

314
Rej

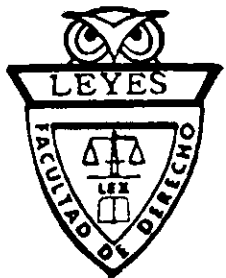


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL DELITO Y LA RECLASIFICACION EN LA ORDEN DE APREHENSION O COMPARECENCIA

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



MEXICO, D. F.

1999

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

0277853



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Creer en lo que hacemos
lo aprendemos al paso del
tiempo, gracias tiempo por
enseñarme que existes.

Deseo dedicar esta tesis:

Al legado de valentía que me heredó mi Padre.

Por tu infinito amor y dedicación, a ti
Señora, con todo mi amor y admiración, mil
gracias Madre.

A Ustedes, mis tesoros, gracias Paty y Lucy.

Para una verdadera esperanza de amor
y comprensión, gracias Alejandra.

Gracias: Roberto, Mario, Paty, Nabil y Frida,
por compartir su vida al lado de mi familia.

A Ustedes Señores licenciados, por ser un
magnifico ejemplo a seguir para un servidor:

Lic. Pablo José Medina Díaz; y

Lic. Guillermo Martínez Cortés.

Amigos: El caminar a su lado es un verdadero
privilegio.

Andrés, Alfredo, Daniel, Elsie, Erick, Fanny,
Fernando, Horacio, Isaac, Luis, Magalí, Mario, Manuel, Oscar,
Paty, Pablo, Pedro, Porfirio, Rafael, Rebeca, Rubén,
Salvador, Sara, Sergio y Verónica.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

A LA FACULTAD DE DERECHO.

AL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL.

AL LICENCIADO HECTOR MOLINA GONZÁLEZ.

A MI APRECIABLE MAESTRO, POR SU GRAN SAPIENCIA
Y HONESTIDAD, LICENCIADO FRANCISO JAVIER
MORALES RÍOS.

Con la confianza de no defraudarles.

I N T R O D U C C I Ó N

El punto vector del presente estudio, lo constituye la figura jurídica de la reclasificación del delito dentro de la orden de aprehensión o comparecencia. En principio, intentamos acotarla dentro de nuestros ordenamientos legales, como lo son nuestra Ley Suprema y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En el primero de ellos, discernimos la *ratio legis* que nos ofrece su artículo 19 y, en el segundo, descubrimos la sinonimia que existe entre dicho precepto y los propios de la referida ley secundaria. Con posterioridad, consultamos diversos autores que, de una manera u otra forma, implícitamente nos permiten conocer su postura acerca de la reclasificación de los hechos delictivos efectuada por el órgano jurisdiccional. Por último, realizamos un análisis de las diversas tesis y jurisprudencias que guardan relación directa con el tema indicado, resultándonos por demás sorprendente las distintas contradicciones que, a nuestro modesto entender, guardan los criterios vertidos al respecto.

A efecto de establecer la naturaleza de la reclasificación del delito, la persona facultada para realizarla, y el momento idóneo para ello,

realizamos un somero estudio de las normas instrumentales que informan el procedimiento penal para el Distrito Federal.

Una vez logrado nuestro objetivo, estableceremos las bases que sustentan la posibilidad material y legal con la que cuenta el juez penal para realizar una nueva clasificación de los hechos delictivos dentro de la orden de aprehensión o comparecencia, realizando un estudio razonado de los diversos preceptos legales contenidos en nuestra ley adjetiva penal aplicable y Ley de Amparo, sin olvidar los propios de nuestra Carta Magna.

Por último, vistos los diversos criterios aducidos en las distintas tesis y jurisprudencias transcritas en el presente trabajo, a contrario sensu, insistimos en la facultad que tiene el órgano jurisdiccional para reclasificar, según sea el caso y quizá de manera temporal, los hechos delictivos dentro de la orden de aprehensión o comparecencia.

I N D I C E

EL DELITO Y LA RECLASIFICACIÓN EN LA ORDEN DE APREHENSIÓN O COMPARECENCIA.

CAPÍTULO I.- MARCO JURÍDICO.

1.1. La reclasificación del delito en la Constitución
Política de los Estados Unidos Mexicanos 1

1.2. La reclasificación del delito en el Código de
Procedimientos Penales para el Distrito Federal..... 38

CAPÍTULO II.- CONCEPTO DE: ORDEN DE APREHENSIÓN; ORDEN DE COMPARECENCIA; Y RECLASIFICACIÓN DEL DELITO.

II.1. La orden de aprehensión y la orden de comparecencia.

a) Su definición..... 50

b) Sus presupuestos jurídicos..... 58

c) Su contenido formal y substancial..... 111

d) Sus principales fines jurídicos..... 115

II.2 La reclasificación del delito.

a) Su definición..... 124

b) Marco doctrinal..... 127

c) Quién puede hacer la reclasificación del delito ..	131
d) Cuándo puede hacer esta reclasificación del delito	135
e) Efectos jurídicos de la reclasificación del delito	139
CAPÍTULO TERCERO.- MARCO JURISPRUDENCIAL.....	142
CONCLUSIONES	177
BIBLIOGRAFÍA	180

CAPITULO PRIMERO

MARCO JURIDICO

1.1. LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Al señalar lo que debemos entender por marco jurídico, estableceremos cuales son las reglas y normas jurídicas reguladoras del caso concreto que nos ocupe, es decir, los cotos o delimitaciones, dentro de los que se encuentra postulado, mediante reglas o preceptos legales nuestro objeto de estudio.

Por lo que respecta a la reclasificación del delito en la orden de aprehensión o comparecencia, epigrafe principal de nuestro trabajo, en específico, lo relativo al Marco jurídico que la regula, señalaremos cuales son las normas o reglas jurídicas que conforman el derecho objetivo que la fundamenta.

Desde este momento, hacemos la distinción, de lo que debemos entender, por normas y reglas jurídicas, atento a que son dos conceptos jurídicos

utilizados en la jerga jurídica como sinónimos; para tal cometido, nos remitiremos a lo expuesto por Don Miguel Villoro Toranzo, quien en su libro intitulado Introducción al Estudio del Derecho realiza una acertada distinción entre dichos conceptos, señalándonos que "...Al hablar de normas jurídicas estamos en el entendido que las mismas son creadas por el órgano legislativo con el fin de ordenar, permitir o facultar una determinada conducta, es decir, que dichas normas son siempre prescriptivas de derechos y obligaciones, oponiéndose a todas luces al concepto que debemos entender por reglas jurídicas, ya que éstas a pesar de ser creadas por el mismo órgano legislativo, cumplen siempre con una tarea descriptiva y nunca prescriptiva, su fin es de enseñanza y el de las primeras de obediencia..."¹

Expuesto lo anterior, y una vez entendido que el objeto del presente capítulo lo es el de establecer el marco jurídico regulador de la reclasificación de delito dentro de nuestra Carta Magna, partiremos sobre bases o conocimientos generales hasta llegar a particularizar en la especie.

¹ VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México 1984, primera edición, p. 314.

Comenzaremos nuestro estudio y análisis intentando mostrar, grosso modo, la suprema importancia que reviste nuestra Ley Fundamental para ser considerada como primer punto de referencia de nuestro objeto de estudio. Para tal efecto, empezaremos por entender la teleología de estructuración de las leyes, en virtud de que dentro de cada sistema jurídico existen normas y reglas jurídicas que actúan en planos de igualdad y otras que son simplemente de rango superior o inferior, según sea el caso, por lo que es menester señalar que dentro de las primeras, se establecen relaciones de coordinación y, en las segundas, un nexo de supra a subordinación, por ende, es lógico que existan normas y leyes de clase inferior o superior respecto de otras.

Existe, desde luego, una forma de escalonarlas o clasificarlas, atendiendo al tipo de rango o nivel al que pertenezcan, deduciéndose por consiguiente, que las leyes subordinadas deben su existencia y validez a aquéllas que ocupan un nivel superior; empero, también debemos considerar que dentro de éste escalonamiento o cadena de jerarquización de leyes, existe un límite superior y otro inferior; de tal suerte que el primer nivel siempre será ocupado por la Norma Fundamental, de ahí su importancia; el

segundo y ulteriores por normas ordinarias, reglamentarias, individualizadas, sin dejar de lado los actos de aplicación concreta de las normas y leyes.

