieron la anterior circunstancia, desde nuestro

punto de vista, se confundieron y erróneamente quisieron interpretar el artículo 19 conjuntamente con el artículo 21 del código político máximo de la nación.

Insistimos en que fue erróneo, considerando que el artículo 19 se refiere a actos dentro del proceso, en tanto que el artículo 21 se refiere, fundamentalmente, a actos preparatorios del proceso penal, es decir, a la averiguación previa y al ejercicio de la acción penal. En ejercicio de esa acción penal, el agente del Ministerio Público tiene derecho a realizar todos los actos propios de su cargo durante la tramitación del proceso, pero en nuestro concepto, de ninguna manera podrá nuevamente, en ejercicio de esa acción penal, clasificar jurídicamente en las conclusiones acusatorias que formule, los hechos que consignó a la autoridad judicial y que sirvieron de base para dictar el auto de formal procesamiento, puesto que para clasificar tales hechos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 19, segundo párrafo, determina el sujeto y el momento para hacerlo; máxime que de este dispositivo legal, se desprende que la litis en el proceso penal es cerrada; por consiguiente, no es dable a las partes, ni al juez, hacer la reclasificación del delito señalado en el referido auto.

Tristemente, los ministros de aquél entonces no quisieron dilucidar correctamente estas cuestiones de la clasificación jurídica.

C) No cabe ninguna duda que el verdadero motivo de la concesión de los amparos, fue el hecho de que con la reclasificación del delito se violaban las garantías individuales consagradas en el artículo 19 Constitucional, y este hecho fue advertido y reconocido por los ministros de la Suprema Corte, sin embargo, de manera incorrecta siguieron la tendencia interpretativa del artículo antes referido, en el sentido de que cuando ese dispositivo se refiere a delito, ello quiere decir hechos delictuosos, más no clasificación jurídica, y entonces se vieron obligados a legislar materialmente sobre el tema que nos ocupa; luego, ya desde esa época se estableció que la reclasificación de los delitos (clasificación jurídica) en el proceso penal, era perfectamente válida, si la hacía el agente del Ministerio Público al formular conclusiones acusatorias. Empero, insistimos, no hay ningún precepto en la Constitución Federal, del que pudiéramos inferir tal supuesto normativo; pues de los dispositivos que integran y conforman nuestro sistema procesal penal constitucional, podemos asegurar que lo que quiso el constituyente de Querétaro de 1917 al crear ese conjunto de disposiciones relativas al proceso penal, fue la igualdad entre las partes y, sobre todo, que el procesado fuera juzgado por un individuo que apreciara las circunstancias del delito de manera objetiva e imparcial; aspecto que no sucede en nuestra actual legislación secundaria y jurisprudencia, al otorgar al agente del Ministerio Público, de manera injusta e ilegal, una situación procesal privilegiada, en la que contrariamente a lo dispuesto por la Constitución, sea éste quien finalmente determine por qué delito

habrá de ser sentenciado el acusado, constriñendo al instructor de la causa, a resolver sobre dichas pretensiones, y obligando de manera infame al protagonista de ese drama penal, a defenderse, si puede, de esa nueva, artera y ventajosa imputación.

Este es el origen del monstruo jurídico creado por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenido en el segundo párrafo de la fracción XVI, del artículo 160 de la Ley de Amparo. Por supuesto, monstruo que atormenta al procesado penalmente, ya que es servil a los agentes del Ministerio Público y jueces penales que en algún momento erraron al clasificar los hechos que sirvieron de base para dictar el auto de formal procesamiento; pero sobre todo, ese bodrio jurídico es un ente repulsivo, pues con su presencia insulta constantemente a nuestra ley fundamental.

B) Crítica a la fracción XVI del artículo 160 de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

Para una mejor apreciación de la temática que nos disponemos a abordar, reiteramos el contenido del artículo y fracción a que se refiere el título del presente apartado:

“Artículo 160. En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

I a XV ...

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

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo 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 (...).”

Es lamentable que la ley que sirve a los gobernados de instrumento para impetrar garantías, establezca preceptos que sean precisamente contrarios a dichas garantías individuales, empero, en México suele suceder; efectivamente, el precepto antes transcrito resulta ser inconstitucional, además que de su simple lectura se advierte una clara contradicción.

Así es, la fracción en estudio apunta en su primera parte, que se considera una violación a las leyes del procedimiento, el que se sentencie al quejoso por delito diverso al señalado en el auto de formal prisión; hasta aquí, la norma secundaria concuerda con lo determinado por el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Federal; empero, en la segunda parte señala que no se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales de la averiguación, siempre y cuando, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal procesamiento.

La contradicción es evidente, pues ante el segundo párrafo, el primero resulta ocioso, ya que de subsistir, como acontece, se dá el conflicto lógico entre tales supuestos normativos. Luego, si según lo dispuesto en la segunda parte de la citada fracción XVI no es considerado un cambio, entonces ¿Cuándo se considerará que el quejoso es sentenciado por delito diverso al señalado en el auto de formal prisión? La respuesta a esta interrogante sólo puede darse sosteniendo el criterio ilegal y absurdo en el sentido de poder ser sentenciado por delito diverso, cuando los hechos que motivaron la incoación del proceso y que sirvieron de base para dictar el referido

auto, sean distintos; sin embargo, esto es contrario al espíritu del constituyente de 1917, y por ende, anticonstitucional.

Ahora bien, la inconstitucionalidad del artículo en estudio, por lo que se refiere a la multicitada fracción XVI, radica en no considerar que el delito es diverso al señalado en el auto de formal procesamiento, cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en "grado" del señalado en dicho auto, pero no aclara que se quiso decir con "grado". Nosotros consideramos que se refiere al grado de consumación del delito, es decir, si éste se consumó totalmente o sólo fue tentado, o bien, como alguna tesis ejecutoria lo señala,(108) se refiere a una modalidad del mismo; y en estos supuestos, es obvio, como lo hemos estudiado, que el delito es diferente al señalado en el repetido auto de formal procesamiento, pues, aun cuando el delito expresado en la sentencia sólo difiera en grado (!), es evidente que en estricto derecho el agraviado o quejoso ya no será condenado por el mismo delito señalado en dicho auto; por consiguiente, la disposición en estudio es contraria al artículo 19 constitucional, disposición secundaria que, de manera indebida y soslayando el principio de "jerarquía de las normas", el cual nos ordena que la ley secundaria o inferior no puede ir más allá de la materia prevista en la norma primaria o fundamental, se ocupó de

(108) Véase *infra*, página 204, tesis ejecutoria dictada en el A.D. 299/96. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. Juan Antonio Gómez Díaz. Mayoría de votos.

una materia que no está regulada en la Constitución General de la República, que en la especie son los “grados” del delito; además, contrariamente a la tendencia que debe seguir la legislación secundaria, en el sentido de ampliar o mejorar las garantías de seguridad jurídica consagradas a favor del procesado en el citado código político, dicha ley reglamentaria las restringe.

En efecto, si la Constitución al establecer que “Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso (...)”, no hizo ninguna referencia a “grados” del delito, la ley secundaria no tenía por que distinguir o determinar que el delito no se consideraría diverso cuando el que se expresara en la sentencia sólo difiriera en “grado”. En todo caso, las restricciones o suspensiones a las garantías individuales, por mandato del artículo 1º constitucional, deben establecerse en la propia Constitución Política. Dicho artículo dispone: *“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”* Luego entonces, esa primera parte del segundo párrafo, de la criticada fracción XVI, del artículo 160 de la Ley de Amparo, es inconstitucional.

A mayor abundamiento, la citada fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo, también determina que no se considerará que el delito es diverso, cuando el agente del Ministerio Público cambie la clasificación del delito al formular conclusiones acusatorias; lo que es inaceptable.

Efectivamente, la Constitución General de la República es muy clara: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso (...)"; luego entonces, si la Ley de Amparo considera que el cambio de clasificación del delito en las conclusiones no es una violación al procedimiento, es inconcuso que la misma no sólo no está de acuerdo con el mandato constitucional, sino que va en contra de lo ordenado por dicha ley fundamental, lo que se traduce jurídicamente en su inconstitucionalidad, misma que a la fecha no ha sido declarada, pues al contrario, ha sido solapada por los integrantes del órgano judicial federal.

Ahora bien, la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, supedita la validez legal de la reclasificación, a que la misma sea notificada al procesado a fin de que este pueda defenderse de la nueva clasificación legal de los hechos, del nuevo delito por el que se le acusa, o sea, de un delito que viene a

actualizarse apenas en la etapa final del proceso; curiosamente, con el establecimiento de este requisito, el legislador ordinario quiso cuidar que “¡no se fueran a violar garantías!” dejando al procesado sin defensa.

Esta exigencia establecida por el ordenamiento jurídico que nos ocupa, además de no concordar con lo determinado por el artículo 19 de la Constitución Federal, es inoperante, pues la única oportunidad para que el procesado se “defienda” de tal acto, sería en la audiencia de vista o audiencia final de primera instancia; sin embargo, es bien sabido que en el desarrollo de dicha diligencia judicial, sólo se redunda sobre lo ya actuado, pero de ninguna manera dicha audiencia puede ocuparse de un nuevo litigio, pues además de representar un desorden en el procedimiento, nuestro sistema procesal penal no acepta -como si acontece en el derecho europeo- que en la etapa de juicio se verifiquen “(...) *el debate oral y contradictorio, la recepción de pruebas, la deliberación y la pronunciación inmediata de la sentencia; actos sucesivos, en donde no se rompe la continuidad de unos y otros(...)*”. (109) En tal virtud, es improcedente y violatoria de garantías, la reclasificación del delito a esas alturas del proceso, pues difícilmente se podrá defender el procesado penalmente en dicha etapa procesal sobre la nueva acusación; máxime cuando su defensa ya está encaminada a

(109) Colín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.* p. 550.

destruir el delito señalado en el auto de formal procesamiento. Coloquialmente se puede decir, que esa reclasificación es una "vacilada", atentatoria de la gravedad del procedimiento penal y de la institucionalidad de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A mayor abundamiento, la legislación omite especificar el procedimiento a seguir, en aquellos casos en donde no existe audiencia de vista, como acontece en juicios sumarios.

En este orden de ideas, el párrafo en estudio implica negar al procesado toda posibilidad de defensa, pues como hemos advertido, en la vista no podrá elaborar una defensa adecuada, tendente a eliminar los elementos del delito que se le atribuye; resultado este último que fue el que precisamente quiso evitar el legislador constituyente al establecer un sistema de litis cerrada en el proceso penal, pues visto el contenido de la fracción XVI, del artículo 160 de la Ley de Amparo, es indudable que dicha ley reglamentaria hace nulas las garantías de litis cerrada y de defensa, ya que, indebidamente, restringe, en perjuicio del procesado, los alcances de las garantías en cuestión, lo cual, en un régimen de derecho como el nuestro, es inconstitucional.

En este sentido, Gustavo Cosacov Belaus al explicar en que consiste el auto de formal prisión, afirma que es una resolución "(...) en cuya virtud se fija la calificación legal de un hecho consignado por la acusación (...)", y líneas adelante refiere "(...) es preciso resaltar que también se exige congruencia entre el delito señalado en el auto y la resolución sobre el fondo que en su oportunidad se dicte. Al mismo tiempo y como necesario corolario de lo anterior, se torna inadmisibile el desenvolvimiento del proceso por un delito distinto del que se persigue aun cuando se conozca con motivo de la instrucción del primero." (110)

Por su parte Mancilla Ovando señala: "(...) el auto de formal prisión precisa los términos del litigio del juicio penal, materia de la sentencia con la que se dará fin al proceso... Este auto, es el momento procesal en el que se precisa la litis, sin que se pueda cambiar posteriormente durante la secuela del proceso... Por estas razones la Ley de Amparo en su artículo 160-XVI en su párrafo último, es inconstitucional porque autoriza al tribunal de amparo a tener como válido el acto de autoridad que admite la reclasificación de la acción penal cuando el Ministerio Público exprese esas pretensiones jurídicas en las conclusiones del proceso penal, de tal forma que autoriza la variación del litigio, en contra de lo ordenado por el artículo 19 de la Carta

(110) Cosacov Belaus, Gustavo. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo A - CH. Segunda edición. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Editorial Porrúa, S.A. México, 1987. p. 269.

