

336
28



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

**LA RECLASIFICACION DEL DELITO
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL**

T E S I S
Que para obtener el título de:
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a
PEDRO GARCIA SALAS

México, C.U.
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

1993.



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

Es indiscutible que en toda sociedad existe una gama de valores prevalentes, cuyo respeto por los gobernantes y gobernados es significativo para salvaguardar las relaciones humanas, razón por la cual el Estado los tutela rigidamente a través del sistema jurídico normativo mediante figuras delictivas, que se encuentran previstas y sancionadas en normas que entrañan un contenido eminentemente penal, dando pauta a la creación de órganos legalmente facultados con atribuciones propias e independientes (Ministerio Público , Juez y Defensa).

Sin embargo el transcurso del tiempo y la práctica jurídica nos ha demostrado que dichas esferas de jurisdicción no son tajantemente respetadas, debido sin lugar a dudas a una falta de uniformidad de criterio de la ley . Razón por la cual el título de la presente tesis, no fue escogido al azar ya que el presente trabajo es producto del estudio y análisis respecto a las actuaciones realizadas por el Ministerio Público, Juez y Defensa en las diversas etapas del procedimiento penal, tendientes a cambiar el delito por el cual se inició la averiguación previa y posteriormente por el cual se le consignó e instruyó proceso a un ser humano, entendiéndose éste como único ente transgresor del sistema jurídico normativo establecido para conservar y hacer posible la existencia de una verdadera armonía social.

Pero lo que conlleva mayor preocupación, son, - las actuaciones realizadas por el órgano jurisdiccional (juez-

instructor) respecto al cambio de delito al resolver la situación jurídica de un ser humano al fenecer el término de las 72 horas en el auto de plazo constitucional, resultando indiscutible que todas estas anomalías devienen en función como ya fue manifestado de una falta de uniformidad de criterio en la ley , ya que mientras la Constitución como Ley Suprema establece específicamente en el artículo 21 el monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y en consecuencia como único órgano encargado de llevar a cabo la integración de una averiguación previa cuyo fundamento, desde mi particular punto de vista lo constituyen hechos típicos (Delitos) no hechos en general como se ha concebido durante mucho tiempo siendo prueba de ello que al analizar un pliego de consignación en el mismo se establece el ejercicio de la acción penal por un delito, mismo cuyo nomen iuris se especifica, estableciendo los numerales que rigen su descripción y sanción respectivamente, lo anterior atento a que el Ministerio Público es o debe ser un perito en la materia, un técnico del derecho, motivo por el cual en ningún caso corresponde al órgano jurisdiccional subsanar la falta de tecnicismo jurídico del Ministerio Público.

Por otra parte cabe destacar que las leyes adjetivas penales como lo son el Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal, Ley de Amparo, Código Federal de Procedimientos Penales y aún la misma Jurisprudencia, autorizan al órgano Jurisdiccional a realizar el cambio de tipo penal (de-

lito), condicionándolo a que se trate de los mismos hechos que motivaron el inicio de la averiguación previa , a pesar de estar conscientes los legisladores de que con ello provocan sin lugar a dudas una invasión de esferas de jurisdicción, para convertir asimismo al juez en órgano persecutor de delitos, función que se encuentra reservada única y exclusivamente a nivel constitucional al Ministerio Público, implicando una falta de respeto a nuestra carta magna ; y generando el prevelecimiento del sistema procesal de tipo inquisitivo toda vez que el órgano jurisdiccional se unifica con el Ministerio Público , con lo cual se conculcan garantías al sujeto activo del delito, generando día tras día una mayor desconfianza en nuestra administración de justicia, pues el Órgano Jurisdiccional ya no se concreta a señalar si la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, es típica del delito por el cual el Ministerio Público ejerció acción penal, sino llega más allá al corregir deficiencias técnicas del Representante Social , con lo cual nos apartamos más y más de un verdadero sistema procesal acusatorio en el cual cada una de las partes integrantes de un proceso cumplan con sus respectivas funciones.

Todo lo anterior motivo la realización del presente trabajo, en el que por razones metodológicas se abordan en el primer capítulo los antecedentes históricos del procedimiento penal, concepto del mismo, sistemas procesales relevantes, en el segundo capítulo , concepto de la reclasificación del delito y su procedencia o improcedencia en tipos fundamentales -

o básicos, especiales, complementados, circunstanciados y subordinados, de delito consumado a tentativa de delito; en el -- tercer capítulo se analizará la panorámica legislativa respecto a la procedencia e improcedencia de la reclasificación del delito y finalmente en el cuarto capítulo la procedencia e improcedencia de la reclasificación del delito en las distintas etapas del procedimiento penal.

Destacándose el hecho de que con el presente trabajo no se pretende imponer criterio alguno, sino con la única finalidad de que las presentes notas sirvan para crear inquietud de estudio y análisis por parte de los estudiosos y legisladores del derecho y en su caso se adecuen los ordenamientos jurídicos que nos rigen, pero con una uniformidad de criterios para evitar las anomalías señaladas en el cuerpo del trabajo -- aquí presentado y sometido a consideración del honorable sínodo.

Como se apreciará, he tratado de plasmar dentro de mi estudio, criterios prácticos, teóricos, jurídicos y el personal, respecto a la problemática de la reclasificación del delito, lo que sin lugar a dudas vulevo a recalcar, resulta altamente en una pronta, expedita y sobre todo justa administración de justicia, todo esto desde el punto de vista de aplicación del derecho en estricto sentido.

A mis padres JUAN y EMMA
por su apoyo, cariño y -
comprensión que me han -
dado.

A todos mis hermanos a
quienes les tengo un -
gran cariño.

A mi esposa SONIA y mi hija
IVETTE, para quienes espero
ser un buen ejemplo.

Al Lic. CARLOS J.M. DAZA GOMEZ
porque con su paciencia y fina
atención dedicada al ase
ramiento de este trabajo, lo
gre culminar la elaboración
del mismo.

AL HONORABLE JURADO

AL Lic. RAUL CARRANCA Y RIVAS
fuente inagotable de conoci
mientos, mi más sincero agrade
cimiento por el apoyo brinda
do para la elaboración de es
te trabajo.

INDICE GENERAL

LA RECLASIFICACION DEL DELITO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Páginas

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO. EL PROCEDIMIENTO PENAL .

- 1.1 Antecedentes históricos 3
- 1.2 Concepto de procedimiento penal12
- 1.3 Sistemas procesales relevantes en el -
procedimiento penal15
- 1.4 El sistema mixto como sistema adoptado
dentro del sistema procesal penal . . .20

CAPITULO SEGUNDO. LA RECLASIFICACION DEL DELITO.

- 2.1 Concepto de la reclasificación del de-
lito 24
- 2.2 Clasificación de los tipos en base a -
formulación metodológica32
 - a) Fundamentales o básicos42
 - b) Especiales44
 - c) Complementados, circunstanciados y -
subordinados46
- 2.3 Procedencia o improcedencia de la re -
clasificación del delito de un tipo -
fundamental o básico a otro fundamen -
tal52
- 2.4 Procedencia o improcedencia de la re -
clasificación del delito de un tipo -
fundamental o básico a un especial. . .56

2.5	Procedencia o improcedencia de la reclasificación del delito de un tipo fundamental o básico, a un complementado, circunstanciado subordinado	59
2.6	Es reclasificación de delito, de delito-consumado a tentativa de delito.	60

**CAPITULO TERCERO. PANORAMICA LEGISLATIVA RESPECTO A LA RE-
CLASIFICACION DEL DELITO.**

3.1	En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	69
3.2	Interpretación del artículo 21 constitucional en relación a la procedencia o improcedencia de la reclasificación. . .	71
	a) La función jurisdiccional	75
3.3	Fundamentación constitucional de la procedencia de la reclasificación del delito	87
3.4	Critica respecto a la legislación adjetiva (Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley de Amparo)- respecto a la reclasificación del delito	94
3.5	Consecuencias jurídicas de la reclasificación del delito	99

CAPITULO CUARTO	<u>PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA RECLASIFICACION DEL DELITO EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.</u>	
4.1	En la averiguación previa y hasta antes - de dictarse la formal prisión103
4.2	En el auto de formal prisión109
4.3	En la formulación de conclusiones113
4.4	En la sentencia116
4.5	En segunda instancia121
CONCLUSIONES123
BIBLIOGRAFIA128
LEGISLACION CONSULTADA131
OTRAS FUENTES DE CONSULTA132

C A P I T U L O I

EL PROCEDIMIENTO PENAL

EL PROCEDIMIENTO PENAL

Antes de iniciar el presente estudio, quisiera hacer la siguiente aclaración, estoy totalmente conciente de que el tema que constituye el título de la presente tesis, ha generado y generara polémica, pues el mismo va en contra de todas las ideas que prevalecen en la práctica del procedimiento penal.

Ya que es un hecho totalmente aceptado, que el juez en un momento determinado va a poder clasificar el delito por el cual el agente del Ministerio Público, ejercitó acción penal, pues se dice que éste último consigna hechos. Sin embargo en la gran cantidad de resoluciones que día a día se emiten por nuestros organos jurisdiccionales (llamase autos de plazo-constitucional, sentencias) jamás hablan de clasificación sino de reclasificación, término que he querido ocupar en el presente trabajo, a efecto de que se identifique inmediatamente el objeto que persigo, ya que como veremos en el transcurso de nuestro estudio, lo que hace el juez en el momento en que recibe la consignación, toma la declaración preparatoria y en forma especifica al dictar el auto de plazo constitucional y cambiarla denominación del delito por el cual el Ministerio Público ejercitó acción penal, es reclasificar el delito, pues efectivamente dicho representante social consigna hechos, pero hechos delictuosos, mismos que ya fueron clasificados por éste dentro de una figura típica precisa (delito), atento a su calidad de organo técnico y más aún lo funda y lo motiva, circunstancia que indudablemente debe ser respetada por el organo jurisdic-

dicional, pues no es función propia de éste el perseguir el delito, motivo por el cual en el transcurso del presente estudio, sostendré la máxima de que el juez en ningún momento del proceso puede reclasificar el delito, pues rompería con la idea de lo que es la trilogía procesal al suplir las deficiencias del agente del Ministerio Público, lo anterior atento a la estricta aplicación de la ley suprema, afirmación que voy a demostrar en el presente estudio, por lo que iniciare éste, haciendo una conceptualización general del procedimiento penal, buscando en los antecedentes históricos, la razón jurídico social de su existencia, para luego establecer la idea de la trilogía procesal en el concepto del procedimiento penal y hablar de los sistemas procesales que en un momento determinado, se establecen en la doctrina y cuál de estos se aplica en la legislación mexicana.

1.1 - ANTECEDENTES HISTORICOS

Tal vez el derecho más antiguo, sin lugar a dudas es el penal, porque en el momento en que la sociedad al fincar-se, ésta, siempre va a requerir de una cierta organización que le garantice su permanencia, en tal forma, será el derecho el que en un momento determinado le va a propiciar esa organización que logre coordinar los intereses en una sociedad.

Razón por la cual debo cuando menos establecer un concepto de lo que la sociedad es, ya que vamos continuamente-

a referirnos en el transcurso de este estudio a ella.

Así, dice el maestro José Nodarse que: " el concepto de sociedad resulta sobre manera impreciso por su extraordinaria amplitud, pues puede designar lo mismo la unión formada por dos individuos que mantienen relaciones conyugales de finidas que la totalidad de los hombres que poblan la tierra. .

Vamos a seguir ahora el concepto de sociedad a una clase de agrupación humana permanente, que tiene una cultura definida, un sentimiento y una conciencia más o menos vivos de los vínculos que unen a sus miembros en la coparticipación de intereses, actitudes y criterios de valor . . . Sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, que es capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organización, que asegura su perpetuación biológica y el mantenimiento de una cultura, y que posee, además, una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica". (1)

Notese como el autor citado, expresa que toda la sociedad, para lograr esa coordinación, en los intereses de cada individuo de que su persona, su patrimonio y sus derechos de alguna manera sean protegidos y se garantice también un sistema de seguridad jurídica que le propicie una reparación del daño en el momento en que éstos sean infraccionados, será sin duda el derecho el que sea capaz de lograr dicha organización que va a asegurar a la sociedad en general su perpetuación biológica.

(1) NODARSE JOSE . Elementos de Sociología .Editorial Selector . 31a reimpresión . México 1988 . Pags. 2 y 3 .

lógica, su permanencia y su existencia .

En tal forma observamos que desde el Código de -
Hamurabi, que data de aproximadamente el año 2275 a.c. ya se te-
nia el concepto constitutivo de ese tipo de protección que en un
momento determinado debe de brindar el derecho penal, y por su-
puesto, la manera de hacerlos valer a través de un procedimien-
to .

El maestro Guillermo Floris Margadant cuando no-
cita este código no explica : " el primer texto legislativo -
que ha llegado a nosotros, es un fragmento del Código de Hamurabi
sumerio, expedido entre 2061 y 2043 a.c. cuando Hamurabi -
dicta su famoso código babilónico, que se conoce con bastante -
detalle, se observa a menudo, un retroceso respecto de los de-
rechos sumerio y arcadio de aquellos fragmentos. Así, en el caso
de daño, Hamurabi establece como sanción la ley del talión, en-
tanto el derecho sumerio anterior a él, estaba basado en la re-
paración del daño " . (2)

El derecho penal tiene la intención de brindar -
una protección previsoras, y el derecho procedimental, tiene el
objetivo de lograr una sanción a la conducta ilícita y por su-
puesto para la reparación del daño al bien jurídico tutelado --
por la norma . En tal forma notamos que en los inicios de el -
derecho penal, el derecho que consideramos más antiguo de todos
los derechos ya se hablaba de una reparación del daño, o de una

(2) FLORIS MARGADANT GUILLERMO . Panorama de la Historia Uni-
versal del Derecho . Miguel Ángel Porrúa Librero Editor.-
3a edición . México 1988. Pags. 41 y 42 .

sanción del ojo por ojo y diente por diente.

Realmente, vamos a ofrecer una visión panorámica del derecho penal y procedimental, porque la intención de éste trabajo no es hacer la historia completa, sino simplemente encontrar en la historia, la razón de ser del procedimiento penal, para poderla utilizar a lo largo de nuestro trabajo.

Así, vamos a ocupar las palabras del maestro -- Cuello Calon, quien nos habla de la época antigua en términos generales en las siguientes palabras: " la historia de las leyes criminales, que hoy constituyen la base fundamental para el estudio de la historia del derecho penal, no es siempre base segura para el conocimiento de éste, pues muchas leyes y disposiciones penales emanadas de la autoridad real o de otras potestades de estado fueron letra muerta, constituyeron a lo más colecciones eruditas para el conocimiento de los estudiosos, pero nunca llegaron a ser derecho vivo y aplicado. Esto -- paso, por ejemplo, en España con las partidas, en Alemania con el espejo sajón. En muchos casos el derecho penal que se -- aplicó en los tiempos antiguos fue un derecho consuetudinario -- o establecido por la sentencia de los tribunales, y por desgracia, muchas de aquellas costumbres y grandísima parte de esa jurisprudencia han desaparecido sin dejar huella alguna . Así -- antes de empezar el estudio de las legislaciones criminales de los diversos pueblos es preciso hacer esta salvedad, que tratándose de las épocas remotas en el derecho legislado no pue-

de siempre tomarse como expresión fiel del que efectivamente es tuvo en vigor ". (3)

Realmente, el derecho penal y el derecho procesal han tenido que evolucionar juntos, ya que no puede ser una ley solamente eficiente, no puede intentar lograr la protección -- sino tiene la eficacia que le da a la aplicación de la ley, al caso concreto y la sanción que en un momento determinado la misma norma presupone . De lo anterior podemos observar que en lo que es toda la época antigua del derecho penal, éste más que nada podría estar cimentado dependiendo la cultura en donde -- haya de darse.

Así, podemos tomar en cuenta que situaciones -- tan importantes como la Revolución Inglesa, la Independencia -- de los Estados Unidos, la Revolución Francesa, la legislación -- española, y como todos esos acontecimientos fueron estatuyendo -- y desarrollando el derecho, para que éste se humanizará y respetará más la seguridad jurídica de los ciudadanos .

Todas estas ideas, llegaron a nuestro país desde la época de la colonia, cuando sufrimos la intervención española, hasta la época independiente en que pudimos declarar nuestra independencia, pero todavía seguimos bajo un yugo que indudablemente lo constituía el clero.

Así para estos tiempos, se tenía ya una infraestructura procesalista suficiente y diversa, la cual competía en jurisdicción para atender los asuntos, ya que tanto la corona española como el clero del vaticano intervenían en la administración de justicia, ya que esto resultaba para ambos evidentemente provechoso, pues obtenían sendas ganancias.

El maestro Cue Canovas al hablarnos de la época colonial, resume la etapa procedimental en los siguientes términos : " en un negocio del orden criminal, las penas eran crueles y terribles pues además de emplearse el tormento para conocer la verdad, se aplicaban la marca con hierro candente, la mutilación , la picota, la pena de muerte en la horca etc. Pero existieron penas trascendentales, es decir que pasaban de padres a hijos como la que se imponían a los herejes .

Existieron tribunales especiales con fuero judicial propio, como el de cuentas, el consulado para los comerciantes los eclesiásticos y militares, el santo oficio de la inquisición, el de la universidad para los maestros y estudiantes de ella, el de minería, el de la santa hermandad que tenía facultades para juzgar en forma sumarísima y ejecutar inmediatamente las sentencias dictadas, generalmente la de muerte en la horca, a salteadores y delincuentes en despoblado. Este Tribunal en 1719 fue sustituido por el de la acordada, con jurisdicción para perseguir y juzgar a ladrones y asaltantes aun dentro de las poblaciones " . (4)

(4) CUE CANOVAS AGUSTIN . Historia Social y Económica de México . Editorial Trillas.S.A. 2ª Reimpresión . México 1967. Pág. 171 .

La tortura que empleaba el santo oficio de la inquisición, era evidente, y la posibilidad de confiscar bienes-independientemente de los que eran materia del delito, le propicio al clero una posibilidad de lograr bastantes tierras las que vinieron a crear el descontento popular, y generó también las leyes de reforma para la desamortización de esas tierras - que no trabajaban los del clero, y que por eso se llamaban de manos muertas. Así observamos que por lo que respeta a nuestro país, en esta época el procedimiento penal, más que nada era inquisitorio; sistema del que hablaremos en incisos subsecuentes .

Así en el momento en que se proclama la independencia nacional, se establece al mismo tiempo, un derecho español, un derecho constitucional para la libertad de la americana-mexicana , o los sentimientos de la Nación de Morelos , para luego establecerse la primera constitución mexicana de 1824;- luego las siete leyes constitucionales, para llegar a lo que es la constitución liberal de 1857.