A mayor abundamiento sobre el particular, debemos considerar la singular forma mediante la cual el afamado jurista Hans Kelsen nos habla acerca de la jerarquización de las normas, por lo que tenemos que remitirnos a su ingeniosa creación denominada por obvias razones "Pirámide de Kelsen", la cual establece lo siguiente:

a).- Dentro de todo sistema jurídico debe existir una ley fundamental o ley primaria que se encuentra en la cúspide de la supuesta pirámide; de la cual hablaremos ampliamente con posterioridad.

b).- Los siguientes peldaños serán ocupados, atendiendo al criterio de jerarquía e importancia, por las llamadas normas ordinarias, que son ordenamientos legales creados por un órgano legislativo para regular situaciones más particulares por dirigirse a núcleos de gobernantes y gobernados con una determinada calidad, verbigracia: trabajadores, comerciantes, servidores públicos, militares etc., de manera tal que, resultan ser más

específicas que la propia Ley Suprema que les otorga origen y validez.

c).- Con posterioridad y un escalón más abajo nos encontramos con las llamadas leyes reglamentarias, las cuales se componen de los llamados reglamentos, decretos, órdenes, acuerdos y circulares, mismos a los que acertadamente el maestro Miguel Villoro Toranzo se refiere ofreciéndonos una definición:

"Reglamentos, son ordenamientos jurídicos dados por la autoridad con el fin de facilitar el cumplimiento de una Ley, divide una disposición general en otras varias menos generales para facilitar su aplicación...

Decretos, ordenes y acuerdos, son normas sobre materia particular y de aplicación restringida en el ámbito personal emitidas por el Presidente de la República...

Circulares, son las disposiciones dictadas por los Secretarios de Estado, jefes de departamento u otras dependencias oficiales, y que tienen por mira aclarar y facilitar a los empleados oficiales determinados aspectos de la Ley para que estos la apliquen con mayor equidad..."²

d).- Por último nos encontramos en la parte final de nuestra pirámide imaginaria,

² *Ibidem*, pp. 306 y 307.

a las normas individualizadas, que no son más que una simple y peculiar individualización de los preceptos generales a los casos concretos en particular, es decir, las diversas situaciones jurídicas abstractas y generales que pasan a ser situaciones particulares y concretas, constituyéndose en el proceso mediante el cual llegamos a la verdadera individualización de las normas, resultado de la aplicación de las normas generales y abstractas a los actos jurídicos en particular.

Ahora bien, dada la anterior explicación, podemos establecer la importancia que supone el estudio de nuestra Ley Suprema, ordenamiento jurídico primario de regulación de todo sistema jurídico, la cual ocupa, como hemos mencionado, la cúspide de nuestra pirámide en comento. Consideramos oportuno el realizar un breve estudio de nuestra Ley Primaria para estar en aptitud de entender el porqué de la búsqueda de nuestro trabajo en ella.

La Constitución es un ordenamiento jurídico en el que se encuentran postulados como parte integral del mismo, los principios básicos de estructuración política, económica, jurídica y social de cada Estado.

Algunos autores como el maestro Felipe Tena Ramírez nos hablan respecto de la Constitución, no sin antes advertirnos acerca de un presupuesto de la misma, con el que inicia su explicación; constituyéndose así la soberanía en dicho presupuesto y, al respecto establece que "la soberanía es la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder,...ninguna potestad superior a la suya en el exterior, ninguna potestad igual a la suya en el interior"³, dado lo anterior debemos ser contestes y afirmar que el Estado debe gozar en todo momento de la facultad de autolimitarse y autodeterminarse y la constitución el ordenamiento normativo donde se plasma tal situación, por ende, la soberanía al ser ejercitada por sus depositarios reside en dicho ordenamiento primario, de tal suerte que la misma no queda en poder de los órganos o individuos que gobiernan, sino en el propio ordenamiento jurídico fundamental.

Por su parte y apoyando lo expuesto, el maestro Hans Kelsen refiere que "solo un orden normativo puede ser soberano, es decir, autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo está

³ TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano, décimo octava edición, Porrúa, México 1981, p. 7

autorizado a expedir con el carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obedecer. El poder físico, que es un fenómeno natural, nunca puede ser soberano en el sentido propio del término"⁴.

También, debemos advertir que existe un órgano autor de la Constitución, distinto y por encima de la voluntad de los otros órganos, llamado poder constituyente, el cual precede a los poderes constituidos, teniendo como principal función el de elaborar y expedir la Constitución, desapareciendo con posterioridad del escenario jurídico del Estado.

En tal orden de ideas, al quedar establecido que con la creación de la Constitución se impone a todos los gobernantes y gobernados la obligación de respetar los principios establecidos en el ordenamiento jurídico supremo, el cual fue creado como expresión misma de soberanía y en el que se encuentran postuladas las bases de organización política, económica, jurídica y social de un Estado, los cuales deben ser obedecidas por cualquier autoridad o particular, pasamos brevemente a establecer

⁴ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, citado por TENA RAMÍREZ, Felipe, op. cit. p. 24

diversos sinónimos del término Constitución para no confundirnos y relacionarlos entre sí.

La Constitución goza de diversas connotaciones, tales como: Ley Suprema, Ley de Leyes, Ley Primaria, Carta Magna, Norma Fundamental, Ordenamiento Primario etc., todas ellas encaminadas a reconocer en su propio nombre la importancia de la Constitución como el ordenamiento supremo de todo sistema jurídico, político, económico y social de un Estado..

Es menester destacar que, dadas las diversas definiciones tendientes a establecer el significado de nuestra Norma Fundamental, es necesario recurrir a sus principales vertientes y expositores para mayor comprensión de nuestro estudio:

En un sentido racional normativo, a la Constitución se le conceptualiza como "un complejo normativo en el que el pueblo de una sola vez y de manera total, exhaustiva y sistemáticamente establece los derechos del hombre, las funciones fundamentales del Estado, las autoridades que lo integran, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos y con los

particulares..."⁵, es decir, tal definición es descriptiva de las características propias de la Ley Suprema atendiendo al carácter objetivo de sus normas integradoras.

Desde la óptica historicista, tenemos que considerar que el presente no puede explicarse sino en razón del pasado, por ende, del ser de antes se deduce el ser de ahora y del futuro, así " la Constitución no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales, reflejos de situaciones concretas, que responden al carácter racional de cada pueblo. De este modo la ley no crea la Constitución, es expresión de ella; pero no la única, ni siquiera la principal, pues junto a ella actúa la costumbre, e inclusive, una serie de convenciones que adaptan la antigua estructura a nuevas situaciones..."⁶ de tal suerte, nos enfrentamos a una definición que advierte las circunstancias que cada pueblo vive, las cuales marcan el derrotero de su sistema jurídico, atendiendo a su propia identidad.

Desde un punto de vista

⁵ BERNAL POLO, Efraín. Manual de Derecho Constitucional, Porrúa, México 1985, p. 3

⁶ *Ibidem*, p. 4

sociológico, a la Constitución se le define como "la manera de existir de una sociedad, de un pueblo o de una nación. Así, el problema constitucional radica en un equilibrio entre el ser y el deber ser..."⁷, denotándose que dicha definición se concreta a establecer el hecho de que la Ley Suprema es reflejo de lo que un Estado es y lo que debe ser.

Por su parte diversos autores como Federico Lasalle mencionaban que la constitución " es el fundamento del orden jurídico de un país y para ser tal requiere que refleje todos los factores reales de poder. Ninguna Constitución es efectiva o duradera sino expresa la realidad social..."⁸

Hauriou, señalaba que la Constitución de un Estado "es el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, consideradas desde un punto de vista de la existencia fundamental de ésta. Estas reglas comprenden las relativas a la organización esencial, es decir, el orden individualista y

⁷ *Ibidem*, p. 5

⁸ LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?, citado por BERNAL POLO, Efraim. op. cit. p. 5.

a las libertades individuales; y las relativas a la organización política y al funcionamiento del gobierno."⁹

El maestro Carl Friedrich sostenía que "la Constitución deberá entenderse como el proceso por el cual se limita la acción política y, al mismo tiempo, se le da forma. La Constitución tiene una función definida en el cuerpo político, la garantía de los derechos básicos y la separación de poderes"¹⁰.

Por su parte el maestro García Pelayo nos menciona que " la Constitución es expresión de un orden normativo, que, a la vez, es creadora de ese orden, en ella se despersonaliza la soberanía y se afirma la Constitución como suprema, puesto que todos los poderes de mando emanan de ella. Es la norma de normas, de manera que toda norma jurídica sólo es válida en cuanto derive de la Constitución, lo que viene a significar la eliminación del poder arbitrario, así como la negación de la autoridad que va más allá de lo establecido por ella."¹¹

9 HAURIUO, André. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, citado por BERNAL POLO, Efraín. op. Cit. p.9.

10 FRIEDRICH, Carl. Teoría y Realidad de la Organización Constitucional Democrática, citado por BERNAL POLO, Efraín. op. Cit p.8.