Magna que dispone que el debate penal fijado en el auto de formal prisión es invariable" (111) Cabe aclarar que este autor, acepta como única excepción a la garantía de litis cerrada, los casos de los delitos que por virtud del resultado criminoso, trascienden de una figura delictiva a otra; casos en los que, según él, si puede ampliarse el contenido de la acción penal ejercida, y además, variarse los alcances del litigio; verbigracia, el caso de lesiones-homicidio. (112)

No pasa inadvertido para nosotros el fin que se persigue con el caso de excepción referido con antelación, pues evidentemente es bien intencionado y pretende eliminar toda posibilidad de que se cometa una injusticia, provocando a su vez un estado de impunidad; empero, estimamos que en los casos en los que el resultado criminoso trasciende de una figura delictiva a otra, se trata de hechos objetivamente diferentes; luego entonces, sería inconstitucional que el juez se avocara al conocimiento de estos nuevos hechos, pues es obvio que los mismos no formaron parte de la litis fijada en el auto de formal prisión; además, los mismos no se harían del conocimiento del procesado en la etapa procesal que determina la Constitución Federal, por lo que se le privaría de su garantía individual consistente en conocer de manera exacta, antes de rendir su declaración preparatoria, el hecho punible que se le atribuye, a fin de que pueda contestar el cargo que se le imputa. En estas circunstancias, si la litis

(111) *Ob. Cit.* pp. 133 a 135.

(112) *Ibidem.* p. 135.

en el proceso penal -como lo hemos venido estudiando- es cerrada, es inconcuso que el agente del Ministerio Público debe incoar otra averiguación en la que se determine de manera precisa cuáles fueron los hechos y los elementos o datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado respecto del nuevo delito que se le pretende atribuir, a fin de que en el proceso que se inicié, se cumplan las formalidades esenciales de todo proceso penal y se respeten las garantías de seguridad jurídica de todo procesado penalmente.

A mayor abundamiento, debemos puntualizar que los criterios antes acotados, en ocasiones se han visto apoyados por tesis ejecutorias y jurisprudenciales emitidas por los integrantes de diversos Tribunales Colegiados de Circuito, así como por los de la Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación. (113)

A propósito de la temática abordada en este apartado, Humberto Briseño Sierra al comentar la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo, afirma que no hay cambio de "(...) *figura jurídica si la acusación es por homicidio simple y la sentencia es por homicidio calificado, pues se supone que a lo largo del proceso se recibirán los medios de confirmación de este tipo de conducta.*" (114) Este criterio

(113) Véase *infra*, páginas 204 a 211, tesis ejecutorias y jurisprudenciales que se pronuncian por la no variación del delito señalado en el auto de formal prisión, entendido aquél, como clasificación jurídica.

(114) *Ob. Cit.* p. 67.

es insostenible e improcedente, pues como advertimos en el capítulo anterior, tratándose de los delitos que menciona el autor en cita, es inconcuso que se trata de figuras delictivas diversas; además, la obligación de incluir modalidades en el auto de formal prisión, según hemos indicado, existe desde 1917, con la creación del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, criterio que se ha visto reforzado actualmente por la jurisprudencia, la cual ordena que en el referido auto deben incluirse las calificativas o modificativas del delito; consecuentemente, resulta improcedente que sea hasta la sentencia cuando se precisen dichas modalidades.

C) Pugna de la Ley de Amparo con relación a la ley adjetiva penal.

Efectivamente, los artículos 320 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 294 del Código Federal de Procedimientos Penales, son contundentes al referir que "*(...) se tendrán por conclusiones no acusatorias aquéllas en las que no se concretese la pretensión punitiva, o bien, ejercitándose ésta, se omita acusar: a) por algún delito expresado en el auto de formal prisión(...)*", de lo que podemos advertir una clara contradicción entre los

ordenamientos citados y la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, pues ésta soslayo también los mandatos de las leyes adjetivas antes referidas.

En efecto, los multicitados códigos procesales, determinan correctamente que en las conclusiones debe acusarse por el delito señalado en el auto de formal prisión (no por el que arbitrariamente determine el agente del Ministerio Público al formular sus conclusiones, como inadecuadamente lo plantea la Ley de Amparo), pues si hubiera sido otra la intención del legislador, hubiese determinado que el citado funcionario tenía que acusar por los “hechos” señalados en el referido auto, lo cual, resultaría ilegal a la luz de lo dispuesto por el artículo 19 de la Carta Magna.

Todo este embrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial, ha sido ocasionado, en buena medida, por la criticada fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo, la cual, desde que nació a la vida jurídica en 1936, contiene tal disposición, sin que el legislador de dicha ley reglamentaria haya explicado en su exposición de motivos la inclusión de tan aberrante precepto. Indicamos que es en buena medida, pues la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito, también han hecho lo suyo.(115)

(115) Véase *infra*. páginas 195 a 204, tesis ejecutorias y jurisprudenciales que se pronuncian por la validez legal de la reclasificación de los delitos (clasificación Jurídica), en el proceso penal.

Para fortuna de la supremacía constitucional, existe testimonio escrito de las verdaderas intenciones del constituyente de Querétaro, mismas que no aceptan ser interpretadas con subterfugios de ninguna naturaleza.

2. Efectos de la transgresión a la garantía de litis cerrada en el proceso penal.

Jesús Zamora-Pierce, en su obra intitulada "Garantías y Proceso Penal",⁽¹¹⁶⁾ aunque no estudia sistemáticamente el tema que ahora nos ocupa, refiere algunos de dichos efectos; así, afirma que de no precisarse la materia de la litis desde el inicio del proceso, se afectarían gravemente las posibilidades de defensa del procesado, pues "(...)el contenido procesal no tendría márgenes ni límites. Cualquier cuestión podría traerse a juicio(...)".⁽¹¹⁷⁾

En efecto, esta situación podría ser trágica para el procesado, pues si el juez penal no fijara el tema por el que habría de seguirse todo el proceso, la parte acusadora podría abusar de esta

⁽¹¹⁶⁾ *Cfr.* p. 136.

⁽¹¹⁷⁾ *Idem.*

circunstancia y así llevar a proceso hechos que nunca fueron materia del auto de formal prisión, con el objeto de que al finalizar aquél, los mismos se encuadraran a determinados tipos penales; luego entonces, si el procesado no sabe por qué delitos se le está encausando, ¿Cómo podría la defensa demostrar, verbigracia, la falta de algún elemento del delito o su eliminación, en base a la presencia de determinado aspecto negativo del delito, si ni siquiera conoce su estructura típica? En estos casos, la defensa se limitaría a cuestiones sobre la individualización de la pena, pero no sobre cuestiones de derecho sustantivo penal. Consecuentemente, de manera eventual se llegaría al extremo de sentenciar al acusado por varios delitos, sin que los mismos se hubieran señalado en el referido auto, violándose con ello el artículo 19 de la Constitución Federal.

Refiriéndose al caso en que surjan nuevos hechos durante la secuela procesal, el precitado autor estima que el instructor de la causa "(...) no podría conocer de hechos que aparecen con posterioridad al auto de formal prisión, y respecto a los cuales el Ministerio Público no ha ejercido la acción penal, sin violar el monopolio que a este último otorga el artículo 21 Constitucional (...)".(118)

(118) *Idem.*

En este orden de ideas y suponiendo que el juez conociera de nuevos hechos surgidos después de dictado el auto de formal procesamiento, señala que se "(...) violaría igualmente el derecho del procesado de que se le haga saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo mediante su declaración preparatoria(...)" (119) Asimismo, "(...) se violarían en su perjuicio las garantías que le concede el párrafo primero del propio artículo 19 constitucional, pues resulta evidente que semejantes hechos no podrían constituir el delito imputado al acusado en dicho auto, ni tampoco es posible que coincidieran los elementos del tipo penal de ambos delitos." (120)

En relación al precepto constitucional últimamente citado, el autor de referencia señala, acertadamente, que el cambio de clasificación del delito hecho por el agente del Ministerio Público al formular sus conclusiones, implicaría una doble violación al dispositivo antes indicado, ya que "(...) no cumpliría con los requisitos de sujeto: el juez, y de momento procesal oportuno: el auto de formal prisión que exige la Constitución. Esa violación de garantías tendría por efecto dejar al procesado sin defensa ante una acusación que se precisa apenas en las conclusiones (...)" (121)

(119) *Idem.*

(120) *Idem.*

(121) *Ibidem.* p. 142.

Efectivamente, no es posible que si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, otorga al juez penal la facultad de clasificar jurídicamente los hechos consignados por el agente del Ministerio Público y que sirven de base para dictar el repetido auto de formal procesamiento, precisamente en este momento procesal, se pretenda que el agente investigador con toda tranquilidad, sea quien finalmente, al formular conclusiones acusatorias, califique jurídicamente los hechos encuadrándolos a determinado tipo penal, pues entonces, eso querrá decir que nuestro proceso penal no es tan justo y civilizado como lo hemos advertido, sino todo lo contrario, ya que estará supeditado al criterio subjetivo e imparcial de una de las partes en el proceso, dejando a la autoridad judicial la función de juzgar al procesado por el delito que arbitrariamente determine el mencionado agente del Ministerio Público. Esto último, es una falta de respeto a los mandatos de la Constitución Federal, y a la independencia de los jueces penales, ya que nuestra Carta Magna es muy clara al determinar que el proceso penal debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y con ello, el legislador constituyente quiso, en primer lugar, que quién calificara técnica y legalmente los hechos, debía ser un perito en derecho, como lo es el juez penal; y en segundo lugar, que quién realizara tal acto, no estuviera cegado, ni anegado su criterio jurídico, por intereses propios, sino que dicha clasificación debía hacerse bajo el amparo de un criterio justo, sereno, pero sobre todo, objetivo; así, a final de cuentas se haría

justicia por quienes están encargados de impartirla, como lo son los jueces penales.

Por nuestra parte, advertimos otras dos consecuencias nocivas, que se producen con la transgresión de la garantía en estudio.

Primeramente, se viola flagrantemente la garantía del debido proceso legal, consagrada en el artículo 14 constitucional, pues al sentenciar al acusado por delito diverso al señalado en el auto de formal procesamiento, no se cumple con las formalidades esenciales del procedimiento, las cuales, fundamentalmente se precisan por el sistema procesal penal establecido por la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en este caso en particular, formalidad señalada en el segundo párrafo del artículo 19 de dicho código político.

En segundo lugar, se rompe con el triple orden cronológico, lógico y teleológico del procedimiento penal,⁽¹²²⁾ pues no cabe duda que si el juez cambia en la sentencia la clasificación del delito señalado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, o bien, el agente del Ministerio Público al formular conclusiones acusatorias altera la citada clasificación, estaríamos ante un desorden procedimental. En

(122) Cfr. Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. Quinta edición. Editorial HARLA, S.A. de C.V. México, 1992. p. 35.

efecto, una vez consumada una etapa procesal, ésta se cierra y no podemos regresar atrás; dando lugar a lo que en la teoría general del proceso se conoce como la preclusión; es decir, si las partes no realizan determinados actos en los plazos que la ley concede para ello en determinada etapa procesal, el derecho procesal a realizarlos se clausura, pues como hemos acotado, dicha etapa concluye o se cierra (en un sentido figurado), para abrirse una nueva.