Claro está que tal vez una de las codificaciones principales de nuestro derecho penal en general, se generó para 1835. De esto, no habla el maestro Fernando Castellanos :- " La primera codificación de la república de materia penal , se expidió en el estado de Veracruz , por decreto del 8 de abril de 1835; el proyecto había sido aprobado desde 1832, esto --

prueba que fue el estado de Veracruz, la entidad que primeramente contó con un Código Penal local, pues si bien en el estado de México se había redactado en 1831 un bosquejo general del Código Penal, no llegó a tener la vigencia. Es común la opinión en el sentido de que el primer código represivo es el veracruzano del 5 de Mayo de 1869, pero como se ha visto, fue el de 1835. En la capital del país había sido designada una comisión, desde 1862, para la redacción del proyecto del código penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa durante el imperio de Maximiliano " . (5)

Notamos como la lucha por el poder, todo lo que era el control del gobierno, va también a afectar el desenvolvimiento de la sociedad, en tal forma que para 1869 se crea la ley de jurados criminales, y luego surge nuestro primer código de procedimientos penales para 1880, y para que este se reforme para 1894 .

El Código Federal para procedimientos penales, - va a surgir para 1908, y estos cuerpos legislativos, van a seguir evolucionando a partir de 1931 .

Consideramos, que todos los antecedentes jurídicos, históricos, nos pueden ofrecer la idea de que la legislación va también de la mano, con el ejercicio del poder público, con el ejercicio del gobierno, la lucha por éste poder público, - en nuestro país, no se consolidó sino hasta finales del siglo -

pasado y principios del presente, y tal es para 1910, estalla - la revolución para establecer una nueva idea a partir de nuestra constitución de 1917 .

Con lo anterior podemos decifrar ya que la sociedad tiene la necesidad de un derecho penal que la proteja - de los ataques de que sea objeto, y este derecho penal va a ne - cesitar para lograr su eficacia; de un procedimiento para ha - cer efectiva la aplicación de una sanción ante la infracción - de las disposiciones normativas contenidas en el dispositivo - penal (Código Penal).

1.2 - CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO PENAL

En principio, podemos tomar la definición del maestro Manuel Rivera Silva para entrar al concepto de lo que es el procedimiento penal, y es así como éste autor no dice : " El procedimiento penal es el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente.

El conjunto de preceptos se interera con las reglas que dicta el Estado para regular las actividades anteriores y en su totalidad constituyen lo que puede llamarse el derecho de procedimientos penales, abarcando estos preceptos la reglamentación no solo de los actos que se realiza en el llamado proceso, pues también comprende la de aquellos que se lleva a cabo por cuanto órgano jurisdiccional y que no están dentro de lo que técnicamente puede llamarse proceso e igualmente los actos que no realizados por ó ante la autoridad judicial, son los que bien podrían llamarse actos para jurisdiccionales . . .

Por último la finalidad buscada se ubica en regular las actividades a que nos hemos referido, a efecto de lograr la aplicación de la ley al caso concreto es decir la vinculación del ser con el deber ser " . (6)

Evidentemente que a esa sistematización que el maestro Rivera Silva nos comenta, debe de estar basada en la legislación, en tal forma que se logre realizar uno de los ámbitos de aplicación de la norma, esto es, que se logre tener la eficacia requerida para la norma, para que ésta se concrete a través de una sistematización otorgada por la ley, en donde se van a regular cada uno de los actos del tribunal.

Por su parte el maestro Franco Sodi Carlos, nos proporciona la siguiente definición: " en otros medios de defensa social el que llevan a cabo los tribunales cuando en cada caso concreto y previo al cumplimiento de formalidades determinadas, declaran la relación del derecho penal la existencia en que la sociedad y el autor del delito, da lugar a nuestro problema, pues no siendo una legítima defensa, una respuesta inmediata y ejecutiva al delito, sin entrañando por el contrario todo un conjunto de actividades y formas que deben satisfacerlos tribunales antes de hacer la declaración referida, nos obliga a estudiar dichas actividades y formas que constituyen nada menos que el proceso y estudiar las normas que lo rigen y son objeto del derecho procesal penal " . (7)

El maestro Sodi ya aplica una idea más, que es la de relacionar la función sistemática, a el hecho de una declaración del tribunal; esto sin lugar a dudas ya nos empieza a establecer la idea de la trilogía procesal, la cual esta basa

da en una parte que demanda o acusa, otra que se defiende y -- una mas que decide entre las partes .

Consideramos que el concepto de el procedimiento penal, realmente se va a identificar como el conjunto de - derechos, que en un momento determinado van a estar previstos - por los códigos, y que generan la sistematización de otorgar - la seguridad jurídica no solamente al ofendido, sino tambien - al procesado de ser oído y vencido en juicio, garantizandose - así una verdadera, pronta y expedita administración de justí - cia.

Claro está que hay que distinguir en esa rela - ción de trilogía procesal, que hay una entidad, que va a deci - dir lo que las partes en un momento determinado, les vayan a - plantear, situación que sin lugar a dudas, será una de las ca - racterísticas más relevantes , por las cuales el juez en el mo - mento en que establece en su auto de plazo constitucional la - reclasificación del delito , lo que hace es invadir la esfera - jurisdiccional, y rompe con la trilogía procesal que presupo - ne el mismo concepto del procedimiento penal.

1.3 - SISTEMAS PROCESALES RELEVANTES
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

15

Uno de los sistemas más antiguos, lo constituye - el nacimiento del ius puniendi, que sin lugar a dudas, dió paso a los conceptos de la ley del talión, de la venganza privada y de la venganza pública. Son situaciones que realmente, van a de sarrollar totalmente a lo que es el derecho procesal, y que for man parte de sistemas procesales relevantes, históricos en el procedimiento penal.

De estos sistemas nos habla el maestro Alberto-Gonzalez Blanco en los siguientes términos; " antes del que el poder civil lograra imponerse, se reconocían los siguientes sig temas:

a).- En los pueblos primitivos la facultad de - imponer los castigos propios de aquel sistema, era tributo ex - clusivo de la víctima de un delito, lo que probablemente se de bía a la falta de un órgano que estuviera facultado expresamente para ello . . .

b).- Más tarde la facultad de referencia, fue - delegada a favor del jefe de la familia, que tenía sobre ésta - un poder casi soberano, sin apelación de los miembros de la mis ma, de tal manera que era una idea rudimentaria del concepto - del castigo . . .

c).- Cuando se considero el delito como una -- ofensa a la divinidad y la pena como inspiración, la facultad - a la que nos referimos, paso a ser un atributo a los sacerdotes

primero como moderadores y mediadores de la venganza privada - porque las dos ideas empezaron por asociarse y despues, como li bres determinadores de la venganza de dios . . .

d).- A partir del momento en que el poder ci - vil se impuso, surgió la necesidad de que la represión punitiva fuera considerada como una de las facultades reservadas exclusivamente al estado, y se crearon y organizaron los tribunales que se encargaban de ella " . (8)

La ley del talión, la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública, ius puniendi fueron sin lugar a dudas los primeros sistemas relevantes que existieron en el procedimiento penal.

Claro está que estos sistemas se han venido desarrollando completamente, hasta establecerse frente a lo que es la garantía de seguridad jurídica, lo que se traduce en el derecho que tiene el infractor de ser oído y vencido en juicio antes de que su situación jurídica pueda ser cambiada o resuelta .

Ahora bien, esta garantía, se encuentra consagrada en el artículo 16 de nuestra carta magna y mismo que establece en una forma general, que nadie puede ser molestado - en su persona, en sus bienes o en sus derechos, sino es mediante un mandamiento escrito de la autoridad competente que funde

(8) GONZALEZ BLANCO ALBERTO . El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. 1a Edición. México 1975. Pags. 28 y 29 .

y motive la causa legal del procedimiento y que para la molestia también debiera respetar las formalidades esenciales del procedimiento (artículos 14 y 16 Constitucionales) .

En tal forma que es así como surgen diversidad de sistemas procesales, señalando por su importancia y relevancia jurídica tres de ellos como son :

- a).- Sistema acusatorio .
- b).- Sistema inquisitivo .
- c).- Sistema mixto .

De estos sistemas, el maestro Carlos Oronoz Santana nos explica: " tiene preponderancia en éste sistema (acusatorio) el interés particular del titular del derecho subjetivo, por ello se busca proteger al mismo, en la persecución y la investigación, los particulares son los que tienen el deber de aportar al órgano respectivo toda clase de elementos, - son ellos únicamente los que pueden denunciar los ilícitos de que tengan conocimiento, pues solo en esa forma se da paso a las diversas fases del procedimiento.

Existe en éste sistema una separación total de - los órganos que intervienen en la relación procesal, asignando se a cada uno de ellos un campo de acción determinado con el -

propósito de regular la intervención de los mismos.

Como contrapeso al sistema anterior, en el sistema inquisitivo, el interés preponderante es el social, la persecución de los delitos se realiza de oficio existiendo una complejidad del órgano, ya que no se encuentran delimitadas sus funciones, sino que se suman, se limita la libertad de acusación, el juicio se realiza en forma escrita, secreta y continúa .

En el sistema mixto existen características de los dos anteriores, pero el sistema adopta personalidad propia se puede decir que es el sistema que se practica en México, si bien con modalidades bien particulares, pues el interés que se persigue y ante el procedimiento es el social, si bien reflejado en un momento determinado al caso concreto en un tinte particularista, sin que por ello se deje de dar seguridad jurídica a la colectividad; en la investigación y persecución de los delitos queda limitado de manera exclusiva al Ministerio Público institución que es el titular de la acción penal" . (9)

Notese como la complejidad de estos tres sistemas básicos, va a desarrollarse dependiendo de la sociedad que lo requiera, en tal forma que existen sociedades que otorgan al fiscal o al Agente del Ministerio Público la posibilidad potestativa de perseguir el delito en forma exclusiva; mientras que hay sistemas que son verdaderamente inquisitivos , en don-

(9) ORONoz SANTANA CARLOS . Manual de Derecho Procesal Penal
Editorial Limusa. 2a Edición .México 1983. Pags. 35 y 36.

de el juez puede ser parte incluso, y es un sistema que en nuestro derecho aparecio totalmente en la época porfiriana ,en que los jueces al tener a cargo a la policia judicial, podian realizar la investigación de los delitos e incluso hasta acusarlos. Esto es en términos generales que las funciones de acusación, defensa y de decidir la situación jurídica del llamese inculpado, procesado , enjuiciado etc, , corria a cargo de los jueces.

El sistema acusatorio, consideramos puede reflejar una situación bastante óptima para el ofendido, en la búsqueda de su reparación del daño sufrido, sin embargo éste no cuenta con adelantos técnicos y la capacidad jurídica suficiente para practicar las diligencias que deban practicarse, por lo que es acertado que se encomiende dicha función al Agente del Ministerio Público quien cuenta con la infraestructura y conocimiento suficientes para cumplir en forma precisa la función que por mandato constitucional le fue encomendada.

1.4 - SISTEMA MIXTO COMO SISTEMA ADOPTADO
DENTRO DEL SISTEMA PROCESAL
PENAL

En nuestro país, se advierte una tendencia a un sistema mixto en donde el Agente del Ministerio Público va a tener ese poder absoluto inquisitorio de acusación, pero en un momento determinado éste no va a poder resolver, para que exista aquella trilogía procesal de la que hablamos anteriormente y pueda en un momento determinado, existir otra entidad más; - como lo es el juez encargado del tribunal que va a decidir la controversia que en un momento determinado se le presente .

Así dentro del sistema adoptado en nuestro país, se advierte como todo lo que se realiza dentro del procedimiento va a estar sistematizado por la norma, con excepción - claro de las circunstancias, como la nueva libertad provisional, en la que a pesar de que se crean situaciones muy específicas respecto de las condiciones que se deben de tener para lograr una libertad provisional en forma ampliada o extensiva (libertad procesal), se deja a criterio del juez, el otorgarla . Otra de las circunstancias que pueden dejarse a criterio es el valor jurídico de la prueba, en donde también se emplea el sistema mixto, tasado y bajo criterio del juez , pero el derecho penal responde más básicamente a la idea de una tasación normativa y al criterio que el juez le pueda dar de valor a cada una de las probanzas.

El maestro Guillermo Colín Sánchez, cuando habla de nuevos sistemas establecidos, nos dice: " existen autores como Manuel Rivera Silva, que considera que el sistema adoptado por la legislación mexicana es el sistema mixto, y que la tesis consiste en que nuestro sistema es acusatorio; se encuentra totalmente desvirtuado por el hecho de que nuestra ley permita al juez cierta inquisición en el proceso, lo cual riñe, de manera absoluta, con el simple decidir que lo caracteriza con el acusatorio; y cita por ejemplo los artículos 135 en su parte final, 314 y 315 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

El criterio anterior sustentado bajo esas bases, no es aceptable, pues si bien es cierto el órgano jurisdiccional ordena la práctica de diligencias, en los casos que juzga pertinentes, es con objeto de conocer la verdad en toda su forma, puesto que él es él que debe decidir, lo cual no podría darse sino se le otorgan amplias facultades. Ejercite la acción penal es perfectamente lícita, que para el cumplimiento de sus funciones, practique las diligencias necesarias que le permitan el conocimiento de la verdad histórica, y para estar en aptitud de resolver la situación planteada, sin que por ello se avoque la carga de la prueba, invadiendo las funciones del Ministerio Público o del defensor, porque de lo contrario, como lo afirma el maestro Franco Sodi, esta convertido en un amanuense del Ministerio Público " . (10)

Lo que realmente hace el juez en el momento en que reclasifica el delito en el auto de plazo constitucional es distorcionar incluso el sistema mixto, para convertirlo en un sistema inquisitorio, pues el mismo además de suplir las deficiencias de la Representación Social, ejercita acción penal-función encomendada por mandato constitucional conforme a lo establecido por el artículo 21 Constitucional al Ministerio Público y así mismo en dicho numeral se otorga igualmente al juez en forma exclusiva la imposición de las penas, notese que es en nuestra ley suprema (Constitución), en donde se hace el desglose correspondiente, determinando la función de cada una de las partes (llamase Juez ó Ministerio Público) con la finalidad de que estas no se confundan, no se mezclen, que en ningún momento el Agente del Ministerio Público pueda decidir la culpabilidad y consecuentemente la responsabilidad penal de un acusado y le imponga una pena, por lo que tampoco el juez debe subsanar los errores (fallas técnicas) del Ministerio Público- pues de hacerlo así invadiría esferas de jurisdicción, dejando de responder al sistema mixto implantado en nuestro país y rompiendo tajantemente con la llamada trilogía procesal, situación de la que seguire hablando en el transcurso de la presente tesis, pues resulta alarmante que en la práctica profesional dichas actuaciones por parte del órgano jurisdiccional sea el -- pan de cada día.

C A P I T U L O I I

LA RECLASIFICACION DEL DELITO

LA RECLASIFICACION DEL DELITO

En este capítulo me avocaré al análisis del concepto de Reclasificación, en virtud de que el mismo constituye la esencia del presente trabajo y más aún, porque tanto la práctica profesional, la legislación e incluso la jurisprudencia, han permitido erróneamente que el órgano jurisdiccional (juez)-reclasifique el delito.

Consecuentemente procederé a establecer el concepto de reclasificación a continuación :

2.1 - CONCEPTO DE RECLASIFICACION DEL DELITO

Es inobjetable que un verdadero concepto de reclasificación desde el punto de vista eminentemente jurídico, no lo existe, sin embargo debemos señalar que dicho concepto se forma a través de la conjunción siguiente:

El prefijo RE.- Que significa volver a .

De la palabra CLASIFICACION .- que significa ordenar por clases

Por lo que podríamos conceptualizar a la reclasificación como el acto de volver a clasificar, volver a ordenar, lo que evidentemente desde el punto de vista jurídico sería volver a clasificar el delito; por eso se ha en la práctica profe -

sional que habra reclasificación de delito para: precisar su conotación, cuando el juez cambia la denominación del delito por el cual el Agente del Ministerio Público ejercitó acción penal.

Lo que evidentemente desde el punto de vista de la aplicación del Derecho, en estricto sensu, sería violatorio de garantías, resultando indispensable para entender lo anterior realizar un breve análisis de lo que es el procedimiento penal-mexicano, desde el punto de vista práctico, el cual se va a iniciar a través de una denuncia, acusación o querrela, misma que va a tener relevancia jurídica en la llamada averiguación previa, en la cual el Agente del Ministerio Público interviene en su calidad de autoridad y mismo que realizara, la práctica de las diligencias necesarias, tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del, en esos momentos, inculpado, para así estar en posibilidad de ejercitar la acción penal correspondiente, misma que analizaremos en el capítulo que precede. Acción penal que se va a concretar a través del pliego de consignación, en el cual el Ministerio Público, en función de órgano encargado de manera exclusiva y por mandato constitucional de la persecución de los delitos, determinará el delito o los delitos, así como sus modalidades y además fundamentará y motivará los hechos delictuosos típicos (delito) por el cual ejercita acción penal, bastando para comprobar lo anterior, el ver un pliego de consignación en donde claramente se aprueba que se ejercite acción penal por delitos y no por -

hechos como aberrantemente se pretende hacer creer.

Luego entonces podemos señalar, que a través del pliego de consignación, el Ministerio Público encuadra los hechos delictuosos de los cuales tuvo conocimiento por virtud de la denuncia, acusación o querrela en una figura típica precisa (delito), llámese: Robo, Fraude, Violación etc. . . apreciándose una verdadera clasificación, tan es así que es tomada en consideración por el órgano jurisdiccional (juez) al momento de determinar, en tratándose de consignaciones con detenido, si el entonces inculcado, tiene o no derecho a gozar de su libertad provisional, respetando con lo anterior la clasificación hecha por dicho órgano acusador, destruyéndose en su totalidad el argumento de que consignó hechos, ya que igualmente de serlo así tendría el órgano jurisdiccional que esperar para concederle la libertad provisional que esperar, a resolverle su situación jurídica, la cual tendría lugar por mandato constitucional dentro de las 72 horas contadas a partir del momento, de haber sido puesto, el entonces inculcado a su disposición, ya que hasta este momento se determinaría el delito, esto desde el punto de vista de aquellos que refieren erróneamente, que compete al juez clasificar el delito, esto es ponerle el nombre iuris a los hechos consignados por el Ministerio Público, con lo cual me encuentro totalmente en desacuerdo por los razonamientos ya expresados con anterioridad.

Desprendiéndose de lo anterior, que es en el auto de plazo constitucional, con el cual atento al artículo 19 de nuestra carta magna se inicia el proceso, la primera etapa procesal en la cual tiene lugar la aparición del término reclasificar, mismo que atento a su concepción etimológica, estaría bien empleado, puesto que el juez que cambia en el auto de plazo -- constitucional el delito, por el cual el Ministerio Público --- ejercitó acción penal, lo que hace es volver a clasificar, es-- decir reclasifica el delito . Sin embargo lo anterior desde el punto de vista de la aplicación del derecho en estricto sentido implica una ruptura a la llamada trilogía procesal y consecuentemente una invasión de esferas de jurisdicción, circunstancia que constituye, la médula espinal de nuestro sistema procesal -- prevaeciente de nuestra administración de justicia (sistema -- mixto), mismo que ya fue referido en el capítulo que antecede, -- constituyendo una inobjetable violación de garantías, puese el órgano de desición se convertiría además, en un órgano persecutor de delitos, función encomendada al Ministerio Público por -- mandato supremo y plasmada en el artículo 21 Cosntitucional, al cual nos referiremos , en especial en los capítulos preceden -- tes.

Sin embargo y pese a todo lo anterior el tema -- del presente trabajo, es indudablemente polémico así tenemos que consecuentemente existen diversos criterios, mismos de los cuales citare algunos.