11 MORENO, Daniel. Derecho Constitucional Mexicano, sexta edición, Porrúa, México 1990, p. 10.

El maestro Ricardo Soto Pérez dice que " la Constitución es la norma jurídica fundamental; es el documento que contiene las decisiones políticas fundamentales que se refieren: a la forma de gobierno, a los poderes del Estado, los órganos del mismo, la competencia de dichos órganos, los procedimientos para integrarlos, los derechos fundamentales del individuo etc."¹²

Por su parte el maestro Daniel Moreno nos indica que " la Constitución es un conjunto de normas que tienen por objeto la organización del Estado y el funcionamiento de sus poderes."¹³

Podemos seguir exponiendo diversas vertientes, así como los principales jurispruditos del tema Constitución, pero no tendría ningún sentido, ya que fuera de tecnicismos jurídicos, debemos tener presente el verdadero significado que nuestra Ley Suprema reviste, el cual según nuestro modesto entender; lejos de calificarla como un simple y frío ordenamiento jurídico, la vemos como el

12. SOTO PÉREZ, Ricardo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano, décimo novena edición, Esfinge, México 1991, p.43

13. MORENO, Daniel. Op. Cit. p. 3

reflejo de la lucha constante de un pueblo por alcanzar su libertad, por tener fincada una esperanza real en nuestra ciencia jurídica, por plasmar en su cuerpo una forma de vida para sí y para futuras generaciones, por anhelar, en aras del bien común, el querer ser de nuestro pueblo.

Ahora bien, la Constitución Política en nuestro país ha sufrido a lo largo de su historia diversas transformaciones de carácter radical, por lo que es conveniente referirnos someramente a éstos cambios para poder intelegir el actual ser de la misma.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos actual, fue promulgada el cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, entrando en vigor el primero de mayo del propio año, durante los más de ochenta años que lleva de vigencia ha sido revisada en varias ocasiones para reformarla o adicionarla, más sin embargo, empezaremos por narrar sus extraordinarios antecedentes:

Tras la conquista lograda por la Corona española sobre la Gran Tenochtitlan, todas las formas de organización prehispánica, tanto social como económica y política comenzaron a sufrir cambios importantes

e incluso a desaparecer, inevitablemente dicha conquista no fue tan solo militar, sino que también se hizo acompañar de una conquista espiritual con los medios de la religión cristiana, convirtiéndose tal situación en el soporte ideológico de las nuevas instituciones políticas.

Antes de cristalizarse la época colonial los militares eran quienes ejercían y ostentaban las funciones gubernativas, al jefe de la expedición se le dio el nombre de adelantado, el cual fue investido con el carácter de gobernador, de tal suerte que éste realizaba funciones militares, administrativas y aun jurisdiccionales, mismas que iría perdiendo en la medida en que operaba la nueva organización de las colonias.

Consolidada la conquista, ya en pleno periodo Colonial se inicia formalmente la organización, tanto política como administrativa de la misma, quedando a la cabeza de ésta el Rey de España; seguido en orden de importancia por: el Real Consejo de Indias, las Reales Audiencias, el Virrey, los Gobernadores, los Alcaldes Mayores, los Corregidores y los Ayuntamientos.

Los antecedentes más cercanos de nuestra Constitución, ya en el México que aspiraba a ser independiente de la Corona Española, los encontramos con el cura Don José María Morelos y Pavón, quien elaboró en Chilpancingo dentro del Primer Congreso Mexicano, un documento al cual intituló " Los Sentimientos de la Nación" mismo que fue expuesto el catorce de septiembre de mil ochocientos trece, siendo veintitrés puntos que contenían aquella ideología que se consideraba indispensable para alcanzar la libertad de nuestro pueblo, comprendiendo aspectos de renovación social política y económica, además de dejar establecido el concepto de soberanía, gracias al postulado que versaba "América es libre e independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía..."¹⁴

Durante varios meses Don José María Morelos y Pavón junto con el Congreso preparó la Constitución que fue sancionada en Apatzingán el veintidós de octubre de mil ochocientos catorce con el título "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Latina". Dicha carta de Apatzingán careció de eficiencia práctica, aunque un gran avance lo constituyó la designación de los tres titulares de los tres poderes que instituía, además de que en

¹⁴ CALZADA PADRÓN, Feliciano. Derecho Constitucional, Harla, México 1992, p. 58.

sus principios vectores contemplaba el que la soberanía correspondía a la nación Mexicana la cual se encontraba usurpada, pero que debía quebrantar la dependencia sufrida para con la corona Española, entonces, la propia nación ejercitaría los atributos de la soberanía como el de hacer leyes constitucionales, declarar la guerra y mantener relaciones diplomáticas.

Los primeros cuarenta y un artículos de la Carta de Apatzingan establecían "que la religión era la católica; la soberanía residía en el pueblo; el ejercicio de ésta correspondía al Congreso; la Ley es la expresión de la voluntad general y la felicidad de los ciudadanos consiste en la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad..."¹⁵

Posteriormente, fueron celebrados los tratados de Córdoba, en los que se acordó por O'Donojú (último virrey) y Agustín de Iturbide, en representación de los insurgentes, la añorada independencia de la Nueva España y, tras pactar que el gobierno de la misma recaería en la Junta de Notables, situación que nunca aconteció, el veintiuno de julio de mil ochocientos

¹⁵ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

veintidós, el propio Agustín de Iturbide fue declarado emperador del Imperio Mexicano, además, se crearon dos partidos políticos, el conservador integrado por el clero y la nobleza y el liberal conformado por viejos insurgentes y criollos intelectuales.

Tras el despotismo mostrado por el emperador Agustín de Iturbide; Antonio López de Santa Anna se subleva en Veracruz hacia mil ochocientos veintitrés, uniéndosele a tal causa antiguos insurgentes como Guadalupe Victoria, Nicolas Bravo y Vicente Guerrero, quienes compartían la idea de instaurar un gobierno republicano.

En cumplimiento al plan de casamata, que culminó con la monarquía establecida hasta entonces, el primero de abril de mil ochocientos veinticuatro se dio a conocer al pueblo mexicano la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, donde se dividía a nuestro país en diecinueve estados y cinco territorios, además de adoptarse un sistema de gobierno representativo, republicano, popular y federal.

En el año de mil ochocientos treinta y tres, el diecinueve de diciembre para ser más exactos, él aquel entonces vicepresidente Valentín Gómez

Farias promulgó leyes de reforma a la Constitución de mil ochocientos veinticuatro, las cuales destacaban que el Estado era el encargado de ejercer el patronato eclesiástico, así como la supresión de la Universidad y abolición de los fueros militares y eclesiásticos, lo que denota una reforma eminentemente liberal.

Al regreso de Santa Anna, presidente de la república, destierra a su vicepresidente Gómez Farias, en virtud de la molestia manifiesta entre los grupos de poder por la promulgación de las leyes de reforma de mil ochocientos treinta y tres, de tal suerte que el Congreso promulgó para el año de mil ochocientos treinta y seis, las llamadas "Siete Leyes", mismas que a su vez, también reforman a la Constitución de mil ochocientos veinticuatro, decretándose como obligación del mexicano el profesar la religión católica, confiriéndoseles de nueva cuenta prerrogativas, tanto a la iglesia como al ejercito y se regresa al modelo del centralismo.

Para el año de mil ochocientos cuarenta y seis, el presidente interino Valentín Gómez Farias, se rodea en su gabinete de elementos federalistas y restablece la Constitución federal del veinticuatro; Al

siguiente año, se proclama el acta de reforma de mil ochocientos cuarenta y siete, que en sus puntos torales proclama la ocupación de los bienes del clero, la clausura de los noviciados, la libertad de cultos, el matrimonio civil, la suspensión de la confesión, entre otras cosas.

En el año de mil ochocientos cincuenta y siete, se expide una nueva Constitución, elaborada por ilustres personajes de aquella época como Ponciano Arriaga, José María Mata, Melchor Ocampo, Ignacio Ramírez y Francisco Zarco. Esta nueva Carta Magna recoge los principios ideológicos de la Constitución del veinticuatro, la forma de gobierno de nuestro vecino del norte, establecía la división en el ejercicio del poder y consagraba los derechos del hombre según los principales puntos de la revolución francesa.

Entre los años de mil ochocientos cincuenta y nueve y sesenta, fueron expedidas las llamadas leyes de reforma por el presidente Benito Juárez García; las cuales, en resumen, determinaban la nacionalización de los bienes eclesiásticos, el cierre de conventos, el matrimonio, el registro civil, la

secularización de los cementerios y la supresión de fiestas religiosas.

Así las cosas, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos actual, empezó a gestarse desde mil novecientos diez, concomitante al movimiento Revolucionario que se realizaba en aquéllas épocas. En mil novecientos dieciséis, Venustiano Carranza convocó a elecciones para diputados que integrarían un Congreso Constituyente y procedió a dar a conocer su proyecto para las reformas de la Constitución de mil ochocientos cincuenta y siete. El cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, fue jurada la Constitución vigente por el Congreso Constituyente, dicha Constitución, entre otras cosas, hace frente a los problemas más graves e intenta poner remedio al acaparamiento de tierras, a la enajenación de los recursos naturales y a los conflictos entre la iglesia y el estado. En términos generales podemos destacar que la Constitución en cita, es la expresión de los ideales de los grupos que participaron en la revolución armada de esos tiempos. A la vez, se consagra el principio de la propiedad privada como base fundamental de nuestra regulación jurídica, derivado del pensamiento liberal y democrático de los grupos dirigentes de la revolución mexicana.