En este contexto técnico procesal, si el artículo 19 de la Constitución General de la República, determina que el proceso debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en los referidos autos, es obvio que de no acontecer tal supuesto normativo, se rompe con el orden: cronológico, pues ya no es el momento para calificar los hechos que motivaron la incoación del proceso y que sirvieron de base para dictar el auto de formal procesamiento; lógico, puesto que si la fijación de la litis, en nuestro concepto, se precisa en el auto citado con antelación, o sea, en la primera etapa procesal, luego entonces, el calificar la relación jurídica hasta la última de dichas etapas, entraña un caos en el procedimiento, pues esta nueva calificación ya no se relacionará como consecuencia de la valoración que el juez haya hecho de la declaración preparatoria, pruebas y demás diligencias (presupuestos), que le hayan servido para determinar que se encontraban acreditados los elementos del tipo y la probable responsabilidad del procesado durante la primera etapa

de la instrucción (consecuencias), sino que responderá a otras situaciones; y finalmente, teleológico, porque de alguna manera, uno de los fines que se persigue con el proceso penal, según la voluntad del legislador constituyente, es resolver mediante una sentencia, de conformidad con el delito señalado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, no así, por el señalado arbitrariamente en las conclusiones o en la sentencia.

Como podemos observar, los efectos de la transgresión a la garantía de litis cerrada en el proceso penal, no sólo vulnera otras garantías individuales consagradas en la Constitución Federal, ya que también en el ámbito de la técnica procesal, encontramos inconvenientes que afectan el buen orden del procedimiento.

3. La jurisprudencia respecto a la fijación de la litis en el proceso penal.

Los criterios expresados por los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito existentes en nuestro país, a menudo contrarian, con hermenéuticas inadecuadas, los mandatos de la Constitución

Federal. Así, el tema relativo a la modificación de la litis en el proceso, no podía ser la excepción, ya que no obstante -como se ha demostrado-, la intención del legislador es clara sobre la no variación de la clasificación jurídica de los hechos señalados en el auto de formal procesamiento, los tribunales federales, en repetidas ocasiones, han soslayado tal intención apegándose a criterios doctrinales, y apoyándose, en ocasiones, en la Ley de Amparo, lo cual desde nuestra perspectiva, es incorrecto.

A propósito de estas consideraciones, algunos autores de la materia,⁽¹²³⁾ niegan a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho, pues acertadamente sostienen, que la función de quienes integran los tribunales no es legislar (cosa que sucede con la jurisprudencia en México), sino la de aplicar el derecho. Sin embargo, cabe aclarar que como sucede en todos los temas de cualquier materia del derecho, los criterios jurisprudenciales están divididos, y así como los hay equivocados, también algunos de ellos son correctos.

Con el fin de seguir un orden, en primer término señalaremos los que consideramos evidentemente contrarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, principalmente por lo que

(123) *Cfr.* Colín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.* p. 15; y, González Blanco, Alberto. *El Procedimiento Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1975. p. 12.

se refiere al artículo 19 de dicho código político, o que por alguna circunstancia, no se ajustan totalmente a tal dispositivo; en segundo término, acotaremos los que en nuestro concepto son adecuados.

“CLASIFICACION DEL DELITO.- La clasificación del delito por la cual se dicta el auto de formal prisión, solamente puede variarse si, tratándose de los mismos hechos, el Ministerio Público los clasifica de distinta manera, al formular conclusiones acusatorias, pudiendo condenarse o absolverse al acusado, de acuerdo con la nueva clasificación.”

A. D. 3527/21. Sánchez José. 7 de febrero de 1929. cinco votos.

A. D. 3976/25. Salazar Gregorio. 3 de octubre de 1929. cinco votos.

A. D. 2420/29. Lestegast Pérez Ernesto. 8 de octubre de 1929. cinco votos.

A. D. 2227/27. Navarro Efrén Carlos. 30 de octubre de 1929. cinco votos.

A. D. 421/27. Rivera Trejo Pablo. 9 de diciembre de 1929. mayoría de tres votos.

Tesis 822. Página 531. Tomo II, Quinta época. Primera Sala. Apéndice de 1995.

“DELITO, CLASIFICACION DEL.- Para que la clasificación del delito por el cual se dicto el auto de formal prisión, pueda variarse en la sentencia, es requisito indispensable que se trate de los mismos hechos delictuosos.”

A. D. 3976/25. Salazar Gregorio. 3 de octubre de 1929. cinco votos.

A. D. 2420/29. Lestegast Pérez Ernesto. 8 de octubre de 1929. cinco votos.

A. D. 2227/27. Navarro Efrén Carlos. 30 de octubre de 1929. cinco votos.

A. D. 421/27. Rivera Trejo Pablo. 9 de diciembre de 1929. mayoría de tres votos.

A. D. 603/27. Hurtado Aurelio y Coags. 16 de enero de 1930. unanimidad de cuatro votos.

Tesis 121, Página 68, Tomo II, parte SCJN, Quinta época, Primera Sala, Apéndice de 1995.

“MINISTERIO PUBLICO, LA FACULTAD QUE LE OTORGA EL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL PARA INICIAR OTRA AVERIGUACIÓN POR DELITO ADVERTIDO DESPUÉS DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL, GARANTIZA LA DEFENSA DEL INculpADO.- En el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, se establece que el proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión y que, si en el curso del procedimiento aparece que el reo ha cometido un delito diverso del perseguido, éste deberá ser objeto de averiguación por separado. ***Ahora bien, la palabra ‘delito’ no significa la clasificación jurídica que de los hechos atribuidos al procesado, hace la ley, sino el conjunto de actos que integran el hecho criminoso. Así, por ‘delito diverso’, debe entenderse según la recta interpretación de la ley, un conjunto de actos objetivamente diferentes de los que constituyen el primer hecho delictuoso,*** de ahí que, ante el nuevo delito advertido para desplegar la persecución legal sin modificar el principio de que todo proceso debe seguirse forzosamente por el o los delitos contemplados en el auto de formal prisión, se faculta al Ministerio Público incoar otra averiguación, ello con la finalidad de que sobre todo delito que se impute al inculcado, haya una resolución expresa que declare su presunta responsabilidad, para que el procesado tenga conocimiento exacto de cuáles son los hechos delictuosos que se le imputan, y cuáles fueron los elementos que se tuvieron en cuenta para presumirlo responsable de ese hecho, a fin de poder normar su defensa, respondiendo a los cargos que se le hacen con las comprobaciones y argumentaciones procedentes.”

Contradicción de la tesis 13/93. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado y el Segundo Tribunal Colegiado, ambos del Cuarto Circuito. 27 de octubre de 1995. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jorge Humberto Benítez Pimienta.

Tesis 1a./J.16/95. Página 119. Tomo II, noviembre de 1995. Novena época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

“VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO, SE CONSTITUYE CUANDO NO SE NOTIFICAN EN FORMA PERSONAL AL INculpADO, LAS CONCLUSIONES ACUSATORIAS DEL MINISTERIO PUBLICO, EN LAS QUE ESTE FUNCIONARIO VARIÓ LA CLASIFICACIÓN DEL DELITO.- La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido en la jurisprudencia 121, publicada en la página 68, del Tomo II, Materia Penal, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, de 1917- 1995, el criterio de que: **‘DELITO, CLASIFICACION DEL.-** Para que la clasificación del delito por el cual se dicto el auto de formal prisión, pueda variarse en la sentencia, es requisito

indispensable que se trate de los mismos hechos delictuosos.' Por su parte, el artículo 160, fracción XVI, párrafo segundo de la Ley de Amparo, establece: '...No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de 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;...'. De manera pues, que el representante social puede, al formular las conclusiones acusatorias, cambiar la clasificación del delito de la señalada en el auto de formal prisión, a condición de que se trate de los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación y se hagan del conocimiento del encausado con el propósito de que sea oído en defensa durante el juicio y, si en el caso, el Ministerio Público al formular sus conclusiones lo hizo variando el delito, aunque sustentaba dicha variación, en los mismos hechos, era indispensable, que el auto respectivo que las mando agregar al expediente le hubiese sido notificado personalmente la inculpado, en el lugar donde se encontraba recluso a fin de que fuese oído y en su caso expresara las conclusiones que creyera procedentes. Sin que baste la notificación del auto relativo, mediante lista, puesto que dada la reclusión del encausado y la falta de autorización de su defensor, para oír en su nombre las notificaciones personales que a éste le correspondieran, realmente no tendría noticia de la nueva clasificación del delito formulada en las conclusiones acusatorias, produciéndole esa omisión un estado de indefensión, violatorio en su perjuicio de garantías. De donde se sigue que si la Sala de segunda instancia, al conocer el recurso de apelación propuesto por el acusado, no lo advirtió así, debe otorgarse la protección federal para el efecto de que revoque la sentencia apelada y ordene la reposición del procedimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 370 del código adjetivo penal del Estado de San Luis Potosí, al actualizarse la causal de reposición procesal contenida en la fracción IX del artículo 371 del citado ordenamiento, a efecto de que se notifique personalmente el acuerdo respectivo que ordenó agregar al expediente las conclusiones acusatorias de referencia."

A. D. 367/95. Miguel Olvera Méndez. 11 de enero de 1996. unanimidad de votos. Ponente: Pedro Elías Soto Lara. Secretario: Rafael Rivera Durón.

Tesis IX.2o.3P. Página 497. Tomo III, abril de 1996. Novena época. Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

"AUTO DE FORMAL PRISIÓN.- Si bien es cierto que el inciso 2o del artículo 19 constitucional, establece que el proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión y que si en el curso del procedimiento aparece que el reo ha cometido un delito diverso del perseguido, éste deberá ser objeto de acusación por separado, también lo es que la palabra `delito`, en el citado precepto constitucional, no significa la clasificación jurídica que de los hechos atribuidos al procesado hace la ley, sino el conjunto de actos que integran el hecho criminoso y que, por ser perjudiciales a la sociedad, son reprimidos y castigados por la autoridad pública. Así por `delito diverso`, debe entenderse, según la recta interpretación de la ley, un conjunto de actos que sean objetivamente diferentes de los que constituyen el primer hecho criminoso; por lo tanto, si se dicta el auto de formal prisión por lesiones y, a consecuencia de ellas, fallece el ofendido, la muerte del mismo no constituye un delito distinto, puesto que los hechos que constituyen el acto criminoso son idénticos y no es inconstitucional, por lo mismo, que se haya dictado el auto de formal prisión por lesiones y que el Ministerio Público, y el juez hayan considerado el acto como homicidio, porque el proceso fue iniciado y seguido por el mismo conjunto de actos que motivaron la iniciación del procedimiento."

Quinta época. Tomo XXXVI. Página 1198.

"CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE LA.- La Primera Sala de la Suprema Corte ha sostenido constantemente, en diversas ejecutorias, que no se violan garantías en perjuicio de los indiciados, cuando se cambia la clasificación de los hechos delictuosos que se les imputan, siempre que durante el proceso hubiesen tenido la posibilidad de la defensa en relación con los hechos imputados."

Quinta época. Tomo LXXX. Página 4595. Benítez, Enrique y Coags.

"CLASIFICACION DEL DELITO. ACUSACIÓN.- El Ministerio Público al ejercitar la acción penal, consigna `hechos` a la autoridad judicial y a ésta corresponde al través del auto de formal prisión, hacer la clasificación del delito sobre el cual versará el proceso, no pudiendo variarse dicha clasificación en la sentencia, salvo que el Ministerio Público lo haga así al formular conclusiones, siempre y cuando los hechos que se estimen comprendidos en la nueva figura sean los mismos de los que se ocupó la causa."

A. D. 1094/1957. Ramón Nuñez de Luna. Enero 27 de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Primera Sala. Sexta época, Vol. XIX, segunda parte. Página 76.

“CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE LA CONCLUSIONES ACUSATORIAS.- Si el Ministerio Público, al formular conclusiones cambió la clasificación del delito y el acusado y quejoso fue oído en defensa durante el juicio propiamente tal, el procedimiento fue legal y la sentencia que lo condeno por el nuevo delito no es violatoria de garantías.”

A. D. 1394/1959. Enrique Olvera González. Julio 3 de 1959. Cinco votos. Primera Sala. Sexta época. Vol. XXV, segunda parte. Página 28.

“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.”

A. D. 7388/1962. Antonio Valdés Rodríguez. Enero 9 de 1964. Mayoría de cuatro votos. Primera Sala. Sexta época. Vol. LXXXIX, segunda parte. Página 18.