El maestro Fernando Arilla Baz al hablarnos de esta situación nos explica: " Por lo demás, el tan debatido tema del cambio de clasificación del delito, haya fácil solución. El Juez en el auto de formal prisión, puede cambiar la fecha -- por el agente del Ministerio Público en la consignación, siempre que se trate de los mismos hechos, ya que el delito por el cual se ha de seguir el proceso se define en el auto de formal prisión y no antes . No puede hacerse, en cambio, por regla general durante la instrucción, salvo en el caso muy común en la práctica, del cambio de lesiones a homicidio, y el caso de que el lesionado falles a dentro de los 60 días, de que hace referencia la fracción II del artículo 303 del Código Penal, entonces debe dictarse el correspondiente auto clasificatorio comprobando el cuerpo del delito de homicidio .

Se acepta también generalmente que la clasificación del delito puede ser cambiada en segunda instancia, en la resolución que resuelve un recurso de apelación contra el auto de formal prisión, aunque la clasificación incorrecta hecha por el juez que lo dictó no haya sido expresada como agravio, pero no hay que olvidar que en el recurso interpuesto por el procesado esta prohibida la reforma en perjuicio; y que el cambio de clasificación, hecha oficiosamente por el tribunal de alzada, puede empeorar la situación jurídica de libertad del recurrente ". (11)

(11) ARILLA BAZ FERNANDO. El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos. 13a Edición. México 1991. Pags. 88 y 89.

Por su parte Rafael Pérez Palma, al referirse - al concepto de clasificación, nos dice: " Si se parte del su - puesto de la palabra delito debe ser tomada en cuenta en su -- ascensión de hecho y no de clasificación legal de los aconteci - mientos delictuosos, entonces si puede haber discrepancia de - opinión entre el juez y el Agente del Ministerio Público, pues lo que uno considere como abuso de confianza, el otro podra es - timar como fraude, o lo que para uno constituye violación para el otro será estupro " . (12)

Notese que los anteriores puntos de vista, sin - lugar a dudas merecen mis respetos, sin embargo me encuentro - en desacuerdo con ellos, ya que siguen sosteniendo que el Mi - nisterio Público consigna hechos, apreciándose que para ellos constituye el fundamento de que el juez pueda clasificar el - delito, afirmación que da al traste con la práctica profesio - nal, pues como vuelvo a repetir, basta para impugnar lo ante - rior el ver y analizar un pliego de consignación, del cual se - desprende que consigna delitos , mismos que funda y motiva, por lo que el juez debe respetar dicha clasificación, pues el Mi - nisterio Público es tan capaz como el órgano jurisdiccional.

Ya que suponiendo sin conceder que correspon - diera al juez clasificar el delito, la pregunta obligada se - ría , porque tratándose de consignaciones sin detenido, el ór -

(12) PEREZ PALMA RAFAEL. Guía del Derecho Procesal Penal.
Editorial Cardenas. 13 Edición . México 1975. Pag. 289.

gano jurisdiccional en la gran mayoría de los casos, determina-
dejar las causas en las cuales el Ministerio Público solicita -
el libramiento de las correspondientes ordenes de aprehensión,-
bajo los efectos del artículo 4o del Código de Procedimientos -
Penales en vigor, argumentando que si hay delito pero que no es
aquel por el cual se ejercitó acción penal, respetando con di-
cha actitud en todo momento la clasificación hecha, dando al -
traste con la circunstancia de que el ente acusador consigne-
hechos , pues de serlo así debería librar las ordenes de apre-
hensión solicitadas, pues al mismo le correspondería determinar
el delito que conformarían dichos hechos.

Por lo que es de concluirse, que compete solo -
al órgano jurisdiccional, determinar, si el delito imputado es-
o no delito y no clasificar este, máxime que el único que pug-
de imputar, atento a la trilogía procesal y por mandato consti-
tucional lo es el Ministerio Público, por lo que si el delito-
imputado no es delito o resulta ser diverso al consignado, el
juez debiera concretarse a decretar la absoluta libertad, lo -
que indudablemente no genera impunidad, puesto que el Ministe-
rio Público queda en plena libertad de ejercitar la acción pe-
nal nuevamente por el delito adecuado, sin que lo anterior im-
plique violación al principio NON BIS IN IDEM (nadie puede --
ser juzgado dos veces por el mismo delito), ya que el inculpa-
do no fue propiamente juzgado.

Por lo que debe haber un verdadero respeto, a la clasificación hecha por el Ministerio Público, al momento de ejercitar acción penal, pues es este el único órgano encargado, por mandato constitucional, vuelvo a recalcar de la persecución de los delitos y del delincuente .

2.2. CLASIFICACION DE LOS TIPOS EN BASE
A SU FORMULACION
METODOLOGICA

32

A efecto de poder entender a que se refiere el - presente apartado, es menester referir que la doctrina, a través de las arduas tareas de investigación realizada por los estudiosos del derecho, han expuesto un sín fin de clasificaciones tanto del delito como del tipo y las cuales esbozaremos por la trascendencia jurídica que estas implican comenzando por la clasificación de los delitos, refiriendo las más comunes :

Por la conducta del activo, por el resultado, por el daño que causan, por su duración, por el elemento subjetivo o culpabilidad, por su estructura, por el número de actos, por el número de sujetos activos y por la forma de persecución.

En este orden de ideas si observamos el cuadro - sinóptico que he anexado con el número 1, veremos que en lo que se refiere a la clasificación de los delitos, esta resulta ser muy variada.

Respecto a esta clasificación el maestro Fernando Castellano Tena, nos comenta : " Por la conducta del agente como dicen algunos autores, según la manifestación de voluntad los delitos pueden ser de acción y de omisión . Los de acción - se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se vió la una ley prohibitiva, son aquellos en los cuáles las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determi-

ANEXO - 1

Clasificación de
los delitos

<u>Por la conducta del activo</u>	a) <u>Acción</u> b) <u>Omisión</u>
<u>Por el resultado</u>	a) <u>Formales</u> b) <u>Materiales</u>
<u>Por el daño</u>	a) <u>Lesión</u> b) <u>Peligro</u>
<u>Por su duración</u>	a) <u>Instantáneos</u> b) <u>Instantáneos con efectos permanentes</u> c) <u>Continuados</u> d) <u>Permanentes</u>
<u>Por el elemento subjetivo o culpabilidad .</u>	a) <u>Dolosos o intencionales</u> b) <u>Culposos o imprudenciales</u>
<u>Por su estructura</u>	a) <u>Simples</u> b) <u>Complejos</u>
<u>Por el número de actos</u>	a) <u>Unisubsistentes</u> b) <u>Plurisubsistentes</u>
<u>Por el número de sujetos activos</u>	a) <u>Unisubjetivos</u> b) <u>Plurisubjetivos</u>
<u>Por la forma de persecución</u>	a) <u>Oficio (denuncia)</u> b) <u>Querrela</u>
<u>Por la materia</u>	a) <u>Comunes</u> b) <u>Federales</u> c) <u>Militares</u> d) <u>Oficiales</u> e) <u>Políticos</u>

nante un hecho positivo del sujeto. En los delitos de omisión - el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten, -- consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad, jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material. . .

Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material; consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, formula que se caracteriza por la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordena hacer " . (13)

Cuando existe un movimiento muscular, esto es, - cuando el agente activo del delito desplaza su cuerpo para producir los efectos delictivos de su conducta, se dice que éste accionó, fué un movimiento de acción; una conducta que significa un accionar; pero, puede suceder que como es el caso típico-

(13) CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. 15a Edición. México 1981. Págs. 135 y 136.

de aquél que tiene la obligación del cambio de vías del tren, y no lo hace, esa sin duda es una abstención, una omisión y cuyo resultado significa un resultado delictivo o material. También podemos señalar que los delitos de simple omisión lo cometería aquél que deja sin alimento a sus hijos, constituyendo un delito de abandono de las obligaciones económicas matrimoniales o el abandono de persona. Luego, 1ª omisión por omisión, que consiste en un movimiento muscular, omitiendo totalmente el deber de hacer es lo que produce el resultado delictivo.

Ahora bien, por el resultado de la acción o de la omisión en general, todos los delitos se clasifican en formales y materiales; los primeros son aquéllos en donde el tipo penal, no requiere para su integración, de la producción de un resultado externo o de un cambio en el mundo exterior, tal es el caso de 1ª portación de arma prohibida, 1ª posesión ilícita de enervantes, etc. A diferencia de los delitos materiales en los que sí se requiere de un cambio en el mundo material, como es el Homicidio, el robo y muchos otros más.

Por lo que se refiere al daño que produce la conducta delictiva, el maestro Osorio y Nieto nos comenta lo siguiente: " Conforme a este criterio de clasificación, los ilícitos penales se dividen en delitos de lesión y de peligro.

Los delitos de lesión ocasionan un daño real, directo y efectivo a los bienes jurídicamente protegidos, tal es el caso del homicidio, las lesiones, el estupro y la violación. Los delitos de peligro únicamente ponen en riesgo, en la posibilidad de producir un daño al bien tutelado por la norma, como es el abandono de persona, el ataque peligroso y el disparo de armas de fuego entre otros " . (14)

Hay una íntima relación entre una conducta de acción y de omisión, con un resultado formal, y un daño de peligro, evidentemente que cuando existe ese resultado formal, - pues el bien jurídico tutelado simple y sencillamente se puso en peligro, a diferencia a diferencia del resultado material - y la producción de un delito de lesión, en donde evidentemente se transforma el mundo exterior teniendo en sí, un daño real - directo y efectivo a los bienes jurídicos tutelados por la norma.

Por lo que se refiere a su duración, los delitos pueden ser instantáneos, e instantaneos con efectos permanentes continuados y permanentes, lo que se corrobora con lo establecido por nuestro ordenamiento penal sustantivo en su artículo 7o segundo párrafo, mismo que después de definir el concepto de delito establece los siguientes momentos de duración del delito , dicho artículo establece :

(14) OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO. Síntesis de Derecho Penal
Editorial Trillas. 1a Edición. México 1984. Pag. 46.

ARTICULO 7o .- EL DELITO ES :
 FRACCION I .- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;
 FRACCION II .- Permanente o Continuo- cuando la consumación se prolonga en tiempo, y
 FRACCION III.- Continuo, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conducta se viola el mismo precepto legal ". (15)

Nótese que por lo que es la duración, también existe una verdadera clasificación, si el resultado consumó cada uno de los elementos del tipo en un instante, o si estos se prolongaron en el tiempo.

O si en algún momento fueron diversas conductas constituyéndose otra situación distinta, ésta sin duda es una de las clasificaciones que debe tomar en consideración el Agente del Ministerio Público al momento de ejercitar la acción penal correspondiente a efecto de hacer más preciso el delito imputado.

Ahora bien, los delitos en general, pueden ser intencionales o dolosos, cuando el agente activo obra o conduce su conducta conociendo las circunstancias del hecho típico y quiere o acepta el resultado prohibido por la ley.

Se actúa imprudencialmente, cuando se incumple un deber de cuidado, cuando se establece la negligencia, cuando una persona no tiene la pericia necesaria para manejar ciertas situaciones, y en general cuando la persona no actúa prudentemente incumpliendo así un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Existe así mismo, el obrar preterintencional, mismo que tiene lugar, cuando se causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, cuando éste se produce sólo por imprudencia del agente.

Por otro lado debemos mencionar que en cuanto a la estructura de los delitos, éstos pueden ser simples, cuando la lesión jurídica es única y complejos cuando la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, dando nacimiento a una figura delictiva superior en gravedad.

Por el número de actos, un delito puede ser unisubsistente o plurisubsistente, dependiendo del número de actos por los cuales se haya realizado.

Por el número de sujetos activos que intervienen puede ser unisubjetivo, cuando es solamente un agente activo, o plurisubjetivo cuando intervienen varios sujetos y se puede llegar a consumar la asociación delictuosa.

Por la forma de persecución, los delitos se pueden perseguir a través de una denuncia o acusación cuando éstos son de oficio, que quiere decir que el gobierno del Estado a través del Ministerio Público en virtud de la delegación hecha por el artículo 21 Constitucional, otorga la facultad a dicho órgano para perseguir el delito, utilizando como auxiliar a la mal llamada policía judicial.

Cuando el delito es por querrela, entonces se requiere que el ofendido se querelle directamente ante el Ministerio Público, para que éste lleve a cabo la iniciación de la Averiguación previa en torno al delito y en su caso ejercite la acción penal correspondiente, destacándose el hecho de que en este tipo de ilícitos la parte ofendida puede otorgar el perdón, extinguiéndose así totalmente la acción penal.

Ahora bien por la materia evidentemente que pueden ser de un fuero común o Federal, existiendo dentro de esta clasificación los delitos militares, que atañen a la milicia y los oficiales que en un momento determinado también pueden estar contemplados dentro de los Federales al igual que los Políticos o más bien de responsabilidad política como lo menciona la Constitución.

CLASIFICACION DEL TIPO

<u>Por su composición</u>	<u>Normales</u>	<u>Se limitan a hacer una descripción objetiva (homicidio)</u>
	<u>Anormales</u>	<u>Además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (estupro)</u>
<u>Por su ordenación metodológica</u>	<u>Fundamentales o básicos</u>	<u>Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos.</u>
	<u>Especiales</u>	<u>Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental al cual subsumen (homicidio).</u>
	<u>Complementados</u>	<u>Se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado).</u>
<u>En función de su autonomía o independencia</u>	<u>Autónomos o independientes</u>	<u>Tienen vida por sí (robo simple).</u>
	<u>Subordinados</u>	<u>Dependen de otro tipo (homicidio en riña).</u>
<u>Por su formulación</u>	<u>Casuísticos</u>	<u>Prevén varias hipótesis a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativas: gr. adulterio; otras con la conjunción de todas: acumulativos: el. vagancia y malvivencia. (16)</u>
	<u>Amplias</u>	<u>Describen una hipótesis única (robo) que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo. (16)</u>

ANEXO # 2

Razones por las cuales procederé a analizar cada uno de dichos casos, a efecto de determinar el hecho de que ni siquiera, en algunos casos de los ya referidos, el concepto re-clasificación es bien utilizado, lo que hace aún más violatorio de garantías, su utilización .

a).- TIPOS FUNDAMENTALES O BASICOS. El tipo fundamental o básico, es aquel que puede subsistir con plena independencia , aquél que es capaz de tener elementos constitutivos mucho muy generales , que todos los demás tipos en un momento determinado pudiesen tener y que por circunstancias especiales, se van a desprender de la idea general, prevista por un tipo fundamental o básico.

El maestro Luis Jiménez de Asúa, cuando nos comenta este tipo de clasificación , nos dice : " En orden a sus fundamentos podemos clasificar los tipos en fundamentales , calificados y privilegiados. Los primeros constituyen la médula del sistema de la parte especial de los códigos . Los segundos constituyen los tipos derivados, pero cuya índole es más grave que la de los arquetipos; por el contrario en los segundos, su específica conducción es la benignidad .En los códigos penales es tipo fundamental el Homicidio, tipos calificados el Parricidio, el Filicidio, el conyugicidio, el Magnicidio , etc. y es tipo privilegiado el Infanticidio .

En más íntima referencia a la autonomía de los tipos, éstos se dividen en básicos, especiales y complementarios. Los primeros son de índole fundamental y tienen plena independencia. El tipo especial supone el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial; decir que éste y el básico se eliminan mutuamente. En cambio el tipo complementario presupone la aplicación del tipo básico al que se incorpora. Ejemplificando: el Infanticidio es a este respecto tipo especial del Homicidio y en cambio deben considerarse como tipos complementarios el Parricidio, el Asesinato y el Magnicidio". (17)

Notese como aún entre los tratadistas no existe una verdadera armonía en cuanto a la clasificación de los tipos generándose errores al considerar al Parricidio que es evidentemente un tipo especial, como complementario, con lo cual estoy en desacuerdo.

Así mismo el maestro Mariano Jiménez Huerta señala al respecto: " Que la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado, forja una categoría común, capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos : " Delitos contra el Honor " " Delitos contra el Patrimonio " ; etc. constituyendo cada agrupamiento una familia de delitos . Los tipos básicos -

(17) JIMENEZ DE ASUA LUIS. La Ley y el Delito .Editorial Sudamericana. 13a Edición .Buenos Aires Argentina 1984. Pag. 259.

integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código " . (18)

A decir de Francisco Pavón Vasconcelos señala lo siguiente : " El robo es un tipo independiente o autónomo por cuanto no requiere, para tener vida de ningún otro tipo penal. Considerando el tipo previsto en el artículo 367 , en orden a sus elementos constitutivos , como el punto de partida para la formulación de otros tipos, agravados respecto a su penalidad y que en aquél se complementan , tiene el carácter de tipo básico con relación a los a él subordinados. (19)

Evidentemente que en orden a lo ya expuesto no -- debe quedar dudas respecto a que debemos entender como tipo -- fundamental o básico y máxime porque la gran mayoría de estos -- constituye la parte especial de nuestro ordenamiento penal -- sustantivo y mi más de los cuales dependerán en cuanto a su -- existencia otros tipos penales , llámese especiales, complementados , circunstanciados o subordinados a los cuales nos referiremos a continuación .

b).- TIPO: ESPECIALES . El tipo especial es aquél que por su naturaleza, parte del tipo básico fundamental, y -- que por alguna circunstancia especial, se establece en alguna -- forma particular ó autónoma del tipo básico, cuyo típico lo po

(18) JIMENEZ HUERTA MARIANO. La Tipicidad. Editorial Porrúa - México 1955. Pag. 96.

(19) PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Comentarios de Derecho Pena Editorial Porrúa S.A. 6a Edición . México 1989. Pag.55

demos encontrar en los delitos de Parricidio, Infanticidio en los que debido a la relación de consanguinidad el Homicidio puede agravarse en virtud de una circunstancia especial como lo es la calidad del sujeto activo o pasivo del delito , o a circunstancias de tiempo, ejemplo; la muerte de un infante dentro de las 72 horas despues de su nacimiento.

Así mismo cabe referir que el tipo especial , puede constituirse en un tipo especial agravado y privilegiado dentro del agravado podriamos citar al Parricidio y como privilegiado al Infanticidio ya referido.

Por otra parte el maestro Fernando Castellanos Tena cuando nos habla de este tipo nos explica : " Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia . . . excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial. . . " . (20)

Vease como la idea establecida por el maestro Fernando Castellanos Tena , nos conduce inmediatamente a pensar que el tipo especial , surge como un tipo nuevo y con independencia propia una vez ya conformado, el cual se forma como ya fue acertadamente referido de un tipo básico y circunstancias especiales ya aludidas con antelación.

c).- TIPOS COMPLEMENTADOS, CIRCUNSTANCIADOS Y SUBORDINADOS . Esta clasificación de tipo , va a estar integrada por un tipo básico, más una circunstancia o peculiaridad distinta, que en un momento determinado puede calificarlo o agravarlo, circunstancias que complementan al tipo básico, pero que no lo subsumen . Así tenemos el caso de los calificativos que en los delitos de Homicidio y Lesiones pueden existir, como son la alevosía , premeditación y ventaja . Las agravantes como circunstancias cualificantes que en el caso de Robo lo agravan . ejemplo: Robo más casa habitada sería igual a Robo agravado, que aumenta la intensidad antijurídica de la conducta tipificada pero que no subsume al delito básico por lo que no podríamos hablar de que surja un nuevo delito , como ya fue referido en tratándose de delitos especiales .