Al igual que casi la totalidad de las constituciones occidentales, la nuestra se encuentra inspirada en las constituciones norteamericana y francesa, de tal modo que en ella se postulan dos principios rectores, el primero, consiste en la limitante constitucional que tiene el Estado para restringirla y, el segundo, establece una serie de competencias que debe obedecer el Estado para cumplimentar al primero.

El primer gran principio se encuentra estipulado dentro de nuestra Constitución en sus primeros veintinueve artículos, nombrados por la doctrina como derechos fundamentales del individuo. " Tales derechos se clasifican teóricamente en dos categorías: derechos del individuo aislado y derechos del individuo relacionado con otros individuos. Todos son derechos de la persona frente al Estado, pero la primera categoría comprende derechos absolutos, como la libertad, la conciencia, la libertad personal protegida contra las detenciones arbitrarias etc.; en tanto que la segunda clase contiene derechos individuales que no quedan en la esfera del particular, sino que al traducirse en manifestaciones sociales requieren la intervención ordenadora y limitadora del Estado, como

libertad de cultos, la de asociación, la de prensa... La parte de la Constitución que trata de los derechos fundamentales del hombre, recibe el nombre de dogmática."¹⁶

El segundo principio se encuentra imbíbido en la parte orgánica de nuestra Constitución que, tiene como principal puntal a la división en el ejercicio del poder, su organización y competencia; es decir, la forma de creación y organización de los órganos del Estado.

Como ha quedado establecido, la parte dogmática de nuestra Carta Magna se encuentra compuesta por un sistema de limitaciones a la acción del poder del Estado frente a nosotros como individuos o bien perteneciendo a un grupo social. Es precisamente en la parte dogmática donde encontramos el principio toral de nuestro objeto de estudio, por lo que consideramos necesario hacer un breve análisis de la misma.

Dentro de la multicitada parte dogmática de nuestra Constitución compuesta por veintinueve artículos, se encuentran consagradas las llamadas "Garantías Individuales" que como bien lo menciona el maestro Luis

¹⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe. Op. Cit. p. 23

Bazdresch no deben ser confundidas con los derechos fundamentales que se encuentran postulados en dicho articulado.

Al respecto y con el ánimo de entender lo anterior, el maestro Bazdresch nos ilustra " En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, no debemos entender que los individuos tienen tales derechos meramente porque la propia Constitución se los otorga, pues véase que el precepto dice expresa y claramente que otorga garantías, no derechos; las garantías son realmente una creación de la Constitución, en tanto que los derechos protegidos por esas garantías son los derechos del hombre, que no provienen de ley alguna, sino directamente de la calidad y de los atributos naturales del ser humano; esto es, hay que distinguir entre derechos humanos, que en términos generales son facultades de actuar o disfrutar, y garantías, que son los compromisos del Estado de respetar la existencia y el ejercicio de esos derechos"¹⁷. Por nuestra parte a tan afortunada distinción solo agregamos que, efectivamente la Constitución no nos otorga los llamados derechos fundamentales o humanos por ser inherentes a nuestra persona, pero si los reconoce y hasta los garantiza.

¹⁷ BAZDRESCH, Luis. Garantías Constitucionales, Trillas, Mexico 1992, p. 12

El Estado entendido como organización formal jurídico-política de una sociedad humana, debe tener la capacidad de autodeterminarse o escoger la manera de constituirse y el sistema de su funcionamiento, pero también como actividad soberana que reside en el pueblo que lo crea, busca derroteros para delimitar su esfera de ejercicio sobre la propia comunidad, por lo que también se autolimita imponiéndose restricciones en beneficio de la propia sociedad, ya que no debemos olvidar que ésta es quien da vida a dicho poder supremo y soberano; de aquí, desde nuestro particular punto de vista, resulta ser la razón y la génesis de las garantías individuales.

A mayor abundamiento, consideramos indispensable desentrañar la denominación de garantías individuales para seguir complementando la idea de la autodelimitación del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre en su articulado.

A guisa de introducción y parafraseando al ilustre maestro Ignacio Burgoa, diremos que la acepción garantía en derecho privado y en derecho público conserva similitudes obvias, empero, guardan características propias en cada ámbito; "...la palabra 'garantía' proviene

del término anglosajón 'Warranty' o 'Warantie', que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. 'Garantía' equivale, pues, en su sentido lato, a 'aseguramiento' o 'afianzamiento', pudiendo también denotar 'protección', 'respaldo', 'defensa', 'salvaguardia' o 'apoyo'..."¹⁸, acepciones que nacieron y se conservan en derecho privado. En derecho público se tiene un concepto propio, pero similar, habida cuenta de que por garantías individuales se entienden los "diversos tipos de seguridades y protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tiene como base de sustentación el orden Constitucional..."¹⁹

Tomando en consideración que lo que nos importa para el objetivo de nuestro estudio, es el analizar a las garantías individuales desde el derecho público, atenderemos a los elementos que deben existir en toda definición que se intente de la misma; de tal suerte que

¹⁸ BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales, vigésima cuarta edición, Porrúa, México 1992, p. 161.

¹⁹ *Ibidem*, p. 162.

coincidiendo con el ilustre jurista Ignacio Burgoa afirmamos que estos elementos son: la existencia de una relación de supra a subordinación entre gobernado y gobernante; un derecho público subjetivo del gobernado; obligación del Estado y autoridades en respetar, observar y cumplir las condiciones de seguridad del mismo; y su previsión y regulación dentro de la Carta Magna.

Para Bazdrech las garantías de los derechos del hombre son " las distintas prevenciones que la soberanía a impuesto en la ley constitutiva del Estado, como limitaciones y obligaciones en la actuación de los órganos gubernativos para que los propios órganos respeten y permitan que las personas disfruten y ejerzan libre y eficientemente, dentro del marco de las leyes, los derechos humanos declarados en la misma ley constitutiva".²⁰

Entendido que el poder soberano radica en el pueblo y que éste la dimana para su ejercicio en el Estado, el cual la ejerce por conducto de sus representantes o agentes llamados autoridades que, juntos constituyen al gobierno del mismo; también debemos entender que si bien el Estado no reconoce a ningún otro poder por

²⁰ BAZDRECH, Luis, op. Cit. pp. 34 y 35.

encima o superior a él, en cambio, se impone asimismo diversas restricciones en beneficio de los individuos que integran al mencionado pueblo, sirviendo como diques a la actuación arbitraria e ilegal de los órganos estatales y como seguridades y protecciones de los gobernados, que se traducen en normación positiva llamadas "garantías individuales".

Expuesto lo anterior y dicho sea de paso, existe una crítica repetitiva en diversos autores respecto a la denominación de "garantías individuales" utilizada por nuestra Ley Primaria; misma que radica en el hecho de que al mencionar que las multicitadas garantías son para los individuos y, si entendemos por individuo a aquella persona considerada aisladamente de una colectividad, luego entonces estaríamos indefectiblemente negando la posibilidad de que las personas morales o colectivas fueran beneficiarias de las garantías que establece nuestra Ley Fundamental. Por tanto y siendo de explorado derecho, por así indicarlo nuestro más alto Tribunal, que las garantías llamadas individuales también pertenecen a las personas morales de derecho privado y aún a aquellas de derecho social o público, por encontrarse ambas en determinadas situaciones como sujetos que asumen el carácter de gobernadas ante alguna autoridad; el término

garantía individual debió ser cambiado al de garantías de los gobernados, para abarcar así a las personas morales o colectivas; sin embargo, consideramos que tal situación ha sido evidentemente superada considerándola tan solo como un mero defecto terminológico.

Ahora bien, con el ánimo de seguir particularizando en la especie, debemos señalar que existen muy diversas formas de clasificar a las llamadas garantías individuales, atendiendo en su mayoría a las características propias que nos ofrecen; empero, para efecto del presente trabajo, nos remitiremos a su clasificación tradicional, esto es, la consistente en establecer, en principio, el tipo de derecho subjetivo público que para cada gobernado se establece en cada una de ellas, a fin de estar en aptitud de establecer al grupo al que pertenecen. En otras palabras, "el contenido de la exigencia de los derechos públicos subjetivos que emanan de la relación en que se traduce la garantía individual consiste precisamente en oponer a las autoridades estatales el respeto y la observancia de esas diferentes esferas jurídicas. En conclusión de acuerdo con el contenido de los mencionados derechos, las garantías individuales se clasifican en

garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica..."²¹

Siguiendo dicha clasificación, es preciso indicar que nuestro tema a estudio lo encontramos dentro del grupo de las llamadas garantías de seguridad jurídica, las cuales son definidas como " el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos"²².