“DELITO, CAMBIO DE CLASIFICACION DEL.- No se viola la garantía del artículo 19 Constitucional, cuando se cambia la clasificación del delito por el que se ha seguido el proceso, siempre que los hechos, materia del mismo, no hayan variado; más esta tesis no es aplicable cuando el Ministerio Público, tanto en primera como en segunda instancia, formula conclusiones acusatorias o sostiene éstas, señalando al inculpado como responsable de determinado delito, y en la sentencia se cambia esta clasificación, lo cual evidentemente impide que el reo pueda defenderse de una imputación que viene a aparecer hasta el fallo, el cual debe ser congruente con la acusación, a efecto de no incurrir en el desconocimiento de la garantía que consagra la fracción IX del artículo 20 Constitucional.”

A. D. 7304/1964. Emilio Herrera Ramírez. Octubre 11 de 1967. Unanimidad. Ponente: Mtro. Ezequiel Burguete Farrera.

A. D. 7550/1964. Albino Hernández Haces. Octubre 11 de 1967. Unanimidad. Primera Sala. Sexta época. Vol. CXXXVIII, segunda parte. Página 15.

“DELITO, CAMBIO DE CLASIFICACIÓN DEL.- La tesis de jurisprudencia número 49, de la Segunda Parte del Apéndice de 1917 a 1965, bajo el rubro: ‘Clasificación del delito, cambio de la, en la sentencia’ establece que ‘de manera constante la Suprema Corte de Justicia ha otorgado la protección Constitucional a aquéllos quejosos a quienes se condena por delito distinto del que en realidad se cometió, porque con ello se viola el artículo 14 de la Constitución General de la República, que prohíbe la aplicación analógica o por mayoría de razón de la ley respectiva’. Como se aprecia, la tesis transcrita se refiere a que los quejosos hubiesen sido condenados por un delito distinto al que en realidad se cometió, aplicándoles la ley en forma analógica o por mayoría de razón, situación que no se contempla si los acusados son sentenciados por los mismos hechos que se les atribuyeron al dictarse el auto de formal prisión; y si el Ministerio Público, al formular conclusiones, cambia la clasificación del delito y los acusados son oídos en defensa durante el juicio, el procedimiento resulta legal y la sentencia que los condene por el nuevo delito no resulta violatoria de garantías.”

Séptima época, segunda parte: Vol. 45. Página 25. A. D. 1923/72. Ciro Manuel Riojas Rodríguez y Julián Valdés Hernández. Unanimidad de cuatro votos.

“DELITO, CLASIFICACIÓN DEL.- El artículo 19 Constitucional no se refiere a la clasificación jurídica del delito, sino a los hechos que aparezcan demostrados, de acuerdo con las circunstancias de lugar, tiempo y ejecución de aquéllos.”

Séptima época, segunda parte: Vol. 64. Página 21. A. D. 121/73. Hipólito Díaz Gutiérrez. Cinco votos.

“CAMBIO EN LA CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE ABIGEATO. (LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ).- Esta Primera Sala ha sostenido en jurisprudencia firme que para que la clasificación del delito pueda variarse, es requisito indispensable que se trate de los mismos hechos delictuosos (Tesis trescientos veinte, página seiscientos dieciocho de la compilación de la jurisprudencia sustentada durante los años de 1917 a 1954) y no puede decirse que se vulneren garantías cuando la autoridad responsable al modificar el fallo de primer grado reduce la penalidad considerando que el

delito de robo no se cometió en un medio rural, sino dentro de una población, de acuerdo con el pedimento del Ministerio Público.”

A. D. 5024/58/2a. Ángel Ballesteros. Resuelto el 22 de enero de 1959, por mayoría de tres votos contra dos. Ponente: el Sr. Mtro. Juan José González Bustamante. Srio. Lic. Rafael Murillo. Primera Sala. Informe 1959, página 22.

“NECESARIA CONGRUENCIA DEL FALLO CON EL PLIEGO ACUSATORIO.- Debe existir absoluta congruencia entre la sentencia condenatoria y el pliego de conclusiones del Ministerio Público en lo relativo a la figura por la que se dicta la resolución. El Ministerio Público fija en sus conclusiones la materia del juicio y no podrá el órgano jurisdiccional variarla; podrá condenar sin determinadas calificativas, pero necesariamente por el mismo tipo al que se aludió en las conclusiones y de no hacerlo estaría variando la materia de la causa y el fallo resultaría manifiestamente violatorio del artículo 21 Constitucional.”

A. D. 8097/62. Informe 1963. Primera Sala. Página 67.

“DELITO BASE DE LA SENTENCIA.- El Ministerio Público puede en sus conclusiones variar la clasificación del delito perseguido, siempre que se trate de los mismos hechos; y el juez no viola garantías en perjuicio del acusado al admitir el cambio de clasificación; más si lo que se transmuta no es propiamente la clasificación, sino la naturaleza del delito, como ocurre en el presente caso, en que el delito de ‘golpes simples’, se substituye por el de ‘tentativa de violación’ y por este delito no incluido en la consignación ni en el auto de formal prisión, dicta sentencia condenatoria, viola con ello las garantías consignadas en el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional.”

A. D. 9207/63/1o. Pedro Cruz Tovar. Resuelto el 9 de julio de 1964, por unanimidad de cuatro votos. Ponente: el Sr. Mtro. José Luis Gutiérrez. Srio. Lic. José M. Ortega. Primera Sala. Informe 1964. Página 30.

“AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBE CALIFICARSE EL DELITO QUE SE IMPUTA AL ACUSADO EN EL.- Si el juez natural en el auto de formal prisión califica el delito que se le imputa al inculcado, es evidente que con ello está rebasando las exigencias a que se contrae el artículo 19 Constitucional, en virtud de que en dicho auto, solamente debe puntualizarse el delito por el cual se le seguirá el proceso y determinar si existen pruebas que hagan probable su presunta responsabilidad en su comisión, pero de ningún modo se debe precisar su grado de responsabilidad, ya que esto es lo que constituye el objeto del proceso, en el que se debe analizar la pretensión punitiva y establecer en concreto si existió el hecho delictuoso y determinar la responsabilidad del acusado conforme a las conclusiones del Ministerio Público, en el que se fije y perfeccione el ejercicio de la acción penal.”

A. R. 502/80. Carlos Alejandro Flores Alvarado. 3 de septiembre de 1980. Unanimidad de votos. Ponente: Gabriel Santos Ayala. Informe 1980. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. No. 5. Página 274.

“CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE LA, EN LA SENTENCIA.- Las conclusiones del Ministerio Público constituyen el límite de la actividad jurisdiccional del juzgador, dado que es a aquél funcionario a quién, por mandato constitucional, corresponde el ejercicio de la acción penal, el cual se perfecciona en el momento en que formula conclusiones; por lo tanto, debe estimarse legal la variación de la clasificación de los delitos, cuando se trate de los mismos hechos, pero además haya acusado en ese sentido el Ministerio Público, pues lo contrario implicaría rebasar los límites de la acusación; de manera que si en la sentencia se hace una reclasificación del delito al tener por acreditada una modalidad por la que no se ejerció acción penal, hay violación del artículo 20 Constitucional.”

Séptima época, segunda parte: Vols. 145-150. Página 58. A. D. 4447/80. Víctor Hernández Gil. Unanimidad de cuatro votos.

“CLASIFICACIÓN DEL DELITO.- La clasificación jurídica de los hechos delictuosos en el auto de formal prisión, no establece la base forzosa e indispensable del procedimiento penal, esta base queda constituida con la especificación del hecho, la expresión del lugar, tiempo y circunstancias que mediaron en la ejecución y que deben ser bien conocidas por el acusado, inmediatamente que se le prive forzosamente de la libertad, para ponerlo en condiciones de que se defienda. La Constitución, al mencionar en su artículo

19, la palabra 'delito', quiso asignarle otra ideología, se caería en el absurdo de que absuelto un procesado por determinado delito, considerado como espécimen de clasificación jurídica, pudieran seguirse en su contra. indefinidamente, una serie de nuevos procesos por diversas clasificaciones jurídicas; pero si el tribunal cambia el cargo que el Ministerio Público haya formulado contra el reo, invade las facultades de aquél y ejercita funciones que son exclusivas del representante social, y con ello viola las garantías de los artículos 14 y 16 Constitucionales, porque se priva al reo de esas garantías, por virtud de una sentencia pronunciada en un juicio criminal, en el que no se observan las formalidades esenciales del procedimiento, entre las que figura de modo prominente, el derecho de defensa, ya que no puede aquél conocer a tiempo las circunstancias y modalidades del delito que se le imputa."

Tomo XXVII. Página 831. Salazar Gregorio. 2 de octubre de 1929. Quinta época. Primera Sala. Semanario judicial de la Federación.

"ACUSACIÓN, LIBERTAD DEL TRIBUNAL PARA CALIFICAR DENTRO DE LA.- El tribunal responsable bien puede modificar la estimación hecha por el inferior respecto a la participación del acusado en los hechos delictuosos, si tal modificación no se aparta del marco trazado tanto por la consignación o ejercicio de la acción penal, cuando por el auto de formal prisión y las conclusiones del Ministerio Público si por otra parte hubo apelación expresa de este último sobre aquella estimación del inferior."

A.D. 1969/1953. Odilón López. Resuelto el 20 de marzo de 1957, por unanimidad de cinco votos. Ponente: el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Raúl Cuevas. Primera Sala. Boletín 1957, página 185.

"MINISTERIO PÚBLICO, CONSIGNACIÓN DEL, Y AUTO DE FORMAL PRISIÓN INCONGRUENTES. AUSENCIA DE VIOLACIÓN DE GARANTÍAS.- No es exacto que el juzgador invada funciones del representante social cuando decreta la formal prisión por delitos diversos a aquéllos por los cuales se ejercita la acción penal, ya que es criterio admitido que la consignación del Ministerio Público se refiere sólo a hechos delictuosos y el tribunal es quien precisa los delitos por los cuales se seguirá forzosamente el proceso, sin que se exija congruencia entre la consignación y el auto de formal prisión, pues dicha congruencia sólo se exige entre las conclusiones y la sentencia."

Séptima época, segunda parte. Vol. 32. Página 48. A. D. 1980/71. José Luis Piedra Niebla. Mayoría de tres votos.

“DELITO CONTRA LA SALUD. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO CUANDO LA CONDUCTA DEL QUEJOSO ENCUADRA EN EL ARTICULO 195 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y NO EN EL DIVERSO 194, FRACCIÓN I, DEL MISMO ORDENAMIENTO.- Cuando por no haberse probado que el acusado transportaba marihuana con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, el tribunal revisor ubique su conducta en la señalada por el diverso numeral 195 bis de la citada ley, lo procedente es conceder el amparo para el efecto de que la responsable deje insubsistente la sentencia reclamada y en su lugar dicte otra en la que declare penalmente responsable al quejoso a la luz de la hipótesis típica prevista en el invocado artículo 195 bis y con plenitud de jurisdicción, reindividualice la pena; en virtud que el tipo contemplado en dicho numeral no es un delito diverso del contenido en el 194 del mencionado, sino sólo difiere en grado, pues, determinado el transporte de un narcótico, debe subsistir la unidad del delito contra la salud; ya en la modalidad de transportación agravada (artículo 194, fracción I), o bien atenuada (artículo 195 bis).”

A. D. 299/96. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, Juan Antonio Gómez Díaz, 19 de agosto de 1996. Mayoría de votos. Disidente: Mgrado: Pablo V. Monroy Gómez.

Ahora transcribiremos los criterios que a nuestro juicio se ajustan a la Constitución Federal:

“CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE.- El artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución General de la República, establece como principio general que ‘todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión’. Sin embargo, a renglón seguido, dispone que ‘si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá aquél ser objeto de acusación separada’. Ahora bien, como se advierte del texto constitucional transcrito, la prohibición que consigna se refiere a la ‘secuela del proceso’, o sea, la fase del procedimiento penal que se inicia con el auto de formal prisión y que termina con la sentencia de primera instancia, pero no a la fase precedente en la que, por no existir expresa prohibición constitucional, si es permisible el cambio de clasificación del delito, cuando los hechos materia de la investigación no varíen. En esas condiciones, y tomando en consideración que el Ministerio

Público al ejercitar la acción penal consigna 'hechos' a la autoridad judicial y que es a ésta a la que corresponde, a través del auto de formal prisión, clasificarlos y determinar qué delito configuran para que por éste se siga el proceso, es de concluirse que el cambio de clasificación del delito por el que se ejercitó la acción penal contra el acusado, por otro delito por el que se sujete al acusado a la traba de formal prisión y por el que se norme la instrucción y el juicio hasta dictarse sentencia, no es violatorio de garantías."