Es así como se puede llegar a complementar un tipo básico, para tener en un momento determinado completa la punibilidad de una culpabilidad, dependiendo de las circunstancias en que éstas sucedieron lo que se refleja en la pena.

Por su parte el maestro Mariano Jiménez Huerta cuando nos habla de los tipos complementados, también nos explica las circunstancias especiales, y algunas otras situaciones que forman a los tipos especiales .

Dicho maestro nos explica: " Adyacentes a los tipos básicos, aparecen en el sistema penal los especiales y los complementados . Caracteriza a 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 tanto el tipo especial excluye la aplicación del básico, el tipo complementado no solamente lo 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 Homicidio el Parricidio, se tipifica por el artículo 323; y es un tipo especial privilegiado, en referencia al mismo tipo básico , el 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 Homicidio premeditado, alevoso, ventajoso y traicionero , es un tipo privilegiado y complementado el Homicidio en Riña o Duelo también lo es; y por cuanto atañe a los delitos contra el patrimonio, éstos son complementados y agravados , el Robo ejecutado con violencia , el Fraude maquinado, son de tipo especial y privilegiado. . . " . (21)

Cabe destacar el hecho de que la mayoría de los - estudiosos del Derecho al hablar de los tipos complementados, - circunstanciados, subordinados y aún los especiales refieren el término circunstancias, motivo por lo cual referire varios conceptos al respecto.

Para Manuel Osorio y Nieto señala : " que los delitos pueden ser cometidos bajo el amparo de circunstancias, -- utilizando ciertos medios o por personas específicas, lo que - sin lugar a dudas agravaría la responsabilidad del autor sin modificar la figura delictiva " . (22)

Joaquín Escriche considera a las calificativas - mismas que el denomina circunstancias como " los accidentes y particularidades de tiempo, lugar , modo, condición , estado y demás que acompañen algún hecho o dicho " y agrega " en materia criminal hacen las circunstancias un papel especial, la calidad del delito, depende casi siempre de las circunstancias . . . Para graduar la pena es necesario empezar por la graduación del delito y para graduar el delito se hace indispensable pesar las circunstancias que lo agravan o disminuyen " . (23)

Para Guisepe Bettiol distingue entre lo que son elementos y circunstancias y señala que " elemento es aquel que termina la existencia o inexistencia del delito en el aspecto-

(22) OSORIO NIETO MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas - Políticas y Sociales . Editorial Realiasta. S.R.L. Buenos Aires 1978 . Pag. 44.

(23) ESCRICHE JOAQUIN. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia . Editorial Manuel Porrúa S.A . Tomo I México 1970. Pag. 450.

típico ya que si no hay elementos del delito, no habrá consecuenciamente éste es decir no existe delito " . (24)

Ahora bien cabe igualmente señalar de manera -
sotera que el tipo circunstanciado, es aquel que requiere de -
circunstancias especiales por el mismo tipo, para su existencia ; y el tipo subordinado como su mismo nombre lo indica , -
siempre dependerá de un autónomo ,ejemplo. Homicidio en Piña.

Luego entonces podemos concluir que el tipo complementado, circunstanciado o subordinado, no implican cambio de delito alguno, sino únicamente un agravamiento de aquel que le dio vida.

Es indudable que toda esta metodología de tipología es tomada en consideración por el agente del Ministerio Público Investigador, prueba de ello lo constituye el hecho de que funda y motiva a través del pliego de consignación correspondiente, los hechos delictuosos típicos (delitos) por los cuales ejercita acción penal , poniendo al inculcado a disposición del órgano jurisdiccional en el caso de consignaciones con detenido y solicitando el libramiento de la correspondiente orden de aprehensión en el caso de consignaciones sin detenido , lo anterior atento a que el mismo es un perito en derecho , es un órgano técnico a cargo del cual por mandato cons-

(24) BETTIOL GUISEPPE. Derecho Penal parte General . Editorial Temis . Bogota 1965. Pág. 442.

Ahora bien cabe igualmente señalar de manera somera que el tipo circunstanciado, es aquel que requiere de circunstancias especiales por el mismo tipo, para su existencia ; - y el tipo subordinado como su mismo nombre lo indica , siempre dependerá de un autónomo tal y como se desprende por ejemplo del Homicidio en Riña .

Luego entonces podemos concluir que el tipo complementado, circunstanciado o subordinado, no implican cambio de delito alguno sino únicamente un agravamiento de aquel que le dio vida .

Es indudable que toda esta metodología de tipo logía es tomada en consideración por el Agente del Ministerio - Público Investigador , prueba de ello lo constituye el hecho - de que funda y motiva a través del pliego de consignación correspondiente, los hechos delictuosos típicos (delitos) por - los cuales ejercita acción penal, poniendo al inculcado a disposición del Órgano Jurisdiccional en el caso de consignaciones - con detenido y solicitando el libramiento de la correspondiente orden de aprehensión en el caso de consignaciones sin detenido lo anterior atento a que el mismo es un perito en derecho , es un Órgano técnico a cargo del cual por mandato constitucional - esta encargada la función de perseguir el delito y al delincuente, resultante en consecuencia que es este quien jurídicamente puede imputar y que el mismo imputa delitos no hechos.

titucional está encomendada la función de perseguir el delito y al delincuente, resultando en consecuencia que es este únicamente quien puede imputar, prevaleciendo el mandato constitucional sobre las leyes adjetivas llámese código de procedimientos penales, ley de amparo y aún la misma jurisprudencia.

2.3 PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA RECLASIFICACION DEL
DELITO DE UN TIPO FUNDAMENTAL O BASICO
A OTRO FUNDAMENTAL

Nuevamente y antes de entrar al estudio del presente apartado, queremos hacer la aclaración, que desde el inicio de nuestro trabajo, hemos estado concientes de que tanto la legislación, la jurisprudencia y aún en la práctica profesional - está totalmente aceptado que el Juez clasifique o reclasifique el delito; por lo que toda la jurisprudencia que podamos emplear, estará en contra de nuestra propia idea, ya que predomina infundadamente el principio de que el Ministerio Público con signa hechos, tal como se aprecia de la siguiente jurisprudencia :

CLASIFICACION DEL DELITO CAMBIO DE :
El artículo 19 párrafo segundo, de la Constitución General de la República, establece como principio general que " Todo proceso se seguira -- 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 seá cometido un delito distinto del que se persigue, deberá de ser objeto de acusación separada" ; Ahora bien, como se advierte en el Texto Constitucional transcrito, la prohibición que consigna se refiere a la secuela del proceso, o sea, la fase del procedimiento penal que se inicia en el auto de formal prisión y termina con la sentencia de primera instancia, pero no a la fase en la que, por no --

existir expresamente prohibición - constitucional, si es permisible el cambio de clasificación del delito cuando los hechos materia de la investigación no varíe ". En éstas - condiciones y tomando en considera ción que el Ministerio Público al - ejercer la acción penal consigna hechos a la autoridad judicial y - que es ésta a la que le correspon de a través del auto de formal pri sión clasificarlos y determinar - que delito configuran para que por éste se siga el proceso, es de con cluirse que el cambio de clasific a ción del delito por el que se ejer citó la acción penal contra el acu sado, por otro delito por el que se sujeta el acusado a la traba de - formal prisión y por el que se nor me la instrucción el juicio hasta dictarse sentencia, no es violato rio de garantías ". (Séptima Epoca Segunda Parte, Volúmen Dos. Pagina - 33 (25)

Así la jurisprudencia citada, evidentemente que trata de hacer un análisis constitucional de la formal prisión del cambio de la clasificación del delito, pero, que evidente - mente, no toca el fondo del asunto de las competencias deriva - das del artículo 21 Constitucional, situación que veremos en el capítulo tercero, aceptando así la procedencia de la reclasifi - cación, independientemente del tipo de que se trate .

(25) Jurisprudencia a 1990. Ediciones Mayo . Libro Segundo - 1a y 2a Sala de la Suprema Corte . México 1991. Pag.202

Razón por la cual esto pasa frecuentemente en tipos fundamentales o básicos como el robo, el fraude, el abuso de confianza, el abuso sexual, la violación etc. Ya que aún cuando el Agente del Ministerio Público realice el ejercicio de la acción penal por un delito específico, el juez en sustitución de las deficiencias va a corregir y consecuentemente cambiar el delito por el cual se ejercitó la acción penal, situación que es totalmente aceptada como ya se dijo tanto en la práctica, en la legislación y aún por la jurisprudencia, que el juez pueda hacer ese cambio de clasificación del delito, incluso por lo que se refiere a interponer un amparo en contra de esa clasificación, este sería irrelevante como lo podemos notar del texto de la siguiente jurisprudencia:

JURISPRUDENCIA

No corresponde al Juez del Amparo al resolver en que se interponga contra el auto de formal prisión al hacer la clasificación de los delitos. (Quinta Época. Tomo 20 . Pág. 1278 . (26)

De la anterior jurisprudencia, podemos percatarnos que no corresponde al Juez de Amparo, resolver aquel juicio de garantías promovido contra el cambio de clasificación de los delitos en el auto de plazo constitucional, concluyéndose

(26) GARCÍA RAMÍREZ SERGIO Y ADATO DE IBARRA VICTORIA . Pronunciamiento del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. 2ª Edición. México 1982. Pág. 217 .

que si es posible que un tipo fundamental o básico pueda ser -
reclasificado en otro de la misma naturaleza, caso típico de -
robo a fraude o de fraude a abuso de confianza o viceversa.

Determinación que impugno, pues aún cuando el -
término reclasificación, ésta bien utilizado desde el punto de
vista de su conceptualización etimológica , el mismo resulta impro-
cedente aplicando la ley en estricto sentido , por la viola -
ción de garantías que esto representa .

2.4. PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA RECLASIFICACION DEL
DELITO DE UN TIPO FUNDAMENTAL O BASICO
A UN ESPECIAL

56

Decíamos que los tipos especiales, se forman -
agregando otros requisitos al tipo fundamental al cual subsume-
formando un tipo independiente .

Sin embargo, lo anterior no soluciona el problema
planteado, siendo necesario referir que la reclasificación del
delito, constituye en la práctica un vicio ya tan arraigado, mis-
mo que tiene lugar no solo en el auto de plaza constitucional -
sino también en sentencia de primera y segunda instancia y en -
la cual el órgano jurisdiccional no repara al realizarla si se
trata de un tipo fundamental o básico, un especial, un comple-
mentado, un circunstanciado o un subordinado, omisión que aún la
misma jurisprudencia no ha subsanado, concretándose solo a ha-
blar de la procedencia de la reclasificación del delito en base
a que se trata de hechos como se puede apreciar de la siquien-
te jurisprudencia:

CLASIFICACION DEL DELITO.- No se -
viola la garantía del artículo 19 -
Constitucional, cuando se cambia la
clasificación del delito por el que
se ha seguido proceso, siempre que
los hechos materia del mismo, no ha
ya variado, más esta tesis no es -
aplicable cuando el Ministerio Pú -
blico tanto en primera como en se -

gúnda instancia, formula conclusiones acusatorias y sostiene éstas -- señalando al quejoso como responsable de determinado delito, y en la sentencia se cambia ésta clasificación. lo cual evidentemente crea -- que el reo no pueda defenderse de -- una imputación que viene a aparecer hasta el fallo, el cual debe ser -- congruente con la acusación; a efecto de no incurrir en el desconocimiento de la garantía que consagra la fracción IX del artículo 20 Constitucional. (Quinta Epoca. Tomo -- XXVIII. Pág. 512). (27)

Notese que en la citada jurisprudencia se permite el cambio de clasificación , no solo en el auto de plazo constitucional, sino tambien en la sentencia, si el Ministerio Público acusó por dicho delito, vease como se le vuelve a conceder al Ministerio Público la facultad de clasificar el delito lo que indudablemente convierte a este problema en una verdadera romería, pues aún cuando el artículo 19 Constitucional párrafo segundo, parte segunda, señala con claridad que si durante un proceso apareciera que se ha cometido otro distinto será objeto de acusación por separado.

Apréciase de lo anterior y en toda su magnitud como nuestra Carta Magna, a pesar de que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal, le prohíbe a este como lo veremos en el capítulo cuarto, cambiar la clasifici

cción del delito, por el cual se decreto la apertura del proceso, estableciéndose así una supremacía constitucional sobre las leyes adjetivas, en las cuales no existe fundamento alguno para aceptar que el Ministerio Público consigna hechos. Pues - de serlo así se tendría que establecer, una norma constitucional y procedimental, haciendo del conocimiento del procesado - que no se va a defender del delito por el cual el Agente del - Ministerio Público ejercite acción penal, ni tampoco por el delito por el cual el juez le decreta su formal prisión, jamás - por el que lo acuse el representante social, ni mucho menos por el que se le dicte sentencia, sino que debe existir una norma - que establezca que el procesado, acusado o sentenciado según el caso de que se trate deberá defenderse por los hechos que están demostrados en la secuela del procedimiento, situación -- que rompe con la garantía constitucional de la exacta aplicación de la norma, prevista en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional y que también comentaremos en el capítulo tercero y que observaremos en ese momento como realmente existe la invasión de esferas de jurisdicción, en el caso de que no se legisle estableciendo un procedimiento punitivo a base de consignación de hechos.

Concluyendo que la reclasificación del delito de un tipo fundamental o básico a un especial evidentemente que constituye violación de garantías, por lo que su improcedencia es notoria.

2.5 PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA RECLASIFICACION DEL
DELITO DE UN TIPO FUNDAMENTAL O BASICO A UN COMPLEMEN-
TADO, CIRCUNSTANCIADO O SUBORDINADO

Al analizar los tipos complementados, circunstanciados y subordinados, se dijo que son aquellos en los cuales - las circunstancias que los conforman, agravan al delito básico - pero no desaparece sino que prevalece, luego entonces podemos - afirmar que no hay cambio de delito .

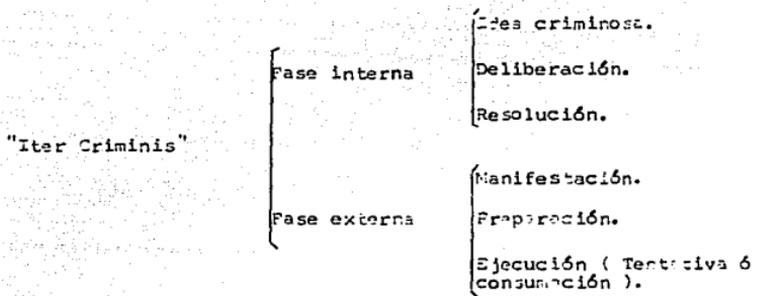
Sin embargo y pese a lo anterior es incuestionable que en las distintas resoluciones que emiten nuestros órganos jurisdiccionales se aprecia como los mismos, hablan de re - clasificación de delito de un tipo fundamental o básico a un - complementado, a un circunstanciado o subordinado, lo que sin - lugar a dudas es más alarmante que en tratándose de tipos funda - mentales o básicos y especiales ; pues aquí se aprecia hablan - do de los complementados, circunstanciados, subordinados que ni - siquiera el término reclusión conceptualmente es bien uti - lizado, atento al concepto que proporcionamos al principio del - presente capítulo , al no haber propiamente un cambio de delito.

Circunstancia que nos lleva a concluir que la - reclusión de delito, de un tipo fundamental o básico a - un complementado, circunstanciado o subordinado es jurídicamen - te improcedente, por la violación de garantías constitucionales que el mismo entraña y más aún como ya se dijo porque dicho térmi - no ni siquiera estaría adecuadamente utilizado, evidenciando -- falta de capacidad jurídica en el órgano jurisdiccional.

2.6 DE RECLASIFICACION DE DELITO, DE DELITO CONSUMADO A TENTATIVO DE DELITO

Para poder referir, si es correcto hablar de re - clasificación de delito, de delito consumado a tentativo de delito, es necesario definir cada uno de estos, siendo precedente indispensable conocer las fases del " iter criminis " o tambien conocido como camino al delito.

Asi tenemos que a decir de Fernando Castellanos - Tena las fases del " iter criminis " son :



Idea criminosa o ideación, es inegable que el - ser humano, es el único ente transgresor del ordenamiento jurí dico, motivándose lo anterior en la mente humana, la tenta -- ción de cometer un delito, aparece así la idea criminosa.

b).- Deliberación .-En esta fase se plasma una lucha interna entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales, respecto a la meditación de la idea criminosa .

c).- Resolución .-Es la fase en la cual a pesar de que el sujeto, ha resuelto cometer un delito la misma aún continúa dentro de su mente sin exteriorizarse.

FASE EXTERNA .

d).- Manifestación .- Implica el afloramiento de la idea criminosa, hacia el mundo exterior, hacia el mundo de relación .

e).- Preparación .-Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la consumación, los actos preparatorios se pueden realizar con fines lícitos o delictuosos, no implican el propósito de delinquir, el delito preparado es un delito en potencia no real y efectivo.

f).- Ejecución .-Es la reunión de todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal, constituyéndose así la última etapa de las fases del referido " iter criminis " camino al crimen, haciendo así realización, la consumación del delito, llamase homicidio, fraude, robo, abuso de confianza - lesiones, daño en propiedad ajena etc. . . (28)

Luego entonces y un. vez referidas en términos - concretos cada una de las fases del " iter criminis " ,podemos definir que estaremos ante la presencia de un delito consumado cuando se hayan agotado cada una de las fases del " iter criminis " y consecuentemente se hayan configurado todos y cada uno de los elementos del tipo de que se trate, generándose así una violación del bien jurídico tutelado por la norma .

A efecto de apoyar lo anterior refiero los si -- guientes criterios :

El maestro Eugenio Cuello Calón nos explica lo - que es la consumación del delito con las siguientes palabras:- " Cuando voluntariamente se han realizado todos los actos ma - teriales de ejecución del delito y se ha lesionado efectivamen - te el bien jurídico objeto de la protección penal, el delito - está consumado jurídicamente es indiferente que el agente haya conseguido o no el fin remoto propuesto " . (29)

En cambio la tentativa a decir de Jesus Zamora - Pierce : " Es la ejecución incompleta de un delito, es un mo - mento de la vida del delito, que se ubica a partir de que hay - un principio de ejecución y hasta antes de la consumación".(30)

(29) CUELLO CALON EUGENIO . Derecho Penal. Editora Nacional. 9a. Edición .México 1978. Pág. 536

(30) ZAMORA PIERCE JESUS. El Fraude .Editorial Porrúa S.A. - México 1992 . Pág. 197.

El maestro Edmundo Mezger señala " En efecto la tentativa requiere, con arreglo a esta disposición, un " principio de ejecución " , un " commencement d'exécution " en el sentido del artículo 2 del " code pénal " francés y , precisamente - un principio de ejecución " de este crimen o delito " , esto es del crimen o delito que el autor ha resuelto cometer y que se ha propuesto ". (31)

Con lo anterior queda por demás claro lo que debe entenderse por delito consumado y tentativa de delito, aspecto previo a la consumación del delito que reviste indudablemente un fin de formas, entre las más comunes ; tentativa acabada o delito frustrado, tentativa inacabada etc. . . Mismas que solamente son referidas por no constituir la esencia del presente trabajo, concretándose solo a referir el género, esto es que debe entenderse por tentativa, en función de que nuestro ordenamiento penal sustantivo (código penal) no dice cuando la tentativa es punible más no que es la tentativa al señalar lo siguiente :

ARTICULO 12 .- "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". (32)

(31) MEZGER EDMUND. Derecho Penal Parte General. Editorial Cardenas. México 1985. Pág. 281 .