En simples palabras, la actuación del Estado en su papel de autoridad debe sujetarse a las normas y reglas preestablecidas para legitimar sus determinaciones y su ejercicio, las cuales sin duda afectaran la esfera jurídica de los gobernados, de tal suerte que para que sea respetada y cumplida tal garantía el Estado debe observar tales requisitos, modalidades y principios previos etc...

²¹ BURGOA, Ignacio. *op. cit.* pp. 194 y 195.

²² *Ibidem*, p. 504.

En específico, encontramos el umbral de nuestro tema en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, el cual es del tenor literal siguiente:

"Artículo 19.-... Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente."

De la simple lectura que se realice del artículo Constitucional ut-supra, podemos encontrarnos con una redacción un tanto confusa, la cual nos puede inducir a pensar que dicho precepto legal nos obliga a la iniciación de una nueva averiguación previa, cuando dentro del proceso aparezca que el delito que se cometió es distinto en su clasificación del que motivo el dictamen del auto de formal prisión, es decir, podríamos señalar que sí en la secuela procesal existe una reclasificación del delito, ésta deberá ser motivo de la iniciación de una nueva indagatoria ante el órgano persecutor.

Situación por demás confusa que nos permite ser esclarecida a través de los antecedentes históricos del artículo 19 Constitucional en comento, los cuales nacen a la vida jurídica en el Mensaje y Proyecto de Constitución de don Venustiano Carranza, el primero de diciembre de mil novecientos dieciséis, con el siguiente texto " Los hechos señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso, y no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio, de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente"²³. Así las cosas, desde este preciso momento debemos identificar los dos conceptos que dentro de este artículo, en la actualidad, se pretendió dar al vocablo delito; uno entendido como los hechos delictivos y otro como el nuevo delito en sí.

A mayor abundamiento sobre el tema nos remitimos a lo expuesto por la comisión integrada por Francisco J. Múgica, Alberto Román, L. G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga, constituyentes de mil novecientos

²³ PIERCE ZAMORA, Jesús. Garantías y Proceso Penal, quinta edición, Porrúa, México 1991, p. 149.

diecisiete, quienes el veintinueve de diciembre de mil novecientos dieciséis, leyeron el siguiente dictamen:

"Ciudadanos Diputados: El artículo 19 del Proyecto de Constitución es idéntico, substancialmente, al de la Constitución de 1857; pero en el proyecto se precisan los requisitos mediante los cuales debe dictarse un auto de formal prisión; así es que la garantía queda mejor definida y asegurada. Además, en el nuevo artículo se prohíbe terminantemente cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso; si en el curso de la averiguación se descubre que el delito cometido realmente es distinto del que motivó la incoación de la causa o que, además de ese delito se ha cometido otro, debe abrirse averiguación por separado. Esta reforma es muy conveniente, porque evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó. La comisión sugiere solamente una enmienda de estilo en la primera parte del párrafo segundo del artículo, para hacer más claro el concepto. Los hechos señalados en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente, cambiarse, supuesto que han sido consumados; la calificación de ellos es lo que podría alterarse; creemos que esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso seguirá en averiguación solamente del delito o delitos imputados en el auto de formal prisión..."²⁴

²⁴ *ibidem*, p. 150.

A guisa de lo expuesto, es menester insistir que la primera parte de nuestro artículo 19 Constitucional se refiere a que no deben ser cambiados los hechos delictivos que dan origen precisamente a la clasificación que debe realizar el órgano jurisdiccional dentro del auto de formal prisión; pero sí en la secuela del proceso encontramos otro delito, es decir, otro tipo de hechos delictivos debemos entonces iniciar una nueva averiguación previa.

Cuando el artículo 19 Constitucional prescribe que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, se refiere que los hechos que dan motivo a la clasificación de los mismos dentro del auto de formal prisión se encuentran consumados y no deben ser variados o alterados de manera arbitraria y cuando el propio artículo señala que si aparece en la secuela del proceso otro delito, éste deberá ser motivo de averiguación previa por separado, no habla de una nueva clasificación de delito que ya fue en su momento formulada en el auto de formal prisión, sino que, se refiere a la aparición de otros hechos delictivos.

Dentro del primer párrafo de nuestro multicitado artículo 19 Constitucional se encuentra

consagrada una subgarantía que se intitula "garantía de listis cerrada", la cual se explica en el hecho de que el Juzgador tiene la obligación de fijar la litis dentro del auto de formal prisión, es decir, debe fijar la materia del proceso; conforme a ella en el auto de formal prisión deben ser precisados los hechos que se imputan al procesado y la clasificación jurídica que el propio Juez de la causa les atribuye.

En resumen dicha garantía sostiene, entre otras cosas, que el Juez del conocimiento debe clasificar el delito dentro del auto de formal prisión, ya que de no hacerlo así, estaría violando las más elementales garantías procesales, puesto que no permite al procesado ejercer su defensa conforme a la nueva clasificación del delito que se le imputa; esto desde nuestro punto de vista resulta equivoco, puesto que la reclasificación o no de un delito, jamás podrá borrar los hechos delictivos cometidos por nuestros cada vez más frecuentes delincuentes, tal situación es apoyada por los maestros Acero Julio, Pérez Palma y González Bustamante que nos ilustran. "Acero Julio, se niega a poner en la calle a un delincuente, aún a pesar de las pruebas palpables de su culpabilidad, solo por un descuido, error o deficiencia del instructor que al decretar la formal prisión preventiva no

apreció las cosas conforme al cartabón exacto y correcto, impidiendo la condena por cualquier otro capítulo de dicho cartabón. Agrega que, para no llegar a tan desastrosa consecuencia la interpretación racional nos obliga a entender la disposición del artículo 19 Constitucional en el sentido de seguir el proceso y fallarlo por el mismo hecho o hechos delictuosos que hayan sido materia de la formal prisión y nunca por otros actos diversos (que son los que deben ser motivo de acusación y causa separada); pero sin que sea Forzoso sujetarse a la denominación legal que en el auto de referencia se haya dado a los hechos de que se trate, porque esa denominación no es la que determina el material del juicio, ni su variabilidad implica cambio en su curso, sino mera mudanza de criterio en la apreciación del mismo material".²⁵ El mismo razonamiento, y similares palabras, hace Pérez Palma, quien afirma "Tampoco es posible dejar de sancionar un hecho delictuoso, por una simple clasificación legal. por ello se ha pensado en una interpretación racional de la palabra delito empleada en los postulados constitucionales que han quedado mencionados, para que por

²⁵ ACERO, Julio. Procedimiento Penal, citado por ZAMORA PIERCE, Jesús. op. Cit. p. 156.

ella se entienda, no el nombre técnico de la infracción, sino el conjunto de hechos ilícitos que motivan la acusación.”²⁶

Todavía comparte esta opinión González Bustamante diciendo “Lo que se prohíbe es la modificación de la substancia de los hechos y no su apreciación técnico legal”²⁷. Opiniones que sin parecer gregarios hacemos nuestras.

Es imprescindible que quede puntualizado que la clasificación o reclasificación del delito como la llamamos nosotros, se encuentra postulada en el artículo 19 Constitucional, al cual nos hemos referido en aras de indagar acerca de nuestro tema de estudio; sin olvidar que abundaremos en él dentro del cuerpo de nuestro trabajo.

²⁶ PÉREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal, citado por ZAMORA PIERCE, Jesús. op. Cit. p. 156

²⁷ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal, citado por ZAMORA PIERCE, Jesús. op. Cit. p. 157

1.2. LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Recordando lo expuesto en el punto anterior, sabemos ahora que existen ordenamientos legales de regulación y aplicación secundaria, según la explicación de la jerarquización de las leyes, a la cual hemos hecho somera referencia; dentro de estos ordenamientos secundarios nos encontramos con nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es decir, con la ley adjetiva penal aplicable dentro de nuestra entidad.

Con independencia de la clasificación de las normas y reglas jurídicas atendiendo a su jerarquía, es necesario señalar que existen otros criterios para clasificarlas; esto es, observando el ámbito espacial de su validez; su ámbito temporal de validez; su ámbito personal de validez; y su ámbito material de validez.

Sí las normas y reglas jurídicas son formulaciones técnicas dentro de un esquema construido conforme a una valoración de justicia dada por el legislador a un problema concreto, luego entonces, desde el

ámbito de validez material en que se pueden clasificar las normas y reglas jurídicas, podemos afirmar que existen tantas formulaciones técnicas como materias o problemas a regular.

Cada formulación técnica que realiza el legislador sirve para regular una o diversas índoles de relaciones sociales que exigen la aplicación de criterios diferentes; es decir, que dentro de una sociedad existen muy variadas materias que atender jurídicamente, en virtud de que las relaciones existentes entre los miembros de la sociedad son totalmente diferentes entre sí, por ende, deben existir múltiples ordenamientos que se encarguen de regular estas relaciones que se entiendan como trascendentes para el campo jurídico.