Séptima época, segunda parte. Vol. 42. Página 33. A. D. 232/72. Oswaldo Presbítero Cruz. Unanimidad de cuatro votos.

"CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE LA.- Si el inculpado fue condenado como responsable del delito contra la salud en su modalidad de posesión de marihuana, siendo que el Ministerio Público acusó por la de tráfico, es incuestionable que hay violación del artículo 20 Constitucional, pues la responsable no podía variar la clasificación de la modalidad del delito. No importa que al revisar la sentencia de primer grado la dicha responsable hubiese notado la incongruencia de que se trata (al considerar la pena impuesta) y haya atribuido a error mecanográfico la misma, al advertir que en el considerando respectivo se estimó a dicho inculpado como responsable de tráfico de marihuana y en el resolutivo correspondiente se le tuvo como responsable de la modalidad de posesión del referido estupefaciente, pues tal circunstancia no puede venir a purgar el error, si la propia responsable tuvo como procedente 'confirmar íntegramente y por sus propios y legales fundamentos la sentencia recurrida'."

A. D. 5680/74. Pablo Cetina Noh. 10 de marzo de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Semanario Judicial de la Federación . Séptima época. Vol. 75, segunda parte. Marzo 1975. Primera Sala. Página 18.

"CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO INDEBIDO DE LA. (VIOLACIÓN).- El tribunal de alzada no debió pronunciar sentencia condenatoria por el delito de violación por equiparación, a que se refiere el artículo 240 del Código Penal del Estado de Jalisco ('cópula con menor impúber o persona privada de razón o de sentido, o que por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir'), pues ello implica un incorrecto cambio de clasificación del delito, respecto de hechos distintos, si como consecuencia del auto de formal prisión, el proceso se siguió al inculpado por el delito de violación propia -excluyéndose expresamente el de violación por equiparación, precisamente en cumplimiento

de la correspondiente sentencia de amparo-, pues se afirmó la concurrencia de la violencia moral, inferida del temor reverencial derivado de la autoridad paterna ilícito tipificado en el artículo 239 del mencionado código, sin que sea válido sostener que entre ambos delitos medie una simple diferencia de terminología y que sean los mismos hechos, pues su estructura es distinta y su realización fáctica exige requisitos diversos.”

Séptima época. segunda parte. Vols. 175 -180. Página 26. A. D. 2952/83. Juan Gutiérrez Galindo. Cinco votos.

“FORMAL PRISIÓN, AUTO DE.- Si el auto de formal prisión fue dictado estimando al acusado como presunto responsable del delito de homicidio en riña y, posteriormente, no hay otras pruebas rendidas en el proceso, aquella resolución precluye en favor del acusado y quejoso, y el juez está constreñido a dictar su sentencia con respecto al criterio externado por él en dicho auto.”

A. D. 1893/1958. Pablo Adame Pineda. Resuelto el 4 de septiembre de 1958, por unanimidad de cinco votos. Ponente: el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srío. Lic. Raúl Cuevas. Primera Sala. Boletín 1958, página 648.

“FORMAL PRISIÓN, AUTO DE.- Por mandato constitucional todo proceso se seguirá precisamente por el delito señalado en aquel auto que, por lo mismo, es el soporte ineludible de toda condena. De manera que se violan garantías al pronunciarse ésta por tres delitos cuando en el repetido auto de formal prisión solamente se alude a dos de ellos, pero respecto al tercero hay omisión total en cuanto a elementos constitutivos del mismo y circunstancias de ejecución, así como a los datos sobre la comprobación del cuerpo del delito y a la probable responsabilidad del acusado, datos que también son constitucionalmente imperativos.”

A. D. 5355/1959. Cipriano Castañeda Pulido. Resuelto el 25 de febrero de 1960, por unanimidad de cinco votos. Ponente: el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srío. Lic. Raúl Cuevas. Primera Sala. Boletín 1960, página 107.

“ACUSACIÓN (SUBSTITUCIÓN DE LA, POR PARTE DE LA RESPONSABLE.- El auto de formal prisión se dictó por el delito de deserción previsto en el artículo 260 del Código Marcial, y la sentencia recurrida, conforme al diverso artículo 273 del mismo ordenamiento legal; ahora bien, la responsable sostiene que la aplicación de la ley en este sentido es intrascendente porque ambos preceptos se refieren genéricamente al abandono de los deberes militares del quejoso. Esta H. Sala no comparte tal criterio, ya que el primer precepto se refiere a la deserción en caso de abandono de servicio normal y el segundo al mismo hecho en tiempo de guerra; lo que se traduce en una ilegal substitución en la sentencia recurrida en relación a la acusación, lo que deja al quejoso en estado de indefensión por lo que es procedente otorgar el amparo.”

A. D. 5573/78. Loreto Ciriaco Castrejón. 20 de junio de 1979. Unanimidad de votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Secretario: Edmundo Alfaro Martínez. Informe 1979. Primera Sala. No. 2. Página 3.

“DELITO, CAMBIO EN LA CLASIFICACIÓN DEL. Si la ley punitiva aplicable señala que los delitos pueden ser intencionales o culposos, agregando que es intencional el que se ejecuta voluntariamente mediante una acción u omisión, queriendo o aceptando el resultado, y que es culposo el que se comete sin intención pero por imprudencia imprevisión, negligencia, impericia o falta de reflexión o de cuidado, y que causa un daño igual a un delito intencional de ello se sigue que la propia ley establece en su parte general una primera clasificación de los delitos conforme a la cual se puede infringir la norma, bien actuando intencionalmente para producir el resultado querido, o bien, involuntariamente pero causando el daño como consecuencia de la imprudencia, imprevisión, impericia o falta de reflexión o de cuidado del agente. Por lo tanto si de autos aparece que el inculpado fue procesado, acusado y sentenciado en primera instancia como responsable de un delito intencional y que pese a ello la responsable lo sancionó estimando que había cometido un delito imprudencial, es claro que con ello vario la clasificación del delito que en cuanto a la forma de comisión señala la ley aplicable, invadiendo así la función persecutoria que la ley reserva al representante social, por lo que resulta violado el artículo 21 del Pacto Federal y se impone conceder el amparo.”

A. D. 3/73. Pedro Domínguez Díaz. 6 de julio de 1973. Unanimidad de votos.

A. D. 203/73. Alfredo Sánchez Barrios. 21 de septiembre de 1973. Unanimidad de votos.

A. D. 143/74. Crescencio Chico Raymundo. 8 de mayo de 1975. Unanimidad de votos.

A. D. 233/75. Ramiro Cuéllar Rodríguez. 20 de junio de 1975. Unanimidad de votos.

A. D. 320/75. Arturo Ramirez Romero. 28 de julio de 1975. Unanimidad de votos.

Tesis 508. Página 305. Tomo II, parte TCC. Séptima época. Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Apéndice de 1995.

“JUEZ DE DISTRITO, INDEBIDA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO POR PARTE DEL. Por cuanto a la técnica del amparo, si el juez de Distrito aprecia que el quejoso como activo, no materializó el ilícito que se le imputa, sino uno diverso, debe concedérsele en forma lisa y llana la protección solicitada y no reclasificar su conducta al injusto que se hubiere estimado probado, porque aquélla, aunque facultad judicial, no es propia del órgano del control constitucional sino del de instancia.”

Tesis consultable en la página 185, del Tomo VI, segunda parte-1. Octava época D-1. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación.

“ORDEN DE APREHENSIÓN. SIN CLASIFICACIÓN DE DELITO. La precisa clasificación del delito no es necesaria para dictar la orden de aprehensión, sino para fundar el auto de formal prisión y la sentencia definitiva.”

A. R. 202/88. Efrén Andrade Andrade. 13 de julio de 1988. Unanimidad de votos.

A. R. 427/88. Odilón Muñoz Campos. 19 de enero de 1989. Unanimidad de votos.

A. R. 224/90. Luis Guines García. 12 de julio de 1990. Unanimidad de votos.

A. R. 135/91. María de Refugio Vilchis Enríquez y otros. 3 de mayo de 1991. Unanimidad de votos.

A. R. 305/ 91. Francisco Hernández Altamirano y otros. 11 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos.

Tesis 947. Página 549. Tomo II, parte HO. Octava época. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Apéndice de 1995.

"AUTO DE FORMAL PRISIÓN. AMPARO CONTRA LA CLASIFICACIÓN DEL DELITO.- No corresponde al juez de amparo, al resolver el que se interponga contra el auto de formal prisión, el hacer la clasificación de los delitos."

A. R. 3838/26. Alba Órnelas J. Guadalupe de. 28 de junio de 1927. Mayoría de siete votos.

A. R. 8985/43. Villalpando Valdés Conrado. 10 de agosto de 1944. Unanimidad de cuatro votos

A. R. 6556/46. Viloría Vicente. 11 de noviembre de 1946. Cinco votos

A. R. 674/46. Cervantes Aragón Tomás. 11 de agosto de 1948. Unanimidad de cuatro votos.

A. R. 4005/ 47. Cerda Torres Victoriano. 3 de septiembre de 1948. Cinco votos.

Tesis 48. Página 27. Tomo II, parte SCJN. Quinta época. Primera Sala. Apéndice de 1995.

"AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES: 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL'; QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.- La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: 'Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un 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 al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.' Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuales son, según el delito de que se trate, atribuido al inculcado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculcado, y por tanto deben de quedar

determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se advierta por el juzgador, que surjan."

Tesis por contradicción 1a./J.6/97. Página 197. Tomo V - febrero de 1997. Novena época. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

"CLASIFICACIÓN DEL DELITO POR EL QUE SE EJERCIÓ LA ACCIÓN PENAL. ES CORRECTO EL PROCEDER DEL JUEZ FEDERAL AL HACER EL CAMBIO DE.- El juez instructor no invade funciones del representante social ni contraviene el espíritu del artículo 21 constitucional, cuando decreta la formal prisión por delito diverso a aquel por el cual se ejerce la acción penal, ya que es criterio admitido que la consignación del Ministerio Público se refiere sólo a hechos delictuosos y el órgano jurisdiccional es quien precisa el delito por el cual se seguirá el proceso."

A. D. 162/96. José Luis Flores Pacheco. 17 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Tesis XX.85 P. Página 640. Tomo IV, agosto de 1996. Novena época. Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

"CLASIFICACIÓN DEL DELITO. INDEBIDA VARIACIÓN POR PARTE DEL RESOLUTOR NATURAL. Cuando el representante social precisa su acusación por los delitos de robo con violencia, homicidio en grado de tentativa y resistencia de particulares y el resolutor natural, al dictar la sentencia, condena por el delito de lesiones, se constituye en el ejercicio de la acción persecutoria variando la clasificación de los delitos, produciendo con ello estado de indefensión al acusado, toda vez que no estuvo en la aptitud de rebatir una acusación que no se actualizó por parte del Ministerio Público."

A. D. 445/96. Luis Enrique Gámez Gámez. 4 de julio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretaria: María Elva Lugo Pesqueira.

Tesis V. 2o.24P. Página: 613. Tomo IV, septiembre de 1996. Novena época. Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

“CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE LA, EN LA SENTENCIA.- De manera constante la Suprema Corte de Justicia ha otorgado la protección constitucional a aquellos quejosos a quienes se condena por delito distinto del que en realidad se cometió, por que con ello se viola el artículo 14 de la Constitución General de la República que prohíbe la aplicación analógica o por mayoría de razón de la ley respectiva.”

A.D. 461/31. Maldonado Honorato. 26 de mayo de 1932. Cinco votos.