(32) Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Editorial Andrada. Séptima Edición . México 1990. Pág. 5 .

Nótese que la ley, nunca expone un verdadero concepto de lo que debe considerarse como tentativa, sino únicamente se concreta a señalar cuando esta será objeto de punición.

Debiendo señalar al respecto los siguientes criterios en -- cuanto al hecho del porque la tentativa sin ser propiamente un delito consumado sino parte de este debe ser punible.

Bettiol "pone en claro la imposibilidad de sancionar los actos dirigidos a la consumación del delito, cuando no se llega al fin propuesto, de no existir la norma secundaria de la tentativa, cuya función es extender la incriminación de la norma principal. En consecuencia la tentativa sólo puede aplicarse en virtud de la necesaria relación existente entre ella y la norma incriminadora principal". (33)

Mariano Jiménez Huerta da a la tentativa el carácter de dispositivo amplificador del tipo y fundamentador de la punibilidad de ciertos actos que de no ser así quedarían impunes por su atipicidad, pero le niega autonomía considerando -- accesoria tanto su naturaleza como su rango jurídico penal, -- pues ontológicamente y teleológicamente sólo entra en función cuando se conecta con un tipo específico. (34)

(33) Citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo - sobre la Tentativa. Editorial Porfúg S.A. 4a Edición. México 1989. Pags. 29 y 30 .

(34) Idem.

J. Ramón Palacios empieza por observar que las acciones inconsumadas no serían delictuosas ni merecerían penas de no ser contempladas por la figura de la tentativa, la cual sanciona el acto tendiente a la lesión sin obtenerla, deduciendo de ahí que se requiere una norma específica incriminadora de dicha actividad, cuya naturaleza es accesoria de la norma principal y representa un grado menor de ésta pero al mismo tiempo en un título autónomo, tentativa, frustración, sin vida por sí misma y cuya previsión legal es indispensable dentro de nuestro sistema jurídico. (35)

Resulta ineludible que después de los criterios anteriormente expuestos, nos debe quedar por demás claro, cuando podemos hablar de delito consumado y cuando de tentativa de delito, la cual no es propiamente un delito sino parte de este, atento a las fases del " iter criminis " .

Sin embargo y pese a lo anterior, en la práctica profesional se aprecian con mucha frecuencia, resoluciones del órgano jurisdiccional en las cuales se utiliza indebidamente el término reclasificar, pues han referido por ejemplo : que en reclasificación del delito de robo, se decreta su formal prisión por el delito de tentativa de robo. Lo que indudablemente es erróneo, pues no se trata de delitos diferentes pues la tentativa es una figura accesoria del delito principal, misma que es punible cuando se agotan los extremos referidos por él-

artículo 12 de nuestro ordenamiento penal sustantivo, actos que de no ser sancionados quedarían impunes, consecuentemente su previsión legal es indispensable dentro de nuestro sistema jurídico.

Luego entonces es de concluirse que no es factible hablar de reclasificación de delito, de delito consumado a tentativa de delito, pues ello entrañaría, además de utilizar erróneamente el concepto, una violación flagrante de garantías constitucionales, pues como lo he sostenido durante todo el transcurso del presente trabajo, rompe con el principio de la trilogía procesal, al invadir esferas de jurisdicción, cosa que en la práctica se da con mucha frecuencia, lo que me motiva indudablemente a realizar este pequeño trabajo.

C A P I T U L O I I I

**PANORAMICA LEGISLATIVA RESPECTO
A LA RECLASIFICACION DEL DELITO**

PANORAMICA LEGISLATIVA RESPECTO
A LA RECLASIFICACION DEL DELITO

En este capítulo vamos a avocarnos a aspectos meramente constitucionales que nos ayudarán a decifrar con mayor certeza si realmente existe esa invasión de esferas de jurisdicción por parte del poder judicial en el momento en que este arregla la consignación, supliendo las deficiencias del Agente del Ministerio Público en su auto de plazo constitucional y específicamente cuando decreta la formal prisión.

Consideramos y queremos hacer la siguiente aclaración, es evidente que en cuanto a la jerarquización de la ley, debe tomarse en cuenta a la Constitución como ley suprema, y después a las Leyes Federales luego los tratados que están apoyados por el senado y por último las leyes locales. Cuando menos éste es el espíritu que se desprende del contenido del artículo 133 Constitucional, por lo que es evidente que lo que resolvimos en éste capítulo, será una situación definitiva que nos ayudara a criticar en el capítulo cuarto, en cada una de las etapas procedimentales la razón de ser o la violación a la Constitución al reclasificar el delito el órgano judicial, pues es evidente que no existe fundamento constitucional alguno que conceda al poder judicial la facultad exclusiva de cambiar la denominación del delito o bien como la mayoría lo acepta de clasificar el delito, pues el mismo vuelve a repetir solo puede ser clasificado por el Ministerio Público en su calidad de órgano encargado de la persecución de los delitos de manera exclusiva por mandato constitucional.

3.1 EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Dijimos en nuestra introducción a éste capítulo - que el artículo 133 Constitucional, establece como una Ley Suprema de toda la nación a la Constitución, y todas las demás legislaciones tienen que subordinarse a ella; de hecho los Tratados Internacionales, deben asemejarse totalmente a nuestra legislación, y no provocar el conflicto de leyes; así, la Constitución las Leyes Federales y los tratados, serán la Ley Suprema y todos los jueces tienen que observarlas en una forma primordial.

De esta forma iniciaremos el análisis del artículo 21 Constitucional, para poder desglosar de éste, las dos funciones autónomas y separadas como son; por un lado el ejercicio de la acción penal y por el otro una jurisdicción penal que sanciona la conducta delictiva, y mismas que corresponden a órganos distintos; Ministerio Público como ente encargado del ejercicio de la acción penal, misma que se concretiza evidentemente en el pliego de consignación y por virtud del cual se exige al órgano jurisdiccional para que sea este quien resuelva si el delito imputado por el Ministerio Público al sujeto activo es o no delito, pero jamás para que lo cambie volviendo a clasificar, pues con ello como ya dijimos, invadiría funciones propias del Ministerio Público convirtiéndose así en órgano persecutor de delitos, luego entonces el inculpaado debe defenderse no solo de un órgano acusador sino de dos.

Así mismo analizaremos el artículo 19 Constitucional en su segundo párrafo, pues es otro de los artículos cons

titucionales, en los cuales se pretende erróneamente fundamentar la facultad del juez para reclasificar, lo que evidentemente constituye una violación a la garantía de seguridad jurídica ya aludida, en el cuerpo del presente trabajo, pues la norma constitucional en comento en ningún momento establece la facultad del juzgador de clasificar el delito o de reclasificarlo -- y si por el contrario lo obliga a establecer el delito por el que se seguirá el proceso, refiriéndose al delito imputado este es aquel por el cual el Ministerio Público ejerció acción penal, concretándose el juez a decir el Derecho, determinando si el delito imputado es o no delito pero jamás cambiarlo y sujetar al inculcado a un proceso cuando en ningún momento hubo el acto exhibitivo, precedente necesario para poner en marcha la maquinaria judicial.

**3.2 INTERPRETACION DEL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL
EN RELACION A LA PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA
DE LA RECLASIFICACION**

Es necesario mencionar brevemente los antecedentes del artículo 21 Constitucional, para poder extraer de éstos, su esencia jurídica y percatarnos del verdadero espíritu de dicha norma jurídica.

Así tenemos que en lo que fué la Constitución de Cádiz de 1812 en su artículo 172 en su Undécima Clausula se establecía lo siguiente :

"No puede el rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del despacho que firme la orden, y el Juez que la ejecute, serán responsables a la Nación y castigados como réos de atentados contra la libertad individual.

Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el rey expedir órdenes al efecto pero con la condición de que dentro de 48 hrs. deberá hacerla entregar a disposición del Tribunal o Juez competente " . (36)

El artículo que hemos citado, refleja una división en el ejercicio del poder del Gobierno, evidentemente que a través de la Constitución de Cádiz se intentaba regular la

(36) TENA RAMIREZ, FELIPE . Leyes Fundamentales de México . - 1808- 1989 . Editorial Porrúa S.A. 15a Edición . México 1989 . Pág. 82.

función gubernamental, para que ésta no tuviera excesos, por lo que se dividía el poder.

Así esta potestad de aplicación de la ley iba a corresponder necesariamente a los Tribunales y no al rey con lo que empezamos a observar principios de separación de funciones.

Para la Constitución de Cádiz, la potestad de aplicación de leyes en los casos civiles y penales pertenecía exclusivamente a los Tribunales (artículo 242 de la Constitución de Cádiz) .

Ahora bien el antecedente más directo de lo que es nuestra Constitución, lo ha sido aquella Constitución liberal que provocó guerra y que fue promulgada en 1857, por medio de ésta Constitución, la fracción liberal obtenía el poder; pero evidentemente que los conservadores tratarían de quitárselos.

En ésta Constitución de 1857, su artículo 21 expresaba lo siguiente :

ARTICULO 21 .- " La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial . La política o administrativa sólo podrá imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión, en los casos que expresamente determine la ley " . (37)

Como se puede apreciar en esas fechas aún no existía la configuración hecha para 1917, respecto de la Institución del Ministerio Público.

Además de que en la época Porfiriana, la policía estaba a cargo del poder judicial, de ahí el nombre de Policía Judicial que aún en la actualidad conserva.

Para notar bien la transición de 1917, vamos a citar las palabras del maestro Héctor Fix Zamudio, quien al criticar la composición del artículo 21 Constitucional, nos dice lo siguiente : " Por lo que se refiere a la imposición de penas por el poder judicial , éste mandato tiene su origen en la Constitución de Cádiz y es consecuencia del principio de división de poderes, o el estricto sentido de las funciones . El precepto vigente está relacionado con los artículos 13, 14 y 16 del Acta Federal en vigor, en cuanto la atribución exclusiva de los tribunales tanto penales como militares , en sus respectivas esferas de competencia , para imponer las penas estipadas en sentido estricto, a los que se consideren culpables de una conducta delictiva; sólo puede efectuarse a través de una condena condenatoria debidamente fundada y motivada en un proceso en el cual se respete el derecho de defensa en las formalidades esenciales del procedimiento.

Por lo que se refiere a la persecución de los delitos por parte del Ministerio Público y la Policía Judicial

éste es el aspecto de mayor trascendencia del artículo 21 Constitucional, que fue introducido por el Constituyente de Querétaro, después de un intenso debate que mereció una explicación muy amplia en la exposición de motivos del proyecto presentado por Don Venustiano Carranza .

En efecto en la citada exposición de motivos se insistió en la necesidad de otorgar la autonomía al Ministerio Público al que , de acuerdo con la legislación expedida bajo la Constitución de 1857, carecía de facultades efectivas, en el proceso penal, puesto que la función de la policía judicial no existía como órgano independiente y era ejercida por los jueces, quienes se convertían en verdaderos acusadores en perjuicio de los procesados " . (38)

Queremos hacer resaltar o subrayar las últimas palabras del maestro Fix Zamudio, en la que enfatiza la función del Ministerio Público , el cual dice que carecía de facultades en el proceso penal, lo que la Constitución de 1917 les otorga ya; pues no existía como un órgano independiente y eran ejercidas por los jueces quienes se convertían en verdaderos acusadores en contra de los procesados . Sin duda, ésto es lo que sucede en un momento determinado cuando el juez reclasifica un delito, convirtiéndose en acusador y ésto realmente va en perjuicio del acusado, porque evidentemente que afina y sustituye las deficiencias del Ministerio Público .

(38) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos - Comentada . Varios Autores . Universidad Nacional Autónoma de México . México 1985 . Pág. 55.

Podemos observar de la naturaleza histórica del artículo 21 Constitucional, que aquí se van a desprender dos situaciones que son totalmente diferentes, una que es la función jurisdiccional y que estará a cargo de los jueces penales a efecto de que estos decidan el derecho que las partes le propongan, respetando las garantías constitucionales a que todo inculcado tiene en su calidad de gobernado. Y otra que sin lugar a dudas será la Acción Penal misma que por mandato Constitucional estará a cargo del Ministerio Público, funciones que no son exáctamente lo mismo sino totalmente autónomas e independientes la una de la otra, resultando consecuentemente necesario hacer referencia de manera superficial a cada una de ellas puesto que no existe en realidad problema alguno, pues dicha división de funciones se encuentra claramente expresada por el artículo 21 Constitucional vigente.

a).- LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional, sin duda es un ejercicio que compete al Gobierno y que el poder público va a ejercer a través de una división bastante tajante, que el artículo 49 Constitucional presupone y que está dividida en un Poder Legislativo que es el encargado de hacer las leyes esto es delegar, de un Judicial que administra la justicia y un Ejecutivo que va a llevar la administración pública de los servicios públicos y de la Nación.

Así ese servicio de Administración de justicia - se va a realizar a través de la llamada función Jurisdiccional.

De esta Función Jurisdiccional nos habla el maestro Gabino Fraga en las siguientes palabras: " La función Judicial como la Legislativa pueden analizarse desde dos puntos de vista : como función formal y como función material " .

Desde el punto de vista formal, la función Judicial está constituida por la actividad desarrollada por el poder que normalmente, dentro del régimen constitucional, está encargado de los actos judiciales, es decir por el poder Judicial.

Como función considerada materialmente, algunos autores la denotan como Función Jurisdiccional por creer que la función Judicial sólo évoca el órgano que la realiza, debiendo por lo tanto reservarla para cuándo se haga alusión a su aspecto formal.

Para definir la función, hay que observar no sólo al órgano encargado de ella sino su objetivo; o sea el acto de naturaleza intrínseca que concretiza y exterioriza al Derecho o sea la Sentencia " . (39)

La expresión máxima de la Función Jurisdiccional evidentemente estará en la sentencia, es evidente que el Agente del Ministerio Público en ningún momento va a invadir la función Jurisdiccional, sóloamente la va a excitar ya que el Minis-

(39) FRAGA GABINO . Derecho Administrativo . Editorial Porrúa S.A. 28a Edición - México 1989. Págs. 46 y 47 .

terio Público en ningún momento del procedimiento penal mexicana no decide ninguna situación y mucho menos va a dictar una sentencia o es parte de la misma, nada de eso simple y sencilla - mente la motiva, la excita para que el Organó Jurisdiccional - pueda actuar, de ahí que su pedimento sea desvinculatorio del - Juez.

Evidentemente que el Ministerio Público cuando - se desiste de su acción penal, el Juez no va a tener nada que - ver, ni en ese momento puede decir : " bueno te estas desis -- tiéndo por robo, pero yo considero que es fraude y seguimos - por fraude ".

Ni tampoco sucede que el Agente del Ministerio - Público en conclusiones produce o elabora estas de inacusación y el Juez clasifica entonces el delito y sentencia por otro delito, ésto realmente rompe la estructura en cualquier mo - mento del procedimiento que se le quiera ver .

La siguiente Jurisprudencia nos dá un poquito -- más de evidencia al respecto:

JURISPRUDENCIA

MINISTERIO PUBLICO SU PEDIMENTO ABSO-
LUTORIO NO VINCULA AL JUEZ .- Una vez
provocada la Jurisdicción al ponerse
en movimiento la Acción Penal por el
Organó Público sólo podrá desistirse -
en los casos expresamente previstos -
en la ley, ya que su obligación es -
conducir el proceso hasta la senten -

cia que debe dictar la autoridad -
 judicial, y si el Ministerio Públi-
 co como Institución de buena fé -
 que debe ser, estimo que los agravi-
 os expresados por el acusado en la
 apelación eran fundados, al consi-
 derar que el Juez de Primera Ins-
 tancia hizo inexacta apreciación -
 de las pruebas del proceso, no por
 ello debe entenderse que el Tribu-
 nal estaba obligado a resolver el
 recurso absolviendo al inculpa-
 do, puesto que es facultad exclusiva -
 de la autoridad judicial fallar en
 vista de las constancias procesa-
 les, y, en consecuencia, dictar re-
 solución de propia autoridad, ya -
 que sólo así se mantiene el Orden-
 Jurídico establecido por el artícu-
 lo 21 Constitucional". (Quinta -
 Epoca . Tomo CXIV, Pág. 323).(40)

Consideramos que el artículo 21 Constitucional -
 es bastante claro, y la jurisprudencia citada nos disipa dudas -
 pues se conserva un principio de que el Juez debe resolver me -
 diante constancias procesales , pero requiere de la excitación -
 esto es del ejercicio de la acción penal función exclusiva del -
 Ministerio Público , de tal forma que el artículo 21 Constitu-
 cional va a normar dos funciones totalmente separadas y además
 exclusivas , en virtud de que la misma Constitución hace exclu-
 siva la facultad de sanción o ejecución de la pena, para despues
 hablar de incumbencia de perseguir el delito por parte del Ágen

te del Ministerio Público y la Policía Judicial como su auxiliar, pero actualmente lo que es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 2o., establece que esa acción penal es exclusiva del Agente del Ministerio Público esto es existe una disposición reglamentaria del artículo 21 Constitucional que es la ya mencionada y que hace exclusivo el ejercicio de la acción penal, de tal forma que esa exclusividad se tiene que entender gramaticalmente, es exclusivo y propio así como está separada y no hay vinculación del Juez hacia los pedimentos del Agente del Ministerio Público sino simplemente la excitación, de esta forma el Juez no tiene porque abrogarse es decir atribuirse funciones de reclasificación del delito, ya que estas se encuentran conferidas expresamente al Ministerio Público, sin embargo en la práctica profesional esto tiene lugar con demasiada frecuencia lo que ha provocado un desorden completo y total mismo que si bien es cierto la jurisprudencia lo ha aceptado, la doctrina como lo hemos demostrado lo rechaza. Luego entonces lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional es claro y preciso en cuanto a la separación de funciones, lo que constituye la esencia de las ya tantas veces referidas esferas de jurisdicción.

b) .- LA ACCION PENAL .

Desprendiéndose de lo que dijimos anteriormente la acción penal, está otorgada en forma exclusiva al Agente del Ministerio Público y si la misma Jurisprudencia al hablar del ejercicio de la Acción Penal la hace propia y exclusiva. de di-

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

cha Institución no sabemos porque los jueces la modifican en el auto de plazo constitucional y además de porque la Jurisprudencia ha aceptado dicha situación, este bien que se dirija el proceso en base a las constancias procesales, pero evidentemente es una invasión de esferas que el artículo 21 Constitucional ha dividido completamente .

Vamos a pasar a observar ahora, lo que es la filosofía del Agente del Ministerio Público, para esto vamos a estudiar sus antecedentes en una forma muy breve.

Podemos decir que para 1858, se tenía noticia de que ya existía alguna institución parecida al Agente del Ministerio Público . Una información de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal nos dice lo siguiente : " Es hasta el año de 1858 cuando surge la primera Legislación Mexicana, antecedente del Ministerio Público, . En cada una de las grandes épocas que distinguen el destino histórico de nuestro país como la de reforma , la porfirista, la constituyente y la de los gobiernos revolucionarios se han hecho modificaciones sustanciales en materia jurídica, que han permitido la evolución del Ministerio Público.