Así las cosas, la materia de cada norma o regla jurídica se encuentra determinada por las relaciones sociales que éstas tratan de regular; por lo tanto, debemos conocer cual es la substancia que nuestro Código de Procedimientos Penales regula, a fin de ubicar a la reclasificación del delito dentro del contexto del ordenamiento legal en comento.

Para llevar a buen término la propuesta señalada en el párrafo precedente, debemos intelegir que se entiende, primero, por proceso y, después, por procedimiento; conceptos que en específico constituyen la materia de la ley adjetiva penal aplicable.

En este punto debemos hacer una clara advertencia, la cual consiste en indicar que los términos proceso y procedimiento se manejan por el momento acorde con nuestra teoría general del proceso, y no, conforme al concepto derivado de nuestra materia penal que en su oportunidad atenderemos.

Sin ahondar en el tema diremos que proceso en su acepción más general es " un conjunto de fenómenos, de actos o acontecimientos, que suceden en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vinculación... El proceso jurídico es una serie de actos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configura la institución de que se trata... Se entiende por proceso jurisdiccional, el que se lleva a

cabo ante los órganos jurisdiccionales, o sea los encargados de administrar justicia en sus diversas modalidades..."²⁸

Para Giuseppe Chiovenda el proceso es "el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria."²⁹

Rafael de Pina señala "proceso es el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión de un juez competente."³⁰

De todo lo anterior, se colige que el proceso es una serie de actos concatenados o vinculados entre sí, por relaciones de causa y efecto, regulados por la ley, tendientes a resolver un problema planteado ante un órgano jurisdiccional, con el fin de que

28 ARELLANO GARCÍA, Carlos. Teoría General del Proceso, edit. Porrúa, quinta edición, México 1995, p. 10

29 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, citado por ARELLANO GARCÍA, Carlos. op. cit. p. 11

30 DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, edit. Porrúa, México 1981, p. 392.

éste con las facultades de que se encuentra investido resuelva lo que en derecho corresponda.

Ahora bien, el procedimiento es " en general la manera de hacer una cosa o de realizar un acto"³¹. Es decir, el procedimiento es la manera de llevar a cabo el proceso o esa serie de actos a que nos hemos referido; para mejor comprensión diremos que "en ocasiones, se ha utilizado el vocablo proceso como sinónimo de procedimiento. No hay sinonimia entre ambas expresiones puesto que procedimiento es la acción o modo de obrar. Es decir, marca una serie de acaecidos en la realidad como consecuencia del desenvolvimiento del proceso en la actuación concreta. En el proceso se contemplan las etapas diversas en abstracto. Podríamos decir que el proceso es abstracto y el procedimiento es en concreto. En el proceso se previene una secuela ordenada al desempeño de la función jurisdiccional, mientras que en el procedimiento, la realidad se ha pretendido apegar a esa secuela pero con todos los matices e individualidad que impone el caso real"³².

31 INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Porrúa, México 1995, p. 2568

32 ARELLANO GARCÍA, Carlos. *op. cit.* p. 9

Eduardo Pallares al tenor manifiesta que " No hay que identificar el procedimiento y el proceso. Este último es un todo o si se quiere una institución. Está formado por un conjunto de actos procesales que se indican con la presentación y admisión de la demanda y concluye cuando termina por las diferentes causas que la ley admite. El procedimiento es el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a los que está sujeto, la manera de substanciarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, sumarísima, breve o dilatada, escrita o verbal, con una o varias instancias, con periodo de prueba o sin él, y así sucesivamente"³³.

En virtud de lo anterior y sin pretender ser muy simplistas, para nosotros el procedimiento es la manera de hacer el proceso; de esto podemos deducir que la materia que informa a nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es el establecer y regular esa serie de actos vinculados entre sí, tendientes a resolver una controversia en materia penal, planteada en juicio ante la autoridad competente.

³³ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, quinta edición. Porrúa, México 1966, p. 602.

Una vez ubicado el ámbito de validez material de la ley adjetiva penal aplicable, sabemos que es precisamente aquí donde podemos encontrar nuestro tema de estudio, puesto que la reclasificación del delito se encuentra regulada como acto procesal dentro del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ahora bien, dentro del artículo 29 de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, existe una verdadera transcripción de una parte del artículo 19 Constitucional; la cual se reduce a indicar que si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. Tal prescripción fue atendida al estudiar nuestro precepto Constitucional, por lo que, solamente redundamos en afirmar que el legislador al mencionar que si en la secuela de un proceso penal se encontraba un delito distinto al que se persigue, se refería a nuevos hechos delictuosos y, no así, a una nueva clasificación del delito que se persigue.

Dentro de la ley adjetiva en cita, también encontramos otro precepto legal que puede

vincularse con la reclasificación del delito dentro de dicho ordenamiento. El artículo 159 establece: Si de una inspección domiciliaria resultare casualmente el descubrimiento de un delito que no haya sido objeto directo del reconocimiento, se procederá a levantar el acta correspondiente, siempre que el delito no fuere de aquellos en que, para proceder, se exija querrela necesaria.

De la simple lectura no parece haber relación con el tema de nuestro estudio, empero, si lo analizamos con detenimiento, observaremos que si de una visita domiciliaria apareciere un delito diverso de aquel que motivo su practica, se levantará la respectiva acta, si fuere el caso, es decir, que implícitamente se reconoce que si de la simple practica de una diligencia, se encontrare un delito diverso, éste deberá ser perseguido en averiguación distinta del primero que originó su practica, claro, sin perjuicio de la acumulación, si fuere procedente.

Por otro lado y como simple comentario, nos llama poderosamente la atención que, dentro de las fracciones del artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no se contemple la garantía de litis cerrada como requisito ineludible del auto de formal prisión o sujeción a proceso,

tal y como lo ordena el artículo 19 Constitucional que hemos analizado.

Por su parte el artículo 304 bis-A del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, literalmente establece lo siguiente:

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

De la simple lectura del artículo ut-supra, podemos fácilmente destacar dos importantes deducciones; la primera, se relaciona directamente con la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, por el delito que aparece comprobado; es decir, el juzgador debe dictar el auto de término Constitucional precisamente por aquel delito que aparece acreditado, según los hechos materia de la consignación, los cuales se traducen en los únicos hechos que deben ser valorados y; la segunda, la cual resulta ser la más

importante para nuestro análisis, radica en que dicha clasificación del delito que aparece comprobado según los hechos materia de la consignación, puede ser modificada a pesar de las clasificaciones hechas con anterioridad en promociones y resoluciones.

Es decir, como lo establece el precepto legal citado, el órgano jurisdiccional puede y debe, según el caso, modificar la clasificación realizada hasta antes de dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, para que en éstos realice una nueva clasificación si así lo considera diligente.

La nueva clasificación que puede dictar el juzgador indica, lógicamente, que existieron clasificaciones anteriores, tales como la realizada por el Ministerio Público al ejercer acción penal, por lo tanto, si el órgano jurisdiccional puede modificar, por facultad expresa de la ley, la clasificación hecha con anterioridad al auto de término Constitucional, luego entonces técnicamente está realizando una reclasificación del delito.

Por último, no queremos culminar el presente capítulo sin hacer mención de lo dispuesto por el artículo 160 fracción XVI de nuestra Ley

Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales el cual menciona, entre otras cosas: En los juicios del orden Penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso, cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, aquél fuere sentenciado por diverso delito.

Por otra parte dicho precepto legal señala: No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito.

En este sentido se ratifica la interpretación realizada al artículo 19 Constitucional dentro del presente capítulo, cuenta habida de que tal precepto legal señala que los nuevos hechos delictivos que aparecieren en la secuela de un proceso serán materia de la iniciación de una distinta indagatoria y, no así, hace mención al *nomen iuris* del delito.

Esto es así y de tal suerte lo infiere la fracción XVI de nuestra Ley de Amparo, puesto que el Ministerio Público puede realizar una nueva clasificación de los hechos delictivos, siempre y cuando lo efectúe al aducir sus conclusiones dentro del juicio penal y no se modifiquen los hechos delictivos materia del auto de término Constitucional. Por ende, tal precepto legal también hace las distinción entre lo que debemos entender por delito y hechos delictivos.

CAPÍTULO SEGUNDO
CONCEPTO DE: ORDEN DE
APREHENSIÓN Y ORDEN DE COMPARECENCIA.

II.1 LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y LA ORDEN DE COMPARECENCIA.

a).- SU DEFINICIÓN.

Tras haber estudiado el marco jurídico de la reclasificación del delito dentro de nuestra Ley Suprema y ley instrumental penal aplicable para el Distrito Federal, expondremos en este apartado las diversas definiciones dadas por los estudiosos del tema acerca de la orden de aprehensión o comparecencia.

Previo al análisis de las definiciones propias de ambas resoluciones judiciales, debemos avocarnos al estudio de las medidas cautelares, las cuales resultan ser su género.