A.D. 6572/48. Solís Alcudia Fidelina. 11 de noviembre de 1948. Cinco votos.

A.D. 8804/49. Villareal Alvarado J. Jesús. 27 de julio de 1950. Cinco votos.

A.D. 411/48. Escobedo Chávez Roberto. 6 de mayo de 1953. Cinco votos.

A.D. 2213/60 Guillermo Hernández Martínez. 3 de mayo de 1962. Cinco votos.

Tesis 72. Página 41. Tomo II, parte SCJN. Sexta época. Primera Sala. Apéndice de 1995.

“CLASIFICACIÓN DEL DELITO. RESULTA ILEGAL CUANDO SE HACE EN LA SEGUNDA INSTANCIA.- El tribunal de alzada no debe condenar al quejoso por una modalidad diversa por la que no se siguió proceso alguno, en virtud de que lo deja en completo estado de indefensión al no defenderse de una imputación que viene a aparecer hasta el fallo de segunda instancia, el cual debe ser congruente con la naturaleza de la acusación que concretamente formuló el agente del Ministerio Público Federal en sus conclusiones : por tanto, el proceder del Tribunal Unitario responsable ***lo agravia al condenarlo por una modalidad distinta al delito por el que se le siguió el proceso y que rebasa los límites de la acusación.***”

A. D. 252/96. Ruth Esquinca Cancino. 26 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Rafael León González.

Tesis XX. 100 P. Página 373. Tomo IV, diciembre de 1996. Novena época. Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

4. Nuestra tesis sobre la litis cerrada en el proceso penal.

La exposición de la temática abordada en este trabajo ha quedado agotada, por lo que ahora se impone proponer lo que consideramos son soluciones a los conflictos planteados con antelación.

En efecto, el problema existente en la doctrina, ley secundaria y jurisprudencia, se centra fundamentalmente en la circunstancia de la modificación de la clasificación técnica-legal de los hechos que sirvieron para incoar el proceso y, posteriormente, para dictar el auto de formal procesamiento. Un amplio sector doctrinal, sostiene que tal clasificación puede ser variada. La Ley de Amparo, permite al agente del Ministerio Público reclasificar los hechos al formular conclusiones, sin que sea óbice a tal determinación, que los mismos ya hubiesen sido clasificados en el auto de plazo constitucional por el juez instructor de la causa. La jurisprudencia de nuestros más altos tribunales, se pronuncia marcadamente por la variación de la clasificación jurídica de los hechos, si el representante social la realiza al formular conclusiones, siempre que no se modifiquen los hechos que sirvieron de base para dictar el multicitado auto de formal procesamiento.

Empero, por otro lado, de manera descollante aparece ante nosotros el texto constitucional que determina que todo proceso debe seguirse "(...) forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso(...)"; y no sólo eso, sino que existen pruebas documentales, testimonio escrito, que revelan que el constituyente asignó a la palabra delito, el significado de "calificación jurídica" . (124)

Ahora bien, ¿Qué podemos hacer para conciliar esta contradicción de criterios y opiniones?, o bien, ¿Cuál de las dos posturas es la correcta y más conveniente?

Nuestro criterio se ha evidenciado a lo largo de esta exposición: La litis en el proceso penal es cerrada, pues así lo determina convenientemente el artículo 19 de la Constitución Federal; por consiguiente, todo criterio contrario a esta afirmación, lo consideramos inexacto. No podemos conciliar los criterios arriba indicados, pues es evidente que contra los mandatos del código político de referencia, no son aceptables hermenéuticas superficiales sobre el tema; máxime que existe testimonio escrito respecto a la voluntad del legislador constituyente al redactar el segundo párrafo del artículo 19 constitucional.

(124) Véase *supra*, páginas 121 y 122, verdaderas intenciones del constituyente de Querétaro de 1917, al redactar el artículo 19 de la Constitución Federal.

Para nosotros la conveniencia de establecer un sistema litis cerrada en el proceso, radica en la seguridad jurídica que debe tener la parte medular del drama penal; el procesado. Así es, dada la gravedad del proceso penal, éste no debe responder o regirse por criterios caprichosos inspirados en lo que cada vez parece ser un ideal, como lo es erradicar la impunidad, por muy laudable que ello sea, sino que debe atender en todo, al sistema procesal penal establecido en el pacto federal. Si queremos erradicar la impunidad, no debemos hacerlo arbitrariamente cuando el procesado está bajo la potestad punitiva del Estado, sino que debemos hacerlo a fondo; esto es, desde el momento en que la noticia criminal llega al conocimiento de las autoridades encargadas de la procuración de justicia. Ahí debemos preocuparnos, pues es en donde se cometen las mayores injusticias, ya que cuando no se atiende al poder del dinero, se responde al poder político, consecuencia, indudablemente, de la corrupción que impera en ese ámbito. Corrupción que es lasciva y perversa, parecida a un cáncer del cual aparentemente nunca podremos librarnos, misma que, tristemente, ha permeado también a los encargados de administrar justicia en este país.

Luego entonces, consideramos fundamental que para que en este país no siga habiendo impunidad, como tarea primordial tenemos que combatir la corrupción, y no tergiversar el texto de la Constitución so pretexto de acabar con dicha impunidad, pues con lo que

finalmente acabaremos, será con el sistema procesal penal; éste funciona adecuadamente, lo que no funciona son los encargados de aplicarlo.

Si se va a procesar al indiciado de un delito, debemos hacerlo bajo cierta normatividad, misma que como hemos expresado, se encuentra determinada tanto en la Constitución General de la República, como en los diversos códigos procesales referentes a la materia penal, los cuales deben ser acordes con las prescripciones constitucionales. Tratándose de un proceso penal, no podemos hacer lo que nos plazca, sino que debemos ceñirnos al procedimiento establecido en la ley, pues los valores que están en juego son los más altos que posee el ser humano: vida, libertad y honor.

Ahora bien, desde un punto de vista técnico, hay que tomar en consideración que el sistema de litis cerrada en el proceso, es justo para las partes intervinientes en el proceso, toda vez que de su exacta aplicación, redundará, en primer lugar, en una defensa adecuada para el procesado, ya que desde el inicio del proceso sabrá con precisión cuál va a ser la materia del mismo y, por lo tanto, sobre la cual deberá ofrecer las pruebas que estime conducentes, a fin de lograr su absolución. Igualmente, el agente del Ministerio Público concentrará su actividad persecutoria en acreditar

fehacientemente, ante la autoridad judicial, la culpabilidad del acusado; y aún más, si advierte durante la secuela procesal que el procesado cometió un delito (clasificación), distinto del que se persigue, podrá incoar nuevamente un proceso con el objeto de que a esa persona también se le juzgue por el nuevo delito que aparezca, sin perjuicio de que pudiera decretarse la acumulación, si fuere conducente. Finalmente, el juez podrá sentenciar por la materia que constituyó el debate en el proceso, evitando así se desvíe su función jurisdiccional a cuestiones que nunca se ventilaron en aquél.

A mayor abundamiento, y en relación con las ideas que acabamos de exponer, existe jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que se considera absurdo por los integrantes de aquel órgano colegiado, que el artículo 19 al referir que el proceso se seguiría por el delito señalado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se refiriera a clasificación legal, pues para ellos, iría contra la lógica tal interpretación, ya que de absolverse a un acusado por determinado “delito”, considerado este último como espécimen de clasificación jurídica, eso significaría que podrían seguirse en su contra indefinidamente, una serie de nuevos procesos por nuevas y diversas clasificaciones jurídicas.⁽¹²⁵⁾ Empero, la anterior aseveración es equivocada e inexacta.

(125) Véase *supra*, páginas 202 y 203, tesis jurisprudencial que sostiene tal criterio.

Así es, si a un individuo se le siguiera proceso por determinado delito (clasificación), y por éste resultara absuelto, contrariamente a lo que se sostiene en la jurisprudencia citada con antelación, dicho sujeto ya no podría ser nuevamente procesado; pues, escapó a los señores ministros, que el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíbe terminantemente juzgar a una persona dos veces por el mismo delito, entendiéndose en dicho dispositivo legal por la palabra delito, el conjunto de hechos delictuosos, y en este sentido la doctrina y la jurisprudencia sí son unánimes.(126) Luego entonces, si un procesado fuera absuelto, verbigracia, por el delito de robo, y se pretendiera iniciar un nuevo proceso en contra de dicho individuo, sobre la base de los mismos hechos delictuosos que fueron materia del anterior proceso, pero ahora por el delito de abuso de confianza (clasificación legal), esto resulta imposible jurídicamente, pues dicho individuo ya no podrá ser juzgado por los mismos hechos delictuosos, aunque diferente clasificación legal. La jurisprudencia también lo ha entendido así al interpretar el alcance del artículo 23 constitucional: "Este precepto, al ordenar que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, sea que en el juicio se le absuelva o se le condene, se refiere a los hechos que constituyen la infracción penal motivo del proceso, pero no a su clasificación jurídica o legal (...)" (127)

(126) *Cfr.* Acero, Julio. *Ob. Cit.* p. 443; Burgoa O., Ignacio. *Ob. Cit.* p. 669; Pérez Palma, Rafael. *Ob. Cit.* p. 350; Zamora-Pierce, Jesús. *Ob. Cit.* p. 368.

(127) *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta época. Tomo CXVIII, p. 305.

Por otra parte, de ninguna manera pretendemos que por un tecnicismo legal sea absuelto un delincuente, pues somos partidarios de que quién sea encontrado responsable de la comisión de un delito, debe ser sancionado como lo determina la ley penal. Pero tampoco debemos permitir que se cometa una injusticia y arbitrariedad con el procesado penalmente. Que se castigue, y en algunos casos, severamente a los responsables de algún ilícito penal, aunque se tache a este criterio de absolutista,(128) pero ello, lo debemos hacer cumpliendo con lo que ordena la ley. De lo contrario, ¿Para qué estudiamos?, si a fin de cuentas en la práctica vamos a soslayar la ley, haciendo lo que se nos antoje, lo cual, es inadmisibile. Insistimos, hay una normatividad, que quizás para algunos sea injusta, sin embargo, con todo y eso debemos cumplir con ella por muy injusta que pudiera ser. Jesús Zamora-Pierce, menciona que la garantía de litis cerrada "(...) *en algún caso excepcional, puede servir a un culpable para escapar de la sanción que merece, so pretexto de que el delito ha sido indebidamente calificado por el juez(...)*" Empero, posteriormente refiere: "(...) *El hecho de que la aplicación puntual y respetuosa de las garantías individuales pudiera excepcionalmente producir una consecuencia que estimamos injusta, no es argumento válido para interpretar el texto constitucional en forma derogatoria (...)*"(129) A mayor abundamiento, esas circunstancias excepcionales, no deben ser

(128) Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*. Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1998. pp. 3 y 78.

(129) *Ob. Cit.* pp. 143 y 145.

achacadas a dicho culpable, sino a la deficiencia en la investigación de los hechos, y en su caso, al error técnico en que haya incurrido el juez que dictó el auto de formal procesamiento, e inclusive del tribunal de alzada, en caso de que tal clasificación se hubiere corregido en apelación. Nuestro sistema procesal penal es muy civilizado y debemos enorgullecernos de él; y sobre esta base, no hay por qué pretender tergiversarlo con discurrecimientos equivocados.

Pensemos por un momento en la triste situación que vive un presunto responsable del delito de lesiones, que fue consignado a la autoridad judicial y se le dictó auto de formal prisión por ese mismo delito; su abogado defensor, hace lo posible por destruir los elementos del delito que se le imputa, así como de demostrar, quizás, la no participación del indiciado en los hechos que se le atribuyen. Seguido el proceso en todos sus términos, y después de pasados dos años en prisión preventiva, llega el momento procesal para que las partes formulen sus conclusiones, y el procesado tiene la esperanza, por que su abogado le haya comunicado la posibilidad de que pudiera resultar absuelto del delito por el que se le acusó, o quizás, que la sanción que va a recibir no sea tan severa, y así, al fin podría verse liberado de la vida negra que implica estar encarcelado; sin embargo, el agente del Ministerio Público al formular sus conclusiones acusatorias, cambia la clasificación fijada en el auto de formal prisión y ahora, hasta esa etapa procesal, lo acusa del delito

de homicidio y no sólo eso, sino que incluye algunas calificativas, por lo que ahora el procesado será juzgado y sentenciado por el delito de homicidio calificado y podría alcanzar una pena de hasta cincuenta años de prisión, puesto que durante la secuela procesal el sujeto pasivo del delito falleció.