En 1858, la aparición de la Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, proveyó la institución del Agente del Ministerio Público, en 1865, con la promulgación de la Ley para la

Organización del Ministerio Público , esta Ley constituye en - primera instancia la apertura de la posibilidad para que se -- estableciera en México la Institución del Ministerio Público.

En 1869, se pasa de un Ministerio Público con tra-
dición española a otro con características más propias que to-
davía se perpetúan en el esquema actual del Ministerio Público
ésto nos da la Ley de Jurados en materia criminal para el Dis-
trito Federal .

Con la promulgación en 1880 de la Ley Orgánica de
los Tribunales del Distrito Federal y Territorio de Baja Cali-
fornia, se instituyo así, definitivamente en México el Ministe-
rio Público, tiempo despues surgio a la vida jurídica el Regla-
mento del Ministerio Público en el Distrito Federal en el año-
de 1900, para orientar el crecimiento de la Institución .

Con el surgimiento de la primera Ley Orgánica del
Ministerio Público en el Distrito Federal y Territorios Federa-
les de 1903 presentó un avance administrativo congruente con-
las deficiencias de la época . La promulgación de 1909 del Re-
glamento del Ministerio Público del Fuero Común en el Distrito
Federal, Territorios de Quintana Roo y Partido Norte de Baja -
California , que aseguró en la esfera administrativa la obser-
vancia de la ley publicada en 1903 " . (41)

A diferencia de la función Jurisdiccional, la his-
toria del surgimiento del Agente del Ministerio Público mate-
rialmente es reciente ya que data de finales del siglo pasado,

(41) La Procuración de Justicia, Nueva Filosofía para el Mi-
nisterio Público . Procuraduría General de Justicia del
Distrito Federal . México 1980 . Págs. 7 a 9 .

mientras lo que es la Administración de Justicia , y la función jurisdiccional realmente tienen siglos de Institución, - pudie^semos remontarlo a épocas mucho más antiguas que las romanas, en donde ya existían jueces que trataban de arreglar las diferencias entre las partes .

En tal contexto la Institución del Agente del Ministerio Público, nace como lo expresa el maestro Fix Zamudio por el hecho de que los jueces se convertían en partes también cuando eran acusadores, esto rompe toda la trilogía procesal - de la que hablamos en el Capítulo Primero, y evidentemente que no va a ofrecer completamente la seguridad jurídica que la misma trilogía procesal presupone ; por eso hemos sostenido que - realmente la Jurisprudencia ha aceptado la clasificación del delito en el auto de plazo constitucional pero realmente la - doctrina en ningún momento da la fundamentación necesaria a la Jurisprudencia para realizar éste razonamiento.

El razonamiento de la Jurisprudencia se basa en - que se dictamina en base a hechos con lo que estoy completamente en desacuerdo ya que existe una técnica procedimental que - hay que respetar , pues de lo contrario, si se están juzgando hechos, el Juez va a tener una amplitud total para acusar y de finir los delitos que sean, incluso cuando el agente del Ministerio Público solicite el libramiento de alguna orden de aprehensión, puede aparecer que el Juez la niegue por un delito, pero la otorga por otro .

Así que consideramos que la Jurisprudencia debe de tomar en cuenta la doctrina ya que se está saliendo de los parámetros de la trilogía procesal y está provocando un desorden total en lo que es el procedimiento penal mexicano, y que realmente en la práctica la mayoría de los litigantes la han aceptado y la Jurisprudencia la ha apoyado, por lo que podrían hacerse dos cosas para solucionar el problema: Una que se establezca una excepción a rango constitucional específicamente en el artículo 21 Constitucional o 19 de la citada Carta Magna en la que se permita al Juez reclasificar el delito en el auto de plazo constitucional o dos, que se acople a lo que la doctrina y la ley (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 21) establecen y se le prohíba totalmente al Juez el reclasificar el delito en el auto de Plazo Constitucional ni muchos menos en ninguna otra etapa ulterior del proceso.

Ahora bien , vamos a citar una Jurisprudencia que es de la Quinta Epoca y que habla tambien sobre la reforma del artículo 21 de la Constitución del 17, dicha Jurisprudencia es ta enfocada al ejercicio de la acción penal y dice :

JURISPRUDENCIA

ACCION PENAL.- Corresponde su ejercicio al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo la autoridad de mando de aquél. Una de las más trascendentales innovaciones hechas por la Constitución de 1917 es la que los jueces dejen de pertene

cer a la Policía Judicial, para que no tengan el carácter de jueces y partes encargados, como estaba antes de la vigencia de la Constitución, es decir, sobre la responsabilidad penal y al llegar de oficio elementos para fundar el cargo. (-- Quinta Epoca . Tomo II. Pág. 83, Tomo II Pág. 1024. Tomo II Pág. 1550)

(42)

Nótese que en la acción penal, antes de la Constitución de 1917, pertenecía al Juez, realmente ; si sobrevino la división del ejercicio de la acción penal y la jurisdicción penal, fué para que ésta, se diera en una forma real, si en algún momento se estableció en forma exclusiva para cada una de las dos entidades como se estableció para que esto fuera una realidad, no para que el Juez llegado el momento , arregle el ejercicio de la acción penal en el auto de plazo constitucional y mucho menos en Sentencia .

Ahora bien, éste ejercicio de la acción penal, tiene una naturaleza muy especial, de ser propio y exclusivo, ésta idea también la está rompiendo el Juez en el momento en que reclasifica el delito, ya que no sólo infracciona la idea de la trilogía procesal sino también la idea de que la acción penal es propia y exclusiva del Agente del Ministerio Público .

(42) Jurisprudencia de 1990. Ediciones Mayos Libro Segundo. - México 1991. Pág. 11 .

Vamos a citar otra Jurisprudencia para poder tener elementos de alegato.

ACCION PENAL.- Del contexto del artículo 21 de la Constitución, se desprende que al Ministerio Público corresponde, de modo exclusivo, el Ejercicio de la acción penal ante los Tribunales, sin atender a la naturaleza del delito; por lo que cuando un proceso se promueve por querrela necesaria, los preceptos legales relativos deben de interpretarse en el sentido, no de que tal querrela se presenta ante el Juez de la causa, sino que debe formularse ante el Ministerio Público para que éste presente en forma su acusación pues la Ley al establecer la distinción entre delitos que se persiguen de oficio y los que se castigan a petición de parte, se refiere a los casos en que, aún cuando el Ministerio Público o las autoridades tengan conocimiento de que se cometió un delito, no pueden ejercer la acción penal, sino cuando el individuo formule ante esa Institución su queja ". (Quinta Epoca . Tomo XV- Pág. 403). (43)

Es muy interesante observar como la legislación- partiéndolo desde el ámbito constitucional, consagra dos funciones muy distintas , de naturaleza propia y exclusiva, la función - jurisdiccional, y el ejercicio de la acción penal. Realmente, -

son dos esferas de competencia distinta no pueden ir conjugadas en una s3la autoridad, deben de separarse , ya que esto constituye el esp3ritu constitucional vertido en el articulo 21 mismo que realmente consideramos es el que en un momento determinado se est3 violando, y con la misma, tambien las bases ideol3gicas de la trilog3a procesal, pues no existe fundamento constitucional alguno que faculte al Juez para reclasificar el delito - como a continuaci3n lo acreditaremos, en el punto que precede.

3.3 FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL DE LA PROCEDENCIA
DE LA RECLASIFICACION DEL DELITO

Hemos denominado el tema de éste inciso como la fundamentación constitucional sobre la procedencia de la reclasificación del delito, para demostrar que realmente no va a encontrar en ningún momento, el Juez la posibilidad legal de clasificar el delito desde un punto de vista eminentemente constitucional; ahora bien, vamos a desprender también la posibilidad de que en la legislación reglamentaria de la Constitución como son el Código de Procedimientos Penales en vigor o Ley de Amparo, exista una disposición que le permita al Juez clasificar o reclasificar el delito objeto de la consignación .

Así partiremos de la idea que sustenta el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional el cuál dice a la letra:

ARTICULO 19 (Segundo Párrafo).-Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o por los delitos señalados en el auto de formal prisión . Si en la secuela de un proceso apareciése que se ha cometido un delito distinto al que se persigue, deberá de ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente . . . -
(44)

Nótese como el Segundo Párrafo del artículo 19 Constitucional es realmente específico y tajante, e incluso si-

(44) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -
Instituto Federal Electoral. México 1993. Pág. 21 .

que los lineamientos establecidos por el Tercer Párrafo del artículo 14 de la misma Constitución, que a la letra dice :

ARTICULO 14 (Tercer Párrafo).-"En los juicios del Orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exáctamente aplicable al delito de que se trata" . (45)

Hay que fijar en un principio el establecimiento de un delito por el cual se vá a seguir forzosamente el proceso . Realmente en la Constitución sólamente se otorga la facultad de que el proceso se siga por el delito señalado en el auto de formal prisión, lo que se ha prestado erróneamente ad-miniculado al hecho de que el Ministerio Público consigna hechos para que se considere que en el artículo 19 párrafo segundo, se encuentra el fundamento constitucional para clasificar o reclasificar el delito, lo que es inconcebible pues en dicho precepto se establece la obligación de resolver si el delito imputado por el Ministerio Público al sujeto activo es o no delito, pero jamás cambiarlo, corroborandose lo anterior con lo dispuesto por el mismo precepto legal antes citado al señalar mas adelante : Que si en algún momento del proceso apareciere que se ha cometido otro delito, éste será motivo de acusación separada. Es evidente que éste segundo párrafo respeta totalmente la idea del 21 Constitucional sobre la separación de funciones y por supuesto la otra idea del 14 Constitucional tercer párrafo de aplicar exactamente una ley.

(45) Idem .

En consecuencia es de hacerse notar que el artículo 14, 19 y 21 Constitucionales, pueden estar íntimamente mezclados, para el efecto de demostrar que el espíritu de la -- Ley Suprema es simple y sencillamente dejar bien clara la separación de funciones, y que si en algún momento existe otro delito será motivo de un ejercicio de la acción penal diferente, -- por la simple y sencilla razón de que por la separación de funciones el Agente del Ministerio Público, tendrá que ejercitar la acción penal en forma separada sin perjuicio de que más adelante se puedan acumular.

El maestro Jesús Rodríguez y Rodríguez, cuando comenta el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional, ya nos empieza a dar luces evidentes y apoya la idea respecto de la -- no reclasificación del delito al expresar lo siguiente : " Por lo que toca a las exigencias de forma, éste precepto constitucional establece que el auto de formal prisión necesariamente debe expresar, primero, el delito que se imputa al acusado y -- sus elementos constitutivos ; segundo, las circunstancias de -- ejecución, de tiempo y de lugar, y tercero, los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad -- del acusado.

El no acatamiento de la mencionada prohibición o el incumplimiento de dichos requisitos, hacen responsables tanto a las autoridades ordenadoras de la detención, como a las -- ejecutoras de la misma.

De ahí también que en el segundo párrafo de éste artículo se prohíba cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso, ya que éste debe seguirse forzosamente por el o los delitos señalados en el auto de formal prisión." (46)

Evidentemente que el espíritu del legislador, -- fué el que en el auto de plazo constitucional se resolviera la situación jurídica del imputado, pero en ningún momento la misma Constitución permite que el Juez pueda clasificar el delito en el auto de plazo constitucional ya que sólo debe concretarse a decir el derecho, señalando si el delito imputado es o no delito.

Por lo que respecta a las leyes adjetivas, cabe mencionar que en el Código de Procedimientos Penales en vigor -- en el Distrito Federal, no existe disposición alguna que faculte al Juez a clasificar el delito, aunque algunos en sus resoluciones al reclasificar invocan el artículo 10 del referido ordenamiento penal adjetivo, lo que es incorrecto y consecuentemente violatorio de garantías, pues dicho precepto no se refiere absolutamente a nada respecto a la facultad de reclasificar el delito. Sin embargo en el Código Federal de Procedimientos Penales sí existe una reglamentación al respecto en el artículo 163 -- que a la letra dice :

ARTICULO 163 .- Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, to -

(46) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JESUS . Constitución Política de -- los Estados Unidos Mexicanos Comentada . Universidad Nacional Autónoma de México . ob . cit . en su pag. 50

mando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación y considerando la descripción típica legal y la presunta responsabilidad correspondientes, aún cuando con ellos se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores. Dichos autos serán inmediatamente notificados, en forma personal a las partes". (47)

La misma legislación federal, vé a intentar realizar una función que en la práctica se ha dado, ésto es, el de que en el auto de plazo constitucional, especialmente el auto de formal prisión, sólo se tomen en cuenta los hechos materia de la consignación; a pesar de que con esto se puede modificar las promociones o resoluciones hechas. Sin discusión alguna dicho precepto acepta que se puede modificar el ejercicio de la acción penal, sin importarle violación de garantías, sin embargo y desde nuestro particular punto de vista mas que una modificación, sin duda es una forma de asesoramiento, o mejor dicho de perfeccionamiento de errores de aquél que tiene la potestad propia y exclusiva de perseguir el delito (Ministerio Público) .

Por lo que el artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales, tampoco llega a cubrir todas las necesidades doctrinarias y mucho menos constitucionales, en virtud de que los artículos 21 , 14 y 19 Constitucionales son bien claros al no autorizar al Juez para que en ningún momento pueda cambiar la nomenclatura del delito objeto de la consignación.

Por lo que lo dispuesto por el referido artículo 163 del Código Adjetivo Federal, no constituye un verdadero fundamento constitucional al no emanar directamente de la Constitución, prevaleciendo lo dispuesto por el artículo 21 de nuestra Carta Magna sobre cualquier ley adjetiva, llámese Código de Procedimientos Penales Fuero Común, Fuero Federal, Ley de Amparo y aún la misma Jurisprudencia, con lo que concluimos -- que no existe fundamento constitucional para que el Juez clasifique o reclasifique el delito, razón por la cual cuando esto ocurre el Órgano Jurisdiccional reclasifica el delito pero no aduce a fundamentación jurídica alguna, como se puede apreciar de las siguientes extractos de resoluciones que en vía de ejemplo refiero a continuación.

ejemplo 1- " Por tal motivo este Órgano Jurisdiccional, actuando dentro de los límites de su jurisdicción y haciendo uso de arbitrio judicial -- considera que en el caso a estudio se demostró plenamente el delito de AMENAZAS CUMPLIDAS. . . Por lo que en reclasificación del delito de extorsión por el que consignó el Ministerio Público, se considera correctamente estructura --sic- el delito de AMENAZAS CUMPLIDAS".
(48)

ejemplo 2- " Por cuanto hace a la agravante -- . . . toda vez que el inculpado -- DELFINO SOLANO HERNANDEZ no reúne

la calidad de dependiente . . .
debiendo seguirse la causa por-
el delito de ROBO SIMPLE en re-
clasificación de ROBO AGRAVADO".
(49)

ejemplo 3-

" . . . De lo anterior afirma -
mos que la conducta desplegada -
por las inculpadas no se adecua
al delito de robo sino al deli-
to de FRAUDE GENERICO. . . por
ello en este momento el suscri-
to reclasifica el delito por el
cual fueron consignadas al de -
FRAUDE . . . ". (50)

Vease como en ninguna de los tres extractos de
resoluciones, emitidas por jueces diversos se alude a fundamen-
to constitucional alguno, ni mucho menos a leyes adjetivas co-
mo las ya mencionadas con antelación , quedando por demas cla-
ro y ajeno a debate alguno la falta de fundamento Constitucio-
nal que haga procedente la reclasificación del delito por parte
del Organó Jurisdiccional.

(49) Resolución expediente 84/90 . Juzgado Trigésimo Segundo -
Penal . México Distrito Federal, 20 de Abril de 1990.

(50) Resolución expediente 38/92 . Juzgado Sexagésimo Sexto -
Penal . México Distrito Federal, 10 de Abril de 1992.

3.4 CRITICA RESPECTO A LA LEGISLACION ADJETIVA(CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y LEY DE AMPARO) RESPECTO A LA RECLASIFICACION DEL DELITO

Decíamos en el inciso anterior que el artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales, autoriza al Juez para modificar o clasificar el delito que motivo el ejercicio de la acción penal por parte del Agente del Ministerio Público, lo que se encuentra en contraposición con el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que en ningún momento hace la misma fundamentación, por lo que el Juez del fuero común que reclasifique el delito que motivo el ejercicio de la acción penal, no va a encontrar fundamentación alguna más que en la Jurisprudencia, y esta va a estar enfocada conforme a las ideas del artículo 160 fracción XVI de la Ley de Amparo y el Código Federal de Procedimientos Penales.

La fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo, establece que para que pueda proceder esa idea sobre la definición en el sentido de que no se va a considerar un delito diverso, deben de estar presentes diversos elementos que hagan esa tipificación de un delito diverso.

Podemos citar al respecto los siguientes requisitos que el citado numeral menciona en su segundo párrafo, y estos son :

1.- Cuando el delito que se expresa en la Sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso;

2.- Cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que el - Agente del Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el - auto de formal prisión o de sujeción al proceso;

3.- En el caso anterior, que el acusado hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación durante el - juicio meramente tal.

La Ley de Amparo realmente va a imponer el de - sorden en todo lo que es el procedimiento penal, ya que no sola - mente faculta al Juez para clasificar o reclasificar el delito sino también presupone que el mismo Agente del Ministerio Pú - blico va a poder reclasificar el delito al formular conclusio - nes acusatorias, respecto de un delito distinto de aquél por - el que se decreto la formal prisión, lo que constituye una si - tuación más severa de la que el artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales presupone, y más crítica todavía de lo que la Jurisprudencia ha podido apoyar, pues va en contra - de lo establecido en la segunda parte del párrafo segundo del artículo 19 Constitucional que tacha de violatorio de garantías la Sentencia dictada por delito diverso a aquél por el cual se decreto la formal prisión.

Lo anterior en virtud de que éste cambio de -- clasificación deja en completo estado de indefensión al acusa - do, pues si bien es cierto que después de que se formulen con -

Conclusiones acusatorias por parte del Agente del Ministerio Público puede existir un derecho de defensa pues existe la llamada audiencia de vista, no menos cierto lo es que la misma en la práctica profesional sólo se realiza en escritorio como requisito de formalidad, lo que sin lugar a dudas también constituye un vicio ya arraigado y al cual sería también interesante poner atención igualmente mismo que sólo refiero por no ser la esencia del presente trabajo.

En tal forma es evidente que después de que el Agente del Ministerio Público reclasifique el delito en sus conclusiones acusatorias, ya no tendrá más tiempo de defensa el acusado, plasmandose dicha actuación en una violación flagrante de garantías porque se le deja en ese estado en el que no puede responder completamente a la acusación, ya que si éste se defendió por el delito de robo y el Ministerio Público acusa por fraude, obviamente que se trata de delitos diferentes en cuanto a su configuración pues no es lo mismo el elemento apoderamiento que el elemento engaño.

Consideramos que el desorden que provoca la infracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo y el artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales, van a atacar directamente a esa idea Constitucional de una separación de esferas y de que la Institución del Ministerio Público es un órgano técnico con capacidad jurídica suficiente, por lo que debe ser respetada su clasificación por el Juez.