Las medidas cautelares son los medios para conservar la materia del litigio, intentando evitar posibles daños a las partes litigiosas o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.

En el ámbito penal revisten principal importancia todas las providencias precautorias reguladas por la ley instrumental, en virtud de que la finalidad de todo proceso se relaciona directamente con la posibilidad jurídica y material del Estado, a efecto de hacer efectiva la imposición de una pena establecida por sentencia condenatoria, es decir, es necesario garantizar la efectividad del ius puniendi del Estado.

Lógicamente, para llegar a la imposición real de una pena, es necesario recorrer un amplio camino acotado por las formalidades establecidas en los ordenamientos aplicables. Precisamente las medidas cautelares son los medios jurídico-materiales que permiten hacer exitosa la imposición de las providencias definitivas dictadas al término del procedimiento.

En tal orden de ideas, las providencias cautelares gozan de efectos limitados, hasta en tanto se dicte una providencia definitiva, puesto que las primeras sólo sirven de medio para la consecución de las segundas.

De igual forma, las medidas cautelares en materia penal impiden que una vez

consumado el acto delictivo y, mientras su efecto reintegrativo se encuentra en proceso, se produzca un daño ulterior o éste siga produciendo efectos, es decir, la providencia precautoria jamás impedirá la comisión de un delito, sino, evitará que el daño producido por su comisión se siga actualizando.

El maestro Sergio García Ramírez se refiere a las medidas cautelares parafraseando a Chiovenda "el peligro de no conseguir jamás, o al menos oportunamente, con ocasión del proceso, el bien garantizado por la ley, o el temor de que su obtención se aplace mientras el proceso se tramita, con daño de quien lo reclama, conducen a la adopción de medidas de cautela o de seguridad, giro que en este orden de cosas posee una acepción bien diversa de la que tiene en el plano penal sustantivo. El mismo Chiovenda llama la atención sobre la presencia de una acción aseguradora, autónoma, que existe como poder actual cuando aún no se sabe si hay o no, verdaderamente, derecho asegurado, del que, por lo mismo, no puede ser accesoria."³⁴

Es claro el sentido jurídico

34 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, citado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Primera edición, Porrúa. México 1974, p.397.

que revisten las multicitadas medidas cautelares, puesto que quizá no cuenten con una aceptación filosófica que guste del valor intrínseco de dichas resoluciones, empero, a nuestro parecer, cumplen con un fin específico razonado y tal vez justificado, en tanto que aseguran la imposición de las providencias definitivas.

Ahora bien, las medidas cautelares pueden clasificarse en reales y personales, según se atiende al contenido patrimonial, o bien, a la restricción de la libertad personal del sujeto pasivo de la providencia cautelar.

Para nuestro estudio resulta vital encuadrar a la orden de aprehensión o comparecencia dentro de las medidas cautelares personales, específicamente, dentro de la restricción de la libertad personal o física del sujeto pasivo del proceso penal o sujeto activo del delito.

Contamos con dos formas de medida cautelar personal que nos conducen a la restricción física del probable sujeto pasivo del procedimiento, la privación provisional de la libertad y la detención, la segunda limita la libertad personal del individuo durante un corto periodo, mientras se dicta, según sea el caso, el auto

de formal prisión, cuando esto sucede, se actualiza la prisión provisional cuyo periodo es mayor que el de la detención.

A la sazón expone el maestro García Ramírez "A la cabeza de las medidas cautelares penales, por su gravedad y dramatismo, figuran la detención y la prisión preventiva, ambas personales, que tienen por sustancia y efecto la privación provisional de la libertad física del inculcado a fin de asegurar que, en su hora, se ejecute la sentencia que recaiga... discrepan sólo en cuestión de grado: la preventiva es más intensa y permanente que la detención..."³⁵

La detención se produce jurídicamente en tres distintos supuestos, la flagrancia; en caso de urgencia y; cuando es dictada por el órgano jurisdiccional, mejor conocida como orden de aprehensión.

De lo anterior se colige que, tanto la orden de aprehensión como la de comparecencia, constituyen medidas cautelares personales que implican la restricción física del probable responsable, teniendo como fin último la posibilidad de actualizar la conminación penal

³⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. Págs 394 y 395.

sobre éste tras la sentencia que así lo determine.

Pasando al significado propio de dichas resoluciones diremos que, en principio, el vocablo orden disfruta de diversas connotaciones tales como: clasificación metódica de diversas cosas, regla establecida por la fuerza natural, sacramento que da el poder de ejercitar distintas funciones eclesiásticas, encaminar o dirigir hacia un fin, armonía, mandato etc., sin embargo, pensamos que nuestros legisladores emplearon la palabra orden en completa sinonimia a la de mandato y, no así, para referirse a la armonía o clasificación de cosas.

En tal virtud, la orden de aprehensión o comparecencia, vistas desde el elemento subjetivo que las expide, resultan ser un mandato judicial, el cual reviste per se la posibilidad jurídica de que actúen como medidas cautelares de índole personal. No olvidamos que los agentes del Ministerio Público también pueden ordenar la comparecencia del indiciado, e inclusive su detención en casos urgentes, sin embargo, dichos supuestos no constituyen el punto de análisis.

El maestro Jorge Alberto Silva Silva nos proporciona una definición de orden de aprehensión

diciéndonos "La orden de aprehensión es la providencia cautelar, dispuesta por el Tribunal para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican... El vocablo aprehensión deriva de prehendendo, prehendere, prehendi, que significa tomar, asir, coger. En el caso del procesado penal, consiste en asir a una persona aun contra su voluntad, y llevarla ante el tribunal que la reclama..."³⁶ Al hablar de la orden de comparecencia cita a Vincenzo Manzini "El mandato de comparecencia es en sustancia un decreto de citación al imputado. Consiste en el mandamiento del juez penal, o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, conque se pone obligación al imputado de presentarse ante el eminente en lugar, día y hora determinados: orden sancionada mediante conminatoria de la emisión de mandato de acompañamiento si el imputado no se presenta sin un impedimento legítimo".³⁷

El maestro Colín Sánchez expone al respecto "Desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del

36 SILVA SILVA, Jorge. Derecho Procesal Penal, segunda edición, Haría, México 1996, p. 498.

37 MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, citado por SILVA SILVA, Jorge. Op. Cit. P. 500

Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye".³⁸

El maestro Sergio García Ramírez expone " La orden de aprehensión es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone la privación procesal de la libertad de una persona, con el propósito de que ésta quede sujeta, cautelarmente, a un proceso determinado como presunta responsable de la comisión de un delito".³⁹

Sin adentrarnos en el tema, la mayoría de los autores consultados omiten darnos una definición acerca de la orden de comparecencia, la cual, al parecer, reviste menor importancia que la de aprehensión, habida cuenta de los diversos supuestos y consecuencias que la comprenden, por tanto, basta con mencionar que la orden de comparecencia guarda, en esencia, cierta similitud con la de

38 COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. novena edición, Porrúa, México 1985, p. 279.

39 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio op. Cit. p. 366.

aprehensión, encontrando su dicotomía en su génesis y resultado. Situaciones que serán analizadas al estudiar sus requisitos y consecuencias jurídicas.

b).- SUS PRESUPUESTOS JURÍDICOS.

Lógico resulta pensar que deben actualizarse diversos supuestos jurídicos para que el órgano jurisdiccional dicte una orden de aprehensión o comparecencia; en tal virtud, a manera de razonamiento primario, consideramos oportuno empezar este tema analizando cuales son las fuentes de nuestro derecho procesal penal, génesis de los supuestos jurídicos en comento.

A la sazón y acorde con la clasificación tradicional que realizan diversos autores de las fuentes de nuestro derecho, diremos que se habla de fuentes formales, reales e históricas; las primeras, son aquéllos procesos de creación de las diversas normas y reglas jurídicas; las segundas, son los factores y elementos que determinan el contenido de las primeras y; las terceras, son todos aquéllos documentos, papiros etc. que sirven de testimonio de regulación normativa que ha imperado en sociedades pasadas.

Por simple cronología, afirmamos que las fuentes reales son los factores de creación de las fuentes formales del derecho, las cuales deberían justificar su existencia sólo en razón de su estricto apego a las primeras. Las fuentes formales, a su vez, deben plasmarse en diversos documentos o medios que permitan su práctico conocimiento a las sociedades futuras, ya que éstas al conocer las fallas y aciertos jurídicos de sus antepasados incumplirían el viejo refrán que versa: un pueblo que no conoce su historia se encuentra destinado a cometer los mismos errores.