Sin lugar a dudas, esto representará para el procesado, un trago bastante amargo, y no sólo para el, sino para todos aquellos que junto con él están involucrados en ese drama penal. Ciertamente esa situación sería injusta y desalentadora para el defensor, pues el período probatorio ha expirado y sólo queda por delante la audiencia de vista para que dicho procesado se pueda “defender” de la nueva imputación que se le hace, en la cual, difícilmente podrá demostrar su inocencia, dado que el tiempo ya será poco. Seguramente que si el acusado no demuestra fehacientemente su inocencia, será condenado por ese delito.

Y cabe preguntar ¿De qué sirvió toda una estrategia defensiva tendente a demostrar la inculpabilidad del acusado, si casi al finalizar el proceso, se traen a éste nuevos elementos y hechos que no habían sido contemplados en el auto de formal prisión? ¿Qué hay de la garantía de seguridad jurídica establecida por el legislador constituyente en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional?

Pues, la estrategia defensiva al final de cuentas no sirvió de nada, y de la garantía de seguridad jurídica tampoco queda nada, ya que una ley secundaria como lo es la Ley de Amparo y la jurisprudencia de nuestros tribunales federales, desafiando la supremacía de nuestra ley fundamental, decidieron destruir dicha garantía de litis cerrada y establecer en su lugar, un proceso en el cual se negara al procesado toda posibilidad de defensa.

Esto no se puede permitir en un estado de derecho como el nuestro; una ley secundaria y mucho menos la jurisprudencia, pueden estar por encima de los mandatos establecidos en nuestra Carta Magna, sino que por el contrario, deben ser acordes con dichos mandatos, y en lo posible, ampliar las garantías de seguridad jurídica del gobernado. Para algunos, el caso antes relatado podría ser justo si el procesado fuera realmente culpable; sin embargo, aquél que se diga respetuoso de la ley, debe estar en contra, como es nuestro caso, de todo aquello que no respete la normatividad y lineamientos establecidos en nuestra Constitución, en este caso particular, por lo que al proceso penal se refiere.

Es inaceptable que se haya creado a favor de una de las partes en el proceso (la acusadora para ser más precisos), una situación privilegiada, al facultarla para cambiar la clasificación del delito, pues

dicha situación, no tiene ni fundamento jurídico sólido, ni mucho menos justo y equitativo; máxime que ya hemos hablado de los efectos nocivos que produce tal privilegio.

Es fácil hablar sobre que a determinado procesado se le impondrán de “x” años a “z” años de prisión. Sin embargo, el que los va a sufrir, abraza en todo momento la esperanza de salir algún día libre y seguir viviendo, pues dentro de prisión, se acaban los sueños e ilusiones, se acaba con la vida misma; luego, ningún intento y esfuerzo serán mucho en esa difícil empresa de recuperar la libertad. Y esta situación podría ser más trágica y desesperante, si quién está siendo procesado es inocente. No debemos permitir, pues, que por el capricho de quienes tuvieron el poder, en un momento determinado, para hablar sobre el tema de la reclasificación de los delitos en el proceso penal, hayan legislado sobre el mismo, y sin ningún miramiento, contrariamente a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, decidieran como debería encausarse al indiciado de un delito.

No es dable a ningún individuo, que en función del poder de que está investido, decida los destinos de una nación, y menos aun cuando de garantías de seguridad jurídica se trata. Los pueblos civilizados como el nuestro, rigen su vida política, social, económica y

jurídica, por los mandatos establecidos en su Constitución, no por los que arbitrariamente determinen un grupo de tres, cinco u once individuos, quizás mañana veintiuno; la verdad es que no lo sabemos. De lo que sí estamos seguros, es que si consideramos que nuestra Constitución Política en alguno de sus preceptos determina normas contrarias al desarrollo de cualquiera de los ámbitos antes señalados, ello debe ser motivo de reforma, pero por decisión de los individuos facultados para tal efecto, y cumpliendo con las formalidades establecidas en el artículo 135 de la propia Constitución.

De manera vergonzosa, en algunas épocas, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al artículo 97 constitucional, protestaron guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y lo primero que hicieron cuando ejercieron el poder que se les había conferido, fue tergiversar sus disposiciones e interpretarlas según la conveniencia de la política judicial vigente.

Ahora bien, el juez penal, respondiendo al alto honor que le dá su investidura, no debe titubear o temer por estas cuestiones de la clasificación correcta de los delitos al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pues él es un perito en la materia.

Ciertamente es humano, y por lo tanto, imperfecto, pero en la difícil tarea de impartir justicia no está solo. Excepcionalmente, le servirán de pauta para normar su criterio jurídico, los argumentos expuestos por las partes, pero en todo caso, de ser apelada su resolución, la misma se someterá al criterio de otros magistrados, que bien pudieran confirmarla o corregirla; de cualquier forma, siempre seguirá aprendiendo.

El cargo encomendado a los jueces penales es descollante, por ello a menudo se habla de la honorabilidad que dá el ser un funcionario judicial de esa magnitud. En atención a lo anterior, nosotros no advertimos ninguna dificultad para que dicho funcionario clasifique correctamente en el auto de formal procesamiento, los hechos consignados por el agente del Ministerio Público.

El juez es la piedra angular del buen funcionamiento del proceso penal, y por ello, nunca debe dejarse avasallar por criterios que estén en contra de las garantías de seguridad jurídica, y en el caso, por los que están en contra de un proceso penal con sistema de litis cerrada.

Con el objeto de preservar de manera íntegra el sistema procesal penal establecido en la Constitución, proponemos en primer lugar, se

suprima por determinación de los integrantes del órgano legislativo federal del Estado, el segundo párrafo de la fracción XVI del artículo 160 de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, ya que constituye un verdadero monumento a la inconstitucionalidad. Por lo que se refiere al primer párrafo de dicha fracción, sólo sería conveniente incluir en su texto, el auto de sujeción a proceso.

En segundo lugar, y con relación a la legislación adjetiva penal federal y del Distrito Federal, proponemos la adición y reforma(130) de los siguientes artículos:

Del Código Federal de Procedimientos Penales, los artículos 39, 163 y 388, fracción XIII, para quedar como sigue:

“Artículo 39.- Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Cuando durante el proceso se encontrare que el hecho que se averigua tiene ramificaciones, o que se siguen otros con los que tuviere conexión, se dará conocimiento de ello al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

(130) Las partes que aparecen remarcadas en los artículos que se transcriben, son las que nosotros proponemos se incluyan en el texto de la ley.

Para los efectos del presente artículo, se deberá entender por delito, el conjunto de hechos delictuosos que se imputen al procesado, así como la clasificación jurídica que el juez les asigne en los autos de referencia.”

“Artículo 163.- Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando la descripción típica legal y la presunta responsabilidad correspondientes, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores. **Sin embargo, la clasificación jurídica que se haga de los hechos delictuosos imputados al procesado en los referidos autos, no podrá ser modificada en ninguna etapa del proceso.** Dichos autos serán inmediatamente notificados en forma personal a las partes.”

“Artículo 388.- Habrá lugar a la reposición del proceso por alguna de las causas siguientes:

I a XII...

XIII.- Por habersele condenado por delitos distintos de los que fueron señalados en el auto de formal procesamiento (...)."

Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los artículos 29, 304 bis A. y 431, para quedar como sigue:

"Artículo 29.- Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Para los efectos de la presente artículo, se deberá entender por delito, el conjunto de hechos delictuosos que se imputen al procesado, así como la clasificación jurídica que el juez les asigne en los autos de referencia."

"Artículo 304 bis A.- El auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando los elementos del tipo y la probable responsabilidad

correspondientes aún cuando se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores. **Sin embargo, la clasificación jurídica que se haga de los hechos delictuosos imputados al procesado en los referidos autos, no podrá ser alterada en ninguna etapa del proceso.**”

“Artículo 431.- Habrá lugar a la reposición del procedimiento por alguna de las causas siguientes:

I a XI ...

XI bis. Por haberse condenado al acusado, por delitos distintos de los que fueron señalados en el auto de formal procesamiento (...).”

Con las adiciones y reformas que se proponen a la legislación secundaria, quedará perfeccionada la garantía de litis cerrada y se establecerá en la ley adjetiva un sistema a través del cual, el proceso deberá desarrollarse exclusivamente sobre el tema que se haya determinado al fijarse la litis en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; consecuentemente, todos y cada uno de los actos procesales que se verifiquen en las posteriores etapas del proceso, deberán tener relación directa con dicho tema o puntos litigiosos establecidos en el citado auto; esto es, se definirá correctamente la concreción de la litis.

Por otra parte, la fracción XVI del artículo 160 de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, quedará ajustada al texto del artículo 19 de la Carta Magna, señalando que se violarán las leyes del procedimiento, cuando seguido el proceso por el delito señalado en el auto de formal procesamiento, el quejoso fuere sentenciado por delito diverso.

Finalmente, como consecuencia lógica de todo lo anterior, los tribunales federales se verán obligados, primero, a corregir los criterios erróneos sustentados hasta la fecha, y segundo, se tendrá que emitir jurisprudencia, en el sentido de que la litis en el proceso penal es cerrada, y por lo tanto, ni los hechos que sirven de base para dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, ni la clasificación que de ellos se haga en dichas resoluciones, podrán ser alterados en la secuela procesal. Consecuentemente, consideramos se unificarán los criterios jurisprudenciales respecto a la temática en estudio, quedando superadas las divisiones existentes.

Resulta pertinente aclarar, que no obstante que constantemente criticamos las opiniones emitidas por autores de la materia, respecto al tema central de este trabajo, protestamos nuestro respeto a las mismas, y no pretendemos que cambien, pues,

afortunadamente, en este país cada quien es libre de emitir su pensamiento en la forma que considere adecuada, siempre y cuando se respete la vida privada de las personas, la moral y la paz pública.

Como corolario de lo anterior, debemos señalar que nuestra propuesta tiene como fin, el respeto a las garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, muy en especial, al sistema procesal penal; ya que debemos estar conscientes de que quién se ve envuelto en el drama penal, ciertamente se ubica en circunstancias trágicas, pues nada menos enfrenta la potestad punitiva del Estado, que en determinado momento puede acabar con su vida y un tanto con la de su familia, no necesariamente por que se le haya dictado una sentencia que lo condene a muerte, sino porque es de todos conocido que quién es sometido a una pena carcelaria, aun cuando sea preventivamente, desde ese momento su vida cambiará, entrará y vivirá en un mundo diferente y aterrador, del cual quizás nunca regrese.

CONCLUSIONES.

I. El hombre evoluciona, y junto con él, también sus instituciones jurídicas. El procedimiento penal que ahora conocemos, se ha gestado durante milenios, y llega a nosotros como una institución civilizada, pues, si bien el castigo que debe retribuirse a los delincuentes por el daño que causan a la sociedad debe ser ejemplar, el mismo se tiene que imponer respondiendo al sistema jurídico y normatividad imperantes; no al capricho de los hombres.

II. La litis cerrada en el proceso penal mexicano, es una institución que nace por voluntad del constituyente de Querétaro de 1917, pues, ni en los procedimientos penales de la antigüedad y del siglo pasado, ni aun en los procedimientos penales de muchos países en la actualidad, se observa una institución similar a ésta. Dicha institución se elevó a grado de garantía del gobernado, misma que se consagra en el artículo 19 constitucional; la cual asegura al procesado penalmente, que la materia o tema del proceso determinado por el juez en el auto de formal procesamiento, no podrá ser alterado durante la tramitación de aquél.