Vamos a citar la siguiente Jurisprudencia que evidencia claramente esa sujeción del Juez natural a la acción penal.

AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBE CALIFICARSE EL DELITO QUE SE LE 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 revazando las exigencias a que se contrae el artículo 19 Constitucional, en virtud de que en dicho auto solamente puede puntualizarse el delito por el cual se le seguira el proceso y determinar si existen pruebas que hagan probable su responsabilidad en su comisión, pero de ningún modo se debe de precisar su grado de responsabilidad ya que 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. -- (Informe 1980. Tribunal Colegiado, Décimo Circuito Num. 5. Pág. 274).

(51)

Un elemento que hay que destacar es que la Jurisprudencia establece las exigencias que contrae el artículo 19

(51) OBREGON HEREDIA JORGE . Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Porrúa S.A. 4a Edición México 1987. Pág. 207.

Constitucional dice que solamente debe puntualizarse el delito por el cual se seguira el proceso, y, determinar si existen - pruebas suficientes que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y exista un hecho causal que ile alguna responsabilidad con el sujeto.

Realmente existen ciertas limitaciones en el - auto de formal prisión, que responden a la misma naturaleza, y esto es el hecho del prejuzgamiento que hace un Juez en el momento en el que reclasifica el delito, ya que evidentemente - cuando lo hace, simple y sencillamente está declarando que realmente existe un delito y de que éste debe ser tal o cual conforme a su propio criterio . Por lo que podriamos decir que en dicho caso el ejercicio de la acción penal, tambien estará supeditado a lo que el Juez determine en el auto de plazo constitucional.

Si éstas ideasquierer seguir vigentes, entonces proponemos que a la fracción XVI de la Ley de Amparo , se afine cuidadosamente, ya que esta facultando no sólo al Juez para que clasifique o reclasifique el delito en el auto de plazo -- constitucional, sino tambien al Agente del Ministerio Público-- para que este lo pueda hacer al formular sus conclusiones acusatorias, situaciones que evidentemente provocan el desorden en torno a la reclasificación del delito por el Poder Judicial.

3.5 CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA RECLASIFICACION DEL DELITO

Una de las consecuencias inmediatas, sin lugar a dudas, es que se destruye el principio de que el ejercicio de la acción penal es propia y exclusiva del Agente del Ministerio Público, ya que existen excepciones, como en el caso de la re - clasificación del delito en el cual se faculta al Juez para - clasificar o reclasificar el delito objeto de la consignación - convirtiéndose en un órgano persecutor de delitos, rompiendo - con la trilogía procesal que debe existir en el procedimiento - penal mexicano, idea sostenida como ya apreciamos por la Ley - de Amparo, Código Federal de Procedimientos Penales y la Juris - prudencia y que es apoyada por la gran mayoría de los estudio - sos del Derecho. Sin embargo existen doctrinarios que no la - comparten en su totalidad .

Así el maestro Benjamín Arturo Pineda Pérez, nos ofrece una crítica respecto a la reclasificación del delito - diciéndo : " Así también la Ley de Amparo en su artículo 160 - fracción XVI, en su párrafo último es inconstitucional, por -- que 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 expresa esas pretensiones jurídi - cas en las conclusiones del proceso penal de tal forma que au - toriza la variación del litigio , en contra de lo ordenado por el artículo 19 Constitucional que dispone que el debate penal fijado en el auto de formal prisión no puede ser variable" --

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dictado ejecutoria visible en Tomo 16. Pág. 1234, bajo el rubro : Amparo Penal Directo, sobrino, dativo, 9 de Abril de 1924 donde precisa que fija la litis del proceso penal en el auto de formal prisión, éste es inmutable, ya que no se puede variar ni la clasificación del delito ni los hechos delictuosos por lo que se juzga, para evitar dejar en indefensión al acusado.- Y dice : " ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL. El espíritu de este precepto, es no sólo de que la detención se justifique con un auto de formal prisión, sino que en ella se fije y precise el delito que haya de ser objeto de la averiguación, a fin de que el acusado, desde un principio sepa las responsabilidades que se le atribuyen y pueda rendir las probanzas conducentes, y alegar en su defensa, respecto a ese mismo delito; por lo que dicho auto deberá dictarse forzosamente, ya que es la base legal del procedimiento. Asimismo, ese precepto manda que durante la instrucción, no puede fallarse, sino absolviendo o condenando respecto al delito señalado en el auto de bien preso, y no por otro distinto ". Iguales criterios se sustentan en las ejecutorias visibles en : Tomo II, pág. 786, bajo el rubro : Amparo penal en revisión, Sánchez Marín, Francisco, 11 de Marzo de 1918, en el Tomo VII, pág. 1451, bajo el rubro Amparo Penal Directo, Baraboto Juan M., 7 de Diciembre de 1920; en el tomo LXI, pág. 4187, bajo el rubro: Amparo Penal en revisión - 4215/49, Espíndola, Fidel, 8 de Septiembre de 1939; en el tomo LXXIII, pág. 512, bajo el rubro : Amparo penal en revisión 524/42, Quiñones de la Luz y coags., 8 de Julio de 1942". (52)

(52) PINEDA PEREZ BENJAMIN ARTURO. El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica en el Distrito Federal. Editorial Porrúa S.A. México 1991
Pág. 191.

Otra de las consecuencias jurídicas trascendentales de la reclasificación del delito, lo constituye el hecho de que se deja en completo estado de indefensión a la persona que desde que se ejercita acción penal en contra de cualquier persona y se le toma la declaración preparatoria, en esta etapa preprocesal, o primera etapa de la instrucción, realmente se forma un pequeño procedimiento, dentro del cual el inculcado puede validamente ofrecer pruebas tendientes a desvirtuar el delito que se le imputa mismo del cual se vino defendiendo desde la averiguación previa e incluso en el ámbito federal, por disposición del artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, el término de las 72 horas se amplía al doble para ofrecer pruebas respecto del ejercicio de la acción penal en contra de un inculcado; mismos términos que de nada valdrían si en algún momento se ofrecen pruebas por el delito de robo y el Juez dicta en el auto de plaza constitucional formal prisión por el delito de fraude, creando una situación de incertidumbre total y una ausencia de defensa absoluta.

La tercera de las consecuencias jurídicas de la reclasificación del delito lo constituye sin lugar a dudas, la flagrante violación de garantías individuales al sujeto activo del delito por la invasión de esferas de jurisdicción que esto representa administradas al estado de indefensión que la misma genera, lo anterior aunque la Ley de Amparo, el Código Federal de Procedimientos Penales y la Jurisprudencia, no lo quieren contemplar así.

C A P I T U L O I V

PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA RECLASIFICACION DEL DELITO EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA DE LA RECLASIFICACION DEL DELITO
EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Ya hemos visto como la reclasificación del delito no es exclusiva del auto de plazo constitucional, pues la misma puede aparecer en la formulación de conclusiones por parte del Agente del Ministerio Público, en Sentencia de primera instancia y aún en la de segunda instancia, lo que evidentemente es alarmante por la violación de garantías que su procedencia entraña, ya que es de todos bien sabido, como en la práctica profesional se hace uso de la reclasificación del delito sin contar con fundamento constitucional alguno, por parte del Organó Jurisdiccional como ya quedo demostrado en el capítulo que precede, razón por la cual iniciaremos hablando de la reclasificación del delito, en la averiguación previa y hasta antes de dictarse el auto de formal prisión.

4.1 EN LA AVERIGUACION PREVIA Y HASTA ANTES
DE DICTARSE LA FORMAL PRISION

La Averiguación Previa se inicia con una denuncia, acusación o querrela, y el titular de ésta es el Agente del Ministerio Público por disposición del artículo 21 Constitucional. Ya en el capítulo tercero hablabamos del ejercicio de la acción penal que correspondia en forma exclusiva al Ministerio Público mismo que deberá practicar en dicha etapa, las diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado en su comisión.

Cuándo se llegan a integrar estos elementos es - cuando válidamente el Ministerio Público puede realizar su función ejercitando la acción penal, excitando así la función jurisdiccional en tribunales .

Resulta evidente que por lo que se refiere a la institución del Ministerio Público, existirá en principio un agente del Ministerio Público investigador , otro agente consignador que dictaminará si es procedente la consignación o no, -- otro agente del Ministerio Público que estara adscrito al juzgado en donde se reciba el ejercicio de la acción penal mismo -- que fue concretizado en el correspondiente pliego de consignación .

En éstos casos, todas estas personas que inter - vienen van a representar no a sus personas, sino a una institución pública representante de la sociedad llamada Ministerio Público.

Una vez que se ha ejercitado la acción penal, y ésta es entregada al Juez, surge entonces el momento en que si la misma es sin detenido el Juez puede dejar la causa bajo los efectos del artículo 4o del Código de Procedimientos Penales en vigor en el Distrito Federal, lo que ocurre constantemente en la práctica profesional . Sin embargo si consideráramos que es facultad del Juez el reclasificar el delito, entonces desde ese momento el Juez pudiese reclasificar el delito y girar sus órdenes de aprehensión por otro delito distinto del que el Agente de Ministerio Público consignó.

Debe destacarse el hecho de que ya desde la ave riguación previa, el inculpado se defiende por un delito especi fico, que le im puta el Ministerio Público en su calidad de re presentante social y no por hechos como erroné amente se ha con siderado, motivo por el cual como ya se dijo el Juez no puede va riar la denominación legal por la cual el Ministerio Público ejercitó acción penal.

Es evidente por lo que respecta al Derecho Civil, cuando ejercitamos una acción, el Juez jamás va a subsanar las deficiencias que presente la demanda, sino únicamente nos va a prevenir por virtud de un auto a efecto de que subsanemos dichas deficiencias, en tal forma dicha prevención, no es para afinar el ejercicio de la acción civil, sino más que nada para que se llenen los requisitos que la legislación exige para que el Juez pueda emplazar a una persona a juicio.

Sin embargo en el Derecho Procesal Penal, específicamente al reclasificar el delito, lo que hace el Juez no es prevenir al Ministerio Público, sino arreglarle sus deficiencias en la consignación, desvirtuando la trilogía procesal existente, lo que es violatorio de garantías, ya que el ejercicio de la acción penal, simple y sencillamente, significa una garantía incluso para los ciudadanos, para que aquél a quien le imputan una infracción, tiene que ser oído y vencido en juicio, siguiendo las reglas plenamente establecidas, significando esto garantías constitucionales evidentemente consagra

das. De tal forma que si el Agente del Ministerio Público no ejercita acción penal, el Juez por mucha reclasificación que quiera hacer no podrá sujetar al inculpado, procesado o acusado según sea el caso a un procedimiento, luego entonces es -- precedente necesario la actividad del Ministerio Público a -- través del pliego de consignación, pues es esta la única forma de poner el marcha la maquinaria judicial.

Vamos a citar la siguiente Jurisprudencia que nos aportará elementos para seguir nuestra crítica.

JURISPRUDENCIA

ACCION PENAL.- El artículo 21 Constitucional dispone que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, y estatuye como garantía individual a favor de los presuntos delinquentes, el que no pueda enderesarse ni seguirse en su contra procedimiento legal alguno, -- sino es a instancia del Ministerio Público, aboliendo el sistema que regía antes de la Constitución de 1817, y, en consecuencia, el artículo 521 fracción VI de la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra. El Ministerio Público -- ha sido considerado como parte actora en el ramo penal, al igual -- que el demandante en el ramo civil desterrando por completo la práctica de que los jueces aportaran a los autos elementos de prueba y al

mismo tiempo se encargaran de dictar el fallo, convirtiéndose así - en jueces y partes, reservándole - solamente el papel de jueces por - lo que el citado artículo 21 manda que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. (Tomo XXV . Pág. 1667, - Amparo Penal Directo, Suárez Alonso, 19 de Marzo de 1929, Unanimidad de 4 votos). (53)

En el capítulo tercero ya hablamos de la evolución del Ministerio Público y del establecimiento del artículo 21 Constitucional, por lo que podemos concluir que lo que está pasando, es que sin duda los jueces de corte porfirista quieren regresar, en el momento en que se reclasifica el delito, - pues obviamente que se invaden esferas de jurisdicción, se -- convierte en órgano acusador o tal vez en el amanuense del --- Agente del Ministerio Público que le vá a corregir todas sus deficiencias técnicas.

Así en el momento en que se pone a disposición del Juez al sujeto activo del delito, por virtud del ejercicio de la acción penal, se abre un pequeño procedimiento de iniciación o la primera etapa de la instrucción, en éste punto el acusado desde el momento en que se le toma su declaración preparatoria se defiende de un delito en específico llámese robo, homicidio, lesiones etc., e incluso ofrece sus pruebas tendientes a desvirtuar dicho ilícito, de ahí que el Juez debe desahogarlas .

(52) GUERRERO LARA EZEQUIEL Y GUADARRAMA LOPEZ ENRIQUE. La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Universidad Nacional Autónoma de México . -- Tomo I . México, 1985. Pág. 175.

Sin duda , en ésta etapa procedimental la reclasificación del delito, no puede hacerse más que por el Agente del Ministerio Público, sin que esto implique violación de garantía alguna , llamese de defensa, de seguridad jurídica etc. pues en dicho momento aún no se ha ejercitado la acción penal correspondiente, luego entonces la figura de la reclasificación en la etapa de la averiguación previa no produce consecuencia jurídica alguna en perjuicio del entonces inculpaado.

4.2 EN EL AUTO DE FORMAL PRISION

Consideramos que hemos fijado suficientemente los objetivos del auto de formal prisión, en principio sirve para justificar la detención, luego fija el delito por el cual se ha de seguir el proceso y establece por supuesto la situación jurídica del hasta antes del auto de formal prisión inculgado .

Es en este momento, cuando consideramos que -- existe una tajante violación constitucional, no sólo por el hecho de que consideramos que existe una invasión de esferas de jurisdicción entre la acción penal y la jurisdicción penal, -- sino porque simple y sencillamente los jueces no podrán en ningún momento llenar los requisitos que el principio de legalidad exige .

Estos requisitos están contenidos en la primera parte del artículo 16 Constitucional y se refieren a la fundamentación y motivación, de la cual el maestro Burgoa nos explica lo siguiente : " La fundamentación legal de la causa del -- procedimiento autoritario, de acuerdo con el espíritu del legislador, consiste en que los actos que originen la molestia -- de que habla el artículo 16 constitucional, deben basarse en -- una disposición normativa general, es decir, que esta prevea -- la situación concreta para la cual sea procedente a realizar -- el acto de autoridad que exista una ley que lo autorize. La -- fundamentación legal de todo acto autoritario que causa al gobernado una molestia en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 Constitucional, no es sino una consecuencia di-

recta del principio de legalidad que consiste en que la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permita.

La motivación de la causa legal del procedimiento implica que, existiendo una norma jurídica al caso o situación concreta respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a que alude la disposición fundatoria esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 constitucional, indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley " . (54)

Es totalmente improcedente que los jueces puedan clasificar o reclasificar el delito objeto de la consignación por parte del Ministerio Público, ya que no existe ninguna disposición constitucional que fundamente o mejor dicho que faculte al Juez para realizar el cambio de delito constituyendo con dicha conducta un acto eminentemente autoritario. Debo señalar que incluso en el capítulo Segundo transcribimos la Jurisprudencia en el sentido de que el Juez de Distrito se declaraba incompetente para conocer respecto a una reclasificación de delito en el auto de plazo constitucional, esto realmente es una falta demasiado grave, pues es inconcebible que el órgano encargado de vigilar el respeto a las garantías constitucionales evada resolver cuando una de ellas o varias han sido violadas, pues tienen lugar cada una de las circunstancias que hasta este momento hemos venido señalando como son :

(54) BURGOA IGNACIO . Las Garantías Individuales . Editorial Porrúa S.A. . 9a Edición . MEXICO 1975 . Págs. 602 y 604.

- 1.- Hay una invasión de esferas de jurisdicción.
- 2.- No se respeta que el ejercicio de la acción penal es propia y exclusiva del Agente del Ministerio Público.
- 3.- Rompe con la esencia jurídica de la trilogía procesal.
- 4.- Se viola el principio de legalidad al no haber fundamento constitucional alguno.
- 5.- Sustituye las deficiencias del Agente del Ministerio Público convirtiéndose en su supervisor o secretario.

En tal forma que el auto de formal prisión, debe incluso responder exclusivamente a los lineamientos invocados por el Agente del Ministerio Público, debe ser una respuesta a la excitación por medio del ejercicio de la acción penal y no que se convierta en Juez y en parte como sucedía antes de la Constitución de 1917.

Resultando en consecuencia, que es en el auto de formal prisión, la primera etapa procesal en la cual aparece la figura de la reclasificación y la cual puede ser únicamente invocada por el Juez, pues es a éste a quien por mandato constitucional le corresponde resolver la situación jurídica del -

entonces inculpada (artículo 19 Cosntitucional), mismo que -
fue puesto a su disposición por el Agente del Ministerio Públi-
co a través del pliego de consignación .

Sin embargo como ya advertimos el empleo de di-
cho término,entraña en si mismo violación de garantías por los
razonamientos ya expuestos en el desarrollo del presente tra-
bajo.

4.3 EN LA FORMULACION DE CONCLUSIONES

Una vez iniciado el proceso y desahogadas las pruebas el juez instructor dicta un auto por virtud del cual se declara cerrada la instrucción, culminándose así un período muy importante del procedimiento penal, para iniciarse propiamente con los actos preparatorios al juicio del juez y estos actos preparatorios que también forman parte del juicio del juez son las conclusiones tanto del Agente del Ministerio Público como de la defensa .

Las conclusiones realmente van a señalar los límites que en un momento dado la sentencia puede tener, incluso el juez en este momento no puede sustituir las deficiencias en la acusación como lo hace en el auto de plazo constitucional al reclasificar el delito, en tal forma que estas conclusiones cuando son acusatorias deben necesariamente ser congruentes con el delito señalado en el auto de formal prisión. Ya vimos que el maestro Benjamín Arturo Pineda Pérez demostraba la inconstitucionalidad de la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo, que permite la posibilidad de que el agente del Ministerio Público en conclusiones puede clasificar o reclasificar el delito, porque simple y sencillamente con ello se deja en completo estado de indefensión al acusado.

En consecuencia las conclusiones acusatorias del Agente del Ministerio Público, no solamente tienen que responder a ser congruentes con las constancias procesales, sino --

tambien con el auto de plazo constitucional, para que exista el orden que la segunda parte del párrafo segundo del artículo 19 Constitucional exige y que proporciona una seguridad jurídica al acusado para que éste conozca los lineamientos a través de los cuales va a ser juzgado.

De tal manera resulta totalmente improcedente el juicio, de que en conclusiones el Agente del Ministerio Público puede reclasificar el delito.

Vamos a citar dos jurisprudencias que nos han parecido interesantes y que van a significar el límite de la decisión judicial, estas dicen lo siguiente :

JURISPRUDENCIAS

Si condenan (las sentencias) por un delito distinto del que fue materia de acusación, privan de defensa a el procesado y luego violan las garantías que consagra la fracción IX del artículo 20 Constitucional, teniendo en tal caso que concederse el amparo para el efecto de que se pronuncien nuevas sentencias que se ajusten directamente a los terminos de la acusación del Ministerio Público. (V Epoca Tomo VI . Pág. 1451).