III. Un amplio sector de la doctrina procesal penal mexicana, se pronuncia por un sistema de litis cerrada parcial, pues sólo acepta que los hechos que motivaron la incoación del proceso y que

posteriormente sirvieron de base para dictar el auto de formal procesamiento, no podrán ser alterados durante la secuela procesal; sin embargo, respecto de la clasificación jurídica de aquellos, acepta su variación ya sea en las conclusiones o en la sentencia, pues se aduce que de lo contrario se propiciaría la impunidad por algún error al calificar los hechos consignados por el agente del Ministerio Público.

IV. La jurisprudencia emitida por nuestros tribunales federales, siguiendo una equivocada tradición interpretativa del artículo 19 de la Constitución Federal, acepta la variación de la litis, en cuanto a clasificación jurídica se trate, ya que sólo los hechos que dieron base al proceso, no deben ser alterados durante la secuela procesal.

V. El artículo 160, fracción XVI, de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, permite al agente del Ministerio Público, al formular conclusiones acusatorias, reclasificar jurídicamente los hechos que sirvieron de base para dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, condicionando tal proceder, a que dicha reclasificación sea notificada al acusado, a fin de que este último ejerza su derecho de defensa.

VI. No obstante lo anterior, la Constitución Federal es terminante cuando establece que el proceso debe seguirse por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; entendiéndose por delito, la calificación jurídica que de los hechos delictuosos imputados al procesado, haga el instructor de la causa en los referidos autos. Incluso, y para fortuna de la supremacía de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, existe testimonio escrito de que a la palabra delito se le asignó por voluntad del legislador constituyente, el significado de “calificación jurídica”, hecho este último que es insoslayable.

VII. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la Ley Suprema de toda la Unión, por ello, siendo el sistema de litis cerrada una garantía individual, participa del principio de supremacía constitucional; luego, si los criterios doctrinales y jurisprudenciales, así como la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo, no son fieles interpretes de los mandatos de dicha ley fundamental, resultan ser inconstitucionales, y por lo mismo, no deben ser observados, pues es obvio que la Constitución tiene prevalencia y primacía de aplicación sobre cualquier norma o ley ordinaria.

VIII. El sistema de litis cerrada en el proceso penal, es conveniente, pues trae aparejada seguridad jurídica para el procesado penal, así

como diversas ventajas para el Estado en su función judicial, ya que el proceso deberá seguirse por el tema señalado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; consecuentemente, al acusado permite una defensa adecuada y precisa contra la acusación por el delito sobre el cual se le pretende fincar responsabilidad penal, y al juez le allana su función jurisdiccional, pues de ser el caso, sentenciará al procesado por la materia que constituyó el debate en el proceso, evitando así, se desvíe su función a cuestiones que nunca se ventilaron en aquél.

IX. Con motivo de la tramitación del proceso penal, es posible que se descubran hechos que se consideren constituyen un ilícito penal distinto del que se persigue, por lo tanto, en esta hipótesis, el agente del Ministerio Público tiene expedito su derecho para incoar un nuevo proceso en contra del indiciado, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si ello fuere conducente. Todo esto sin necesidad de violar garantías individuales y apegándose a la técnica establecida por el sistema procesal penal constitucional.

X. El derecho establecido para el agente del Ministerio Público por la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo, facultándolo para reclasificar los hechos al formular conclusiones acusatorias, constituye un privilegio procesal a favor de dicho funcionario,

rompiéndose con ello la igualdad entre las partes del proceso penal, puesto que con tal acto se pone en desventaja al procesado, ante una acusación que viene a actualizarse apenas en las conclusiones y que es diversa al tema fijado por el juez en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso; en tal virtud, dicha facultad resulta ser contraria a las garantías de legalidad y seguridad jurídica del procesado, y por ende, inconstitucional.

XI. Una vez que el auto de formal prisión o de sujeción a proceso quedan firmes, sea porque las partes no lo impugnaron, o bien, porque habiéndolo hecho se haya confirmado el mismo, resulta jurídicamente imposible que el juez modifique su propia resolución dictada en los referidos autos, en los que determinó la materia o tema por el que debería seguirse todo el proceso, ya que existe un principio general del derecho que nos enseña que un juez no puede modificar sus propias resoluciones, situación esta última que acontecería si el juez reclasificara los hechos en la sentencia.

XII. La reclasificación de los hechos realizada por el juzgador en la sentencia, también es inconstitucional, pues igualmente deja sin defensa al procesado y se vulneran diversas garantías de seguridad jurídica y la técnica y orden que exige el procedimiento penal, ya que con tal acto, se estaría sentenciando al acusado por un delito

respecto del cual nunca tuvo conocimiento durante la tramitación del proceso; máxime que ese ya no es el momento procesal oportuno, para calificar jurídicamente los hechos consignados por el agente del Ministerio Público.

XIII. Con el fin de que se perfeccione la garantía de litis cerrada, y se respete de inmediato la supremacía constitucional y la gravedad que representa el proceso penal, es conveniente y a la vez necesario, se suprima el segundo párrafo de la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo; asimismo, se reformen y adicionen, en la forma propuesta en el último capítulo de este trabajo, diversos artículos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales.

XIV. El sistema de litis cerrada establecido para el proceso penal por el artículo 19 de la Constitución Federal, goza del principio de rigidez constitucional; luego, si se considera que este sistema es inconveniente y que debería establecerse uno con litis abierta, ello debe ser objeto de una reforma a la Constitución, pero no por el legislador ordinario, ni por la jurisprudencia de nuestros tribunales federales, sino que deberá erigirse un Congreso Constituyente integrado en la forma que determina el artículo 135 del Pacto Federal, para que dicha reforma sea válida y llegue a formar parte del

texto constitucional. En tanto, no podemos, con prácticas derogatorias de dicho artículo, soslayar el mandato ahí prescrito.

COLOFÓN

*“Felices son los que han sido perseguidos
por causa de la justicia, puesto que a ellos
pertenece el reino de los cielos” (Mt. 5: 10.)*

BIBLIOGRAFÍA.

Acero, Julio. Procedimiento Penal. Séptima edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla, 1976.

Alcalá - Zamora y Castillo, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. Segunda edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1970.

Alcalá - Zamora y Castillo, Niceto y Levene (h), Ricardo. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial G. Kraft. LTDA. Buenos Aires, 1945.

Arilla Baz, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Doceava edición. Editorial Kratos, S.A. de C.V. México, 1989.

Borja Osorno, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Primera reimpresión. Editorial Cajica, S.A. Puebla, 1977.

Briseño Sierra, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. Primera reimpresión. Editorial Trillas. México, 1982.

Burgoa O. Ignacio. Las Garantías Individuales. Vigésima novena edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997.

Cámara de Diputados. H.Congreso de la Unión, LV Legislatura. Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones. Tomo III. Cuarta edición. Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor. México, 1994.

Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Volumen I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1989.

Carnelutti, Francesco. Principios del Proceso Penal. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Proceso Penal. Trigesimaprimer edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Decimosexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.

Cosacov Belaus Gustavo. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo A - CH. Segunda edición. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.

Chavero, Alfredo. México a Través de los Siglos. Tomo I. Decimosexta edición. Editorial Cumbre, S.A. México, 1980.

Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997.

Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1937.

García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Editorial HARLA. México, 1990.

González Blanco, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.

González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 1988.

Greenleaf, Richard E. Zumárraga y la Inquisición Mexicana, 1536-1543. Primera reimposición, Fondo de Cultura Económica. México, 1992.

Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano. Primera edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.

Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del Delito, Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1998.

Ortolán, M. Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano y una generalización del Derecho Romano. Madrid, 1879.

Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. Quinta edición. Editorial HARLA, S.A. de C.V. México, 1992.

Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Vigésima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.

Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Décima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.

Pérez Palma, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1974.

Riva Palacio, Vicente. México a Través de los Siglos. Tomo II. Decimosexta edición. Editorial Cumbre, S.A. México, 1980.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Vigésimasegunda edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.

Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial HARLA, S.A. de C.V. México, 1990.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

Zamora - Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Octava edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1996.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
Código Federal de Procedimientos Penales.
Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Semana Judicial de la Federación y su Gaceta.
Constitución Española.
Constitución Nacional Venezolana.
Constitución Política del Perú.
Constitución Política de la República de Panamá.
Constitución Política de la República de Guatemala.
Constitución de los Estados Unidos de América.
Constitución Política de Colombia.
Constitución de la República de Costa Rica.
Constitución de la República de Cuba.
Constitución de la Nación Argentina.
Constitución Política del Estado Ecuatoriano.
Constitución Política de Honduras.

EXPEDIENTES JUDICIALES CONSULTADOS

Expediente del amparo directo número 3527/21. Quejoso: José Sánchez. Autoridad responsable: Primera Sala del Supremo Tribunal Militar. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Expediente del amparo directo número 2420/29. Quejoso: Ernesto Lestegast Pérez. Autoridad responsable: Primera Sala del Supremo Tribunal Militar y otra. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Expediente del amparo directo número 3976/25. Quejoso: Gregorio Salazar. Autoridad responsable: Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Jalisco. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Expediente del amparo directo número 421/ 27. Quejoso: Rivera Trejo Pablo. Autoridad responsable: Séptima Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Expediente del amparo directo número 2227/27. Quejoso: Navarro Efrén Carlos. Autoridad responsable: Magistrado del Tribunal del Tercer Circuito y otra. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ÍNDICE.

Introducción	VII
--------------------	-----

CAPÍTULO PRIMERO

GÉNESIS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

1. La venganza privada	1
2. El procedimiento penal en las civilizaciones antiguas	3
A) Grecia	4
B) Roma	5
C) Procedimiento penal canónico	8
D) Procedimiento penal mixto	11
E) Procedimiento penal español	13
3. El procedimiento penal en México antes de su independencia	18
A) Los Aztecas	19
B) Los Mayas	23
C) Época colonial	25
a) Funcionarios con atribuciones legales para perseguir a los delincuentes.....	27
b) Designación de funcionarios indios	28
c) Real Ordenanza para el Establecimiento e Institución de Intendentes del Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España	29
d) El Tribunal de la Inquisición	30
e) La Audiencia	36
f) Juicio de Residencia en el Derecho Indiano	39
g) Tribunal de la Acordada	42
4. Breve referencia a la legislación adjetiva penal en México Independiente.....	45
A) Decreto español de 1812	46
B) Constitución de 1857	47
C) Ley de Jurados Criminales de 1869	49
D) Código de Procedimientos Penales de 1880	49
E) Código de Procedimientos Penales de 1894	51

F) Código de Procedimientos Penales en materia Federal de 1908	52
G) Código de Procedimientos Penales de 1929 y de 1931 para el Distrito Federal y Código Federal de 1934.....	52

CAPÍTULO SEGUNDO

LITIS, PROCESO Y PROCEDIMIENTO PENAL.

1. Concepto de litis	54
2. Concreción, fijación y extracto de la litis	59
3. Litis abierta y litis cerrada	63
4. Proceso y procedimiento penal	66

CAPÍTULO TERCERO

LA LITIS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

1. Garantías constitucionales referentes al procedimiento penal	85
2. Artículo 19 constitucional	101
A) El auto de plazo constitucional	103
B) Fijación de la litis	110
C) Hechos atribuidos al procesado en el auto de formal prisión y de sujeción a proceso	114
3. Importancia de la clasificación de los hechos en el procedimiento penal	117
A) La consignación	128
B) El auto de formal procesamiento	132
a) Modalidades	136
b) Primera y segunda instancia	145
C) Las conclusiones	149
D) La sentencia	153

CAPÍTULO CUARTO

LITIS CERRADA Y PROCESO PENAL.

1. Inconstitucionalidad de la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo.....	157
A) Antecedentes.....	158
B) Crítica a la fracción XVI del artículo 160 de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.....	174
C) Pugna de la Ley de Amparo con relación a la ley adjetiva penal.....	185
2. Efectos de la transgresión a la garantía de litis cerrada	187
3. La jurisprudencia respecto a la fijación de la litis en el proceso penal	193
4. Nuestra tesis sobre la litis cerrada en el proceso penal	212
Conclusiones	231
Colofón	238
Bibliografía	239
Legislación y jurisprudencia consultada	242
Expedientes judiciales consultados	243