El Órgano jurisdiccional no puede sancionar atendiendo situaciones más graves que las consideradas por el Agente del Ministerio Público. (VI Epoca II Parte . Volumen II. Pág 13) • (55)

(55) Jurisprudencias visibles en: García Ramírez Sergio y - Adato de Ibarra Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. 2a Edición. México 1982 Pág. 440

Cuando vayamos a ver la sentencia, veremos como el lineamiento para que esta surja va a ser marcado estrechamente en las conclusiones acusatorias, y es mucho muy divisorio y además criticable, que la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo establezca una situación tan absurda como lo que hace, es realmente patético que una ley que se supone es rigorista y protectora de las garantías individuales en su propio articulado se violen dichas garantías.

En tal concepto que en las conclusiones el -- Agente del Ministerio Público, no puede reclasificar el delito por mandato constitucional.

4.4 EN LA SENTENCIA

Todo lo que es la función jurisdiccional, va a estar directamente enfocada a un acto muy especial que la legislación a llamado sentencia . En este momento, el juez bajo su sentido criterio y atento a las constancias procesales que obren en la causa, va a establecer un juicio crítico respecto del problema planteado.

Pero claro está que los límites de ese juicio, deberán estar íntimamente encuadrados en los pedimentos del Agente del Ministerio Público, de tal forma que si éste pidiera la aplicación de la pena por robo simple, la autoridad no puede ir más allá de dichas conclusiones, pues se convertiría en juez y parte .

Esta es una situación que se aprecia desde el auto de plazo constitucional, en el momento en que reclasifica el delito, se convierte en juez y parte acusadora, lo cual no es su función sino la de decidir el derecho que las partes proponen, pero no puede afinar ni sustituir sus deficiencias en la sentencia y mucho menos en otra etapa del procedimiento penal, claro está que tiene la posibilidad de solicitar pruebas, pero esto se hace en aras de conocer la verdad histórica de los hechos delictuosos (delitos) pero sin invadir la esfera de competencia del Agente del Ministerio Público ya que corresponde a éste clasificar el delito, debiendo existir una congruencia directa entre el delito que motivo el ejercicio de la acción penal con la sentencia.

Para poder tener en mente una idea general de estas circunstancias, vamos a transcribir la siguiente jurisprudencia :

SITUACION DE INDEFENCION DEL QUEJOSO POR SER IMPRECISOS LOS TERMINOS DE LA ACUSACION DEL MINISTERIO PUBLICO.- Cuando el Ministerio Público en su pliego de acusación señala que acusa por la figura delictiva prevista en artículo determinado y en la disposición legal invocada se consignan diversas hipótesis, no puede la responsable estudiar cual de todas ellas fue la que se comprobó, pues al hacerlo violarían el artículo 21 Constitucional, ya que la acusación debe formularse en términos precisos y de no hacerse en esa forma no puede dictarse sentencia condenatoria, pues el acusado se encontraría, en una situación de indefensión y el órgano jurisdiccional invadiría funciones que corresponden al órgano de acusación. (Primera Sala Informe 1962. - Pág. 67) . (56)

Considero de justicia referir, que por lo que hace a la reclasificación del delito en sentencia, esta se realiza esporádicamente ya que los jueces al dictar su fallo, lo hacen respetando los términos de la acusación planteada por el Ministerio Público, y en esta etapa procesal a diferencia del auto de plazo constitucional, ya no suple el juez las deficien

cias del Órgano acusador, como se aprecia de los siguientes extractos de resoluciones que en vía de ejemplos refiero:

" . . . Dentro del plazo constitucional a que se refiere el artículo 19 Constitucional este juzgado determino que el proceso en que se actua debio seguirse por el delito de DESPOJO. . . puntualizando que éste, de propia autoridad y furtivamente ocupo el inmueble ubicada en Calle Pino Suarez número 43 Barrio de Tulyehúalco Xochimilco. . . Como se puede apreciar con nitidez claridad el Ministerio Público hace referencia clara a que el acusado actuando de propia autoridad y utilizando como medio comisivo la violencia y la furtividad . . . lo que definitivamente implica una imprecisión en los terminos de la acusación ministerial . . . no puede el Órgano jurisdiccional cual de ellas fue la que se comprobo, ya que actuando de esa forma invadiria las funciones que en forma precisa escinde el artículo 21 Constitucional con violación de garantías . . . decretándole su inmediata y absoluta libertad " . (57)

Notese como el Juez , determina no rebasar la acusación ni mucho menos corregir las imprecisiones en que incurrió el Ministerio Público al formular conclusiones , decretando la libertad del acusado .

(57) Resolución expediente 19/91. Juzgado Trigésimo Segundo Penal . México Distrito Federal a 30 de Septiembre de 1991.

" . . . PRIMERO.- Se decreta la formal prisión de MARTIN HERNANDEZ MERCADO, como presunto responsable de la comisión del delito de ROBO DE USO . . . El Ministerio Público actualiza el ejercicio de la acción penal en sus conclusiones por el delito de ROBO CALIFICADO por lo que en tales condiciones al emitir una sentencia por un delito distinto del que fue materia de acusación se priva de defensa al procesado y se violan las garantías individuales establecidas en el artículo 14 párrafo segundo . . . 20-fracción IX y el 21 Constitucionales . . . y el procesado se defendió por el delito de ROBO por lo que al dictar sentencia por el delito de ROBO DE USO se dejaría al inculcado en estado de indefensión . . . por lo que es procedente decretar la libertad de MARTIN HERNANDEZ MERCADO por el delito de ROBO CALIFICADO" . (57)

Con lo anterior queda demostrado que es improcedente que el Ministerio Público pueda reclasificar el delito en conclusiones y que el juez puede dictar sentencia por esta ya que en el presente caso a estudio el Juez absolvió por considerar que si lo condenaba le violaría sus garantías individuales, lo que demuestra lo ya sostenido que no existe una uniformidad de criterios respecto a la reclasificación del delito ya que mientras unos jueces reclasifican otros no .

(57) Resolución expediente 139 /90 . Juzgado Trigésimo Tercero Penal . México Distrito Federal a 4 de Marzo de 1991

Sin embargo y pese a lo anterior es evidente que la Jurisprudencia adminiculada al criterio sin fundamento de que el Ministerio Público consigna hechos, pueden provocar un desorden en el sentido, de que se llegue a facultar al Juez para suplir aún deficiencias en la acusación, y en lugar de absolver como se ha venido haciendo por fallas técnicas en la acusación o por imprecisión de la misma se condene por el delito que determine el Juez .

Por lo que consideramos que es el momento de realizar un análisis exhaustivo, respecto a la polémica de la procedencia e improcedencia de la reclasificación del delito, especialmente en el auto de plázo constitucional por el Órgano jurisdiccional y establecer la conclusión a nivel de obligación, para que si se reclasifica todos los jueces lo hagan y sino que todos lo respeten.

4.5 EN SEGUNDA INSTANCIA

Cuando se interpone un recurso de apelación, el tribunal " Ad quem " tiene el objetivo exclusivo de revisar -- las actuaciones, de tal forma que por medio de la apelación se manifiesta la impugnación en no estar de acuerdo la sentencia dictada, y se expresan ciertos agravios que el apelante considera; de tal forma que el tribunal va a revisar el caso, para poder resolver, resolución que puede manifestarse en alguna de las siguientes formas; que confirme la sentencia apelada ; que revoque la sentencia apelada en su totalidad , o simple y sencillamente la modifica, pero esta modificación también tiene - sus límites

Vamos a citar las palabras de la Décima Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal - en las que hablan de las consideraciones de no poder reclasificar el delito en segunda instancia. " . . . y aún cuando se trata en el presente caso de los mismos hechos, ello no es bastante para sostener que no se le cause perjuicio a los inculpados Miguel Angel Lara Avila y Guillermo Pérez Vasconcelos , si partimos de la base que uno de los elementos fundamentales del delito de robo genérico es diferente al de robo de uso, pues - en aquel se requiere el ánimo de apropiación y en éste solamente el ánimo de usar , por lo que si los inculpados no tuvieron conocimiento desde el auto de formal prisión que se les iba a seguir el proceso por robo de uso, sino por robo genérico, es evidente que viola la garantía de defensa en perjuicio de los

inculpados , si tomamos en consideración que su defensa estuvo encaminada a desvirtuar los elementos que integran el delito de robo genérico, pero no los elementos del delito de robo de uso , independientemente de que se trate de los mismos hechos.

En tales condiciones, para no violar garantías a los acusados aplicandole exactamente la ley penal, es procedente declarar injustificados o inoperantes los agravios expresados por el Ministerio Público a este respecto, y no tener por acreditado el cuerpo del delito de robo, así como la responsabilidad de los acusados " . (58)

Así podemos desprender como en segunda instancia , resulta totalmente evidente, que el hecho de reclasificar un delito en cualquiera de las etapas del procedimiento penal, no va de acuerdo con la doctrina jurídica del procedimiento penal, ni mucho menos con nuestra Constitución .

(58) Resolución expediente 846/89 . Décima Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. -- México Distrito Federal a 1o de Junio de 1992 .

CONCLUSIONES

PRIMERO.- El procedimiento penal, por ser una sistematización de normas que la ley establece para investigar si una conducta es o no delito, esta formado por una serie de requisitos exigidos por la ley, que deben ser observados no sólo por las partes sino también por el juez mismo.

SEGUNDO.- En nuestro sistema mixto de procedimiento, es evidente que existe la división tajante de funciones, desde la contextura del artículo 21 constitucional en donde limita dos funciones específicas como son; el ejercicio de la acción penal y la acción jurisdiccional penal.

TERCERO.- Existe la práctica apoyada por la jurisprudencia, el artículo 160 fracción XVI de la Ley de Amparo, el artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales, de establecerse una reclasificación del delito, por parte del juez en el procedimiento penal; esto hace que este sistema mixto o esa idea de separación de funciones se mezcle invadiéndose esferas que no competen de un órgano a otro.

CUARTO.- El ejercicio de la acción penal, corresponde de manera exclusiva y propia al Agente del Ministerio Público; mientras que la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, esto quiere decir que la ley al hablar de exclusivo y propio, realmente lo significa, y más el derecho penal cuya aplicación es estrictamente gramatical.

tical, entonces, no comprendemos porque, esa exclusividad y propiedad en el ejercicio de la acción penal es invadida por el juez en el momento en que reclasifica el delito, especialmente en el auto de plazo constitucional.

QUINTO.- En el momento en que el juez en el auto de plazo constitucional o en cualquier otra etapa procesal en que resuelva reclasificar el delito, simple y sencillamente se estará convirtiendo en juez y parte, además de que esta pre juzgando el derecho así como los hechos que se están investigando, pues establece por cierto el delito que según su criterio debe ser, siendo que a éste no le corresponde perseguir el delito, sólo le corresponde el decir y decidir el derecho entre las partes, pero el derecho que las mismas partes lo propongan.

SEXTO.- Es indiscutible que el artículo 21 Constitucional se ve totalmente afectado por la práctica viciosa de la reclasificación del delito, pues ya demostramos en la segunda parte de nuestro estudio, que la fracción XVI del artículo 160 de la ley de amparo es sin duda anticonstitucional, y que el artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales, no responde directamente a la idea plasmada en el párrafo segundo parte segunda del artículo 19 constitucional.

SEPTIMO .- Es indispensable que se establezca alguna comisión o algún congreso para el efecto de dilucidar -

el problema porque a futuro va a provocar un desorden ,ya que según la jurisprudencia y parte de la ley, han establecido que el Agente del Ministerio Público en conclusiones acusatorias - va a poder reclasificar el delito y el juez tambien lo va a poder hacer siempre y cuando se trate de los mismos hechos .

OCTAVO .- Hemos transcrito en el cuerpo de nuestra tesis, ideas de la Décima Primera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en la que se mencionan los hechos respecto de un robo simple y un robo de uso, y que siendo los mismos hechos, no es posible reclasificar el delito, pues realmente se le deja en estado de indefensión al acusado,ya que el tercer párrafo del artículo 14 constitucional habla de una aplicación exacta de la norma penal, lo que hace que tal o cual sujeto activo debe de defenderse por tal o cual delito previsto en el código penal y entre uno y otro puede haber diferencias.

NOVENO .- Ahora bien tambien se rompe con la esencia de la trilogía procesal , entre una parte que acusa o demanda, otra que se defiende y contesta la demanda y otra que resuelve el derecho impuesto por las partes ,ya que ese efecto de reclasificar el delito, va a darle al Ministerio Público una situación de privilegio, pues aún cuando ejercite incorrectamente el ejercicio de la acción penal, no habra problema pues el juez siempre se lo va a corregir, luego entonces el inculpado se va a defender de dos organos acusadores .

DECIMO .- Es necesario reformar la segunda parte del párrafo segundo del artículo 19 constitucional, ya sea permitiéndole la reclasificación exclusivamente en el auto de plazo constitucional al juez o no permitirle ninguna reclasificación que sería lo ideal, ya que la reclasificación del delito constituye una verdadera excepción al principio de exclusividad y propiedad en el ejercicio de la acción penal por parte del Agente del Ministerio Público.

DECIMOPRIMERO.- Considero que en base al artículo 21 Constitucional, se debe conservar esa idea de autonomía y propongo que la reforma que pudiera hacerse a la segunda parte del párrafo segundo del artículo 19 Constitucional, que es donde se finca gran parte de la problemática a estudio, lo sea en el sentido de agregarle a efecto de que señale expresamente de que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos así como las modalidades señaladas en el pliego de consignación, con el cual sin lugar a dudas se concretiza el ejercicio de la acción penal cuya incumbencia es sólo del Ministerio Público, ya que es este el único que puede imputar por mandato constitucional.

DECIMOSEGUNDO.- En caso de desestimar lo anterior y atento al hecho de que el presente trabajo no pretende imponer criterio alguno, solicitaría que el Ministerio Público al ejercer acción penal en el correspondiente pliego de consig-

nación , sea en consignaciones con detenido o sin detenido no-precise el delito por el cual ejercita acción penal ni mucho - menos los funde ni motive , dejando consecuentemente al Órgano jurisdiccional la facultad de ponerle el nomen iuris a los ahora si llamados " hechos " que motivarían el ejercicio de la acción penal , permitiéndole dicha actuación , única y exclusivamente por cuanto hace al auto de plazo constitucional.

- 1.- Arilla Baz Fernando. El Procedimiento Penal en México. - Editorial Kratos . 3a Edición . México 1991.
- 2.- Bettiol Guisepe . Derecho Penal Parte General. Editio - rial Temis. Bogota 1965 .
- 3.- Burgoa Ignacio . Las Garantías Individuales . Editorial- Porrúa S.A. 9a Edición . México 1975.
- 4.- Cuello Calón Eugenio . Derecho Penal . Editora Nacional- 9a Edición , México 1975.
- 5.- Cue Canovas Agustín . História Social y Económica de - México. Editorial Trillás. 2a Reimpresión . México 1967.
- 6.- Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de- Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. 15a Edición . Méxi- co 1981.
- 7.- Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimien- tos Penales . Editorial Porrúa S.A. 3a Edición . México - 1974.
- 8.- Castellanos Tena Fernando .Lineamientos Elementales de - Derecho Penal . Editorial Porrúa .Duodécima edición. -- México 1978.
- 9.- Floris Margadant Guillermo. Panorama de la Historia Uni- versal del Derecho. Editorial Porrúa S.A. 3a Edición . - México 1978.
- 10.- Franco Sodi Carlos . El Procedimiento Penal Mexicano. -- Editorial Porrúa S.A. México 1976.
- 11.- Fraga Gabino . Derecho Administrativo. Editorial Porrúa - S.A. 28a Edición . México 1989.
- 12.- Gonzalez Blanco Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano Editorial Porrúa S.A. 1a Edición . México 1975.

- 13.- Gonzalez Pimentel Genaro David y Acosta Romero Miguel .- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos .- Editorial Porrúa S.A. 3a Edición . México 1987.
- 14.- Guerrero Lara Ezequiel y Guadarrama López Enrique. La interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia . Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo I - México 1985.
- 15.- García Ramírez Sergio y Adato de Ibarra Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano .Editorial Porrúa S.A. 2a Edición . México 1982.
- 16.- Jiménez de Asua Luis . La Ley y el Delito . Editorial Sudamericana. 13a Edición . Buenos Aires Argentina 1984.
- 17.- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. 3a Edición . Tomo I . México 1980.
- 18.- Mezger Edmund . Derecho Penal. Editorial Cardenas. Parte General. México 1985.
- 19.- Nodarse José . Elementos de Sociología . Editorial Selector , 31 a Reimpresión . México 1989.
- 20.- Orozco Santana Carlos . Manual de Derecho Procesal Penal Editorial Limusa. 2a Edición . México 1983.
- 21.- Osorio y Nieto Cesar Augusto . Síntesis del Derecho Penal Editorial Trillas. México 1984.
- 22.- Pérez Palma Rafael. Guía del Derecho Procesal Penal. Editorial Cardenas. 1a Edición . México 1975.
- 23.- Pavon Vasconcelos Francisco . Comentarios de Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. 6a Edición . México 1989.

- 24.- Pineda Pérez Benjamín Arturo. El Ministerio Público como -
Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica -
en el Distrito Federal. Editorial Porrúa S.A. México 1991.
- 25.- Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial -
Porrúa S.A. 19a Edición. México 1990.
- 26.- Rodríguez Rodríguez Jesús. Constitución Política de los -
Estados Unidos Mexicanos Comentada. Universidad Nacional -
Autónoma de México .
- 27.- Tena Ramírez Felipe . Leyes Fundamentales de México .Edu-
cational Porrúa S.A. 15ª Edición . México 1989.

LEGISLACIONES

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos - Comentada. Varios Autores .Universidad Nacional Autónoma de México. 1985.
- 2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Instituto Federal Electoral. México 1993.
- 3.- Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa-S.A. 5ª Edición . México 1993.
- 4.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.- Editorial Andrade. 7ª Edición . México 1990.
- 5.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Porrúa S.A. 4ª Edición . México 1987.
- 6.- Penal Práctica . Editorial Andrade. 3ª Edición. México - 1990.
- 7.- Legislación Penal Procesal. Editorial Sista . México 1993.
- 8.- Nueva Legislación de Amparo Reformada . Editorial Porrúa S.A . 52ª Edición. México 1990.
- 9.- Jurisprudencia 1990. Ediciones Mayo. Libro Segundo. México 1991.

O T R A S F U E N T E S

- 1.- Escriche Joaquín . Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia . Editorial Porrúa S.A. Tomo I. México-1970.
- 2.- Osorio Nieto Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales . Editorial Heliasta, Buenos Aires - 1978.
- 3.- La Procuración de Justicia , Nueva Filosofía para el Ministerio Público . Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México 1980.
- 4.- Resoluciones emitidas en los expedientes 84/90, 19/91 y 236/91 del Juzgado Trigésimo Segundo Penal en el Distrito Federal.
- 5.- Resolución emitida en el expediente 139/90 del juzgado - Trigésimo Tercero Penal en el Distrito Federal.
- 6.- Resolución emitida en el expediente 38/92 del juzgado - Sexagésimo Sexto Penal en el Distrito Federal.
- 7.- Resolución emitida por la Décimaprimer Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el expediente 846/89.