Para nosotros resulta claro que las fuentes reales son la verdadera fuente e inicio de nuestro sistema jurídico, puesto que una sociedad que vive en completa paz y armonía, donde no existen factores ni motivos de pugna entre sus integrantes, no necesita el auxilio de reglas y normas que regulen situaciones completamente aceptadas y practicadas, todo lo cual sólo puede presentarse en un mundo ideal como, a *contrario sensu*, nos lo indica la historia humana, sin embargo, no negamos que en la actualidad los procesos de creación de nuestras leyes son las fuentes de nuestro derecho sustantivo y adjetivo penal.

Con independencia de lo anterior, sostenemos que las fuentes formales, en principio, fueron una simple consecuencia de nuestros factores y elementos reales; constituyéndose en una verdadera fuente de creación de nuestro derecho cuando la propia sociedad les atribuyo tal carácter. Por su parte, las fuentes históricas en realidad y, desde nuestro particular punto de vista, no son fuentes *per se*, sino simples antecedentes que nos permiten conocer los aciertos y errores jurídicos de las diversas sociedades que han vivido en un lugar y tiempo determinado.

El multicitado maestro Jorge Silva Silva refiere que existen diversas fuentes de nuestro derecho procesal penal como los convenios internacionales, leyes internas, reglamentos, precedentes judiciales, usos y costumbres, realidad socio jurídica y la doctrina.

A nuestro entender, los convenios judiciales se reducen a una fuente formal por mandato constitucional; las leyes y reglamentos no son precisamente fuentes, sino el contenido propio de nuestro derecho, tal y como lo expusiera el maestro García Maynes parafraseando a Du Pasquier, " la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, la ley

no representa el origen, sino el resultado de la actividad legislativa". 40

Para nosotros los precedentes judiciales son simples antecedentes históricos de la actividad judicial, es decir, fuentes históricas. Por otra parte, el maestro Silva Silva olvida que dentro de nuestro derecho procedimental penal existen distintos antecedentes establecidos por autoridad diversa a la judicial, esto es, resoluciones dictadas por el órgano persecutorio, al cual se le resta su debida importancia, por ende, también podríamos hablar de precedentes administrativos que, no dejarían de ser fuentes históricas.

Los usos y costumbres corresponden, según nuestra opinión, a verdaderas fuentes reales, puesto que una sociedad que considera obligatoria una determinada conducta, es porque mantiene la idea de que diversos factores así lo determinan, empero; sabemos que tanto los usos como las costumbres no tienen validez formal hasta que son reconocidas como leyes.

40 DU PASQUIER, Claude. Introducción à la Theorie générale et à la philosophie du Droit, citado por GARCÍA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, cuadragésimo primera edición, Porrúa, México 1990, p. 52

La realidad socio-jurídica corresponde a una fuente real, ya que el análisis de los acontecimientos sociales, jurídicamente trascendentes, determinan la creación de nuestro derecho.

Por último, la doctrina es un esfuerzo de los doctos en diversas materias jurídicas que encuentra relevancia dentro de nuestro sistema jurídico cuando los encargados del proceso de creación de las leyes voltean la mirada hacia ella y la convierten en una norma o regla jurídica, lo cual indica que la doctrina sólo constituye una valiosa información basada en los razonamientos aportados por nuestros jurisperitos.

De tal suerte concluimos que las fuentes de nuestro derecho procesal penal corresponden y se identifican con las fuentes de nuestro derecho en general, por ende, en obvio de repeticiones innecesarias, nos remitimos al comentario vertido en líneas anteriores.

Ahora bien, en el entendido de que las fuentes reales son la génesis de nuestro derecho y las fuentes formales su consecuencia en principio y, acorde con las máximas jurídicas que versan: *nullum poena sine lege* y *nullum crimen sine typc*". lo que significa que no existe

pena sin ley y crimen sin tipo; afirmamos que nuestro sistema jurídico debe contemplar, desde luego, la regulación de las diversas conductas calificadas como delitos.

De acuerdo a lo anterior, sabemos que deben existir diversas disposiciones penales que describan distintas conductas consideradas como delitos; así como otras mediante las cuales agotando las formalidades establecidas dentro del procedimiento y a las que nos referiremos con posterioridad, se llegue a tal conclusión y se actualice la conminación penal.

Sin pretender realizar un estudio de lo que debemos entender por delito, lo cual sería materia para la elaboración de un nuevo y extenso trabajo, expondremos simplemente diversas definiciones:

Fernando Castellanos Tena dice que "la palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley." 41

Pavón Vasconcelos, realizando

41 CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. vigésimo novena edición, Porrúa, México 1991. p. 125

un resumen del concepto delito desde dos ciencias sociales refiere, " del delito se han ocupado otras ramas del conocimiento humano como la filosofía y la sociología. La primera lo estima como la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal, mientras la segunda lo identifica con una acción antisocial y dañosa".⁴²

Por su parte el mismo maestro desde un punto de vista jurídico indica "un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De éste desprendemos que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible..."⁴³

Los defensores de la escuela clásica como Francisco Carrara exponen " el delito es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".⁴⁴

42 PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, tercera edición, Porrúa, México 1974, p. 139.

43 *Ibidem*, p. 141.

44 CARRARA, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. *Op. Cit.* p.p. 125 y 126

Para Cuello Calón el delito es "la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible."⁴⁵

Jiménez de Asúa sostiene "delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".⁴⁶

Haciendo un verdadero estudio de las diversas definiciones dadas, el maestro Fernando Castellanos Tena señala que "en un plano estrictamente lógico procede observar inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad."⁴⁷ Es el propio maestro quien sostiene que existen delitos que disfrutan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter de delito.

45 CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, décimo segunda edición, Barcelona 1964, p.315.

46 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 126.

47 CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 132.

Existen dos principales corrientes que intentan realizar un estudio del delito; la primera, a la cual se ha llamado el sistema unitario o totalizador que entiende que el delito no puede dividirse, ni para su análisis, puesto que integra un ente totalizador, un ente orgánico, algo que no permite su disolución; en su contra, los conceptos analíticos o atomizadores postulan que el delito debe ser estudiado desde sus elementos constitutivos o integradores, de ahí que se hable de teorías tritómicas, tetratómicas, pentatómicas etc...

Por último, de acuerdo a nuestra actual legislación, el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero Común y para toda la República en materia Federal, establece que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, lo cual constituye como lo afirma el maestro Fernando Arilla Baz un razonamiento *a posteriori*.

Así las cosas, cumplido el primer supuesto de la orden de aprehensión o comparecencia, el cual se encuentra constituido por la regulación expresa de las diversas conductas calificadas como delitos dentro de nuestro sistema jurídico, el cual deviene de las fuentes de nuestro derecho a que nos hemos referido; nos faltaría

recorrer el derrotero establecido por la legislación adjetiva penal aplicable para discernir los diversos supuestos de la orden de aprehensión o comparecencia.

En tal virtud y como hemos explicado, nuestra Constitución Política establece los lineamientos fundamentales a seguir por las leyes que la reglamentan; tratándose del procedimiento, por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Por lo anterior, es en estos ordenamientos jurídicos donde se establecen la serie de pasos, requisitos, términos etc. a seguir, a efecto de lograr que se dicte una orden de aprehensión o comparecencia, o su interés contrario, según sea el caso.

A fin de partir de conocimientos generales hasta particularizar en los supuestos de la orden de aprehensión o comparecencia, expondremos diversas definiciones dadas por los estudiosos de la materia acerca de proceso y procedimiento penal, conceptos fundamentales a saber en el ámbito procesal.

Existe una diferencia tangible entre las definiciones expuestas por la Teoría General del Proceso y la aportada en el ámbito penal, puesto que para la

segunda, el proceso sólo forma parte del procedimiento hasta que entra en actividad el órgano jurisdiccional que, según se considera, es a partir del auto de formal prisión o sujeción a proceso, en tanto que la primera no hace tal diferenciación y, a nuestro parecer, debería ofrecernos una distinción netamente teórica entre ambos conceptos, es decir, sin inmiscuir como punto inherente de la misma al elemento personal que aplica el derecho objetivo.

El maestro Fernando Arilla Baz, expone al respecto, "el procedimiento está constituido por el conjunto de actos, vinculados entre sí por relaciones de causalidad y finalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutados por los órganos persecutorio y jurisdiccional, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, para actualizar sobre el autor o partícipe de un delito la conminación penal establecida en la ley."⁴⁸ Nótese que el maestro Arilla Baz menciona que el procedimiento penal se compone de los actos ejecutados, tanto por el órgano jurisdiccional como por el persecutorio. Sigue el maestro diciendo "no hay que confundir, cuando menos en materia penal, el procedimiento con el proceso... El proceso es el período de procedimiento

⁴⁸ ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México, cuarta edición, Editores Mexicanos Unidos, México 1973, p. 10.

que, como veremos posteriormente, se inicia con el auto de formal prisión."⁴⁹

Sin pretender formular un nuevo concepto de procedimiento y proceso, o bien, de éstos en el ámbito penal, nosotros consideramos oportuno manifestar nuestra inquietud y, quizá, simplicidad, diciendo que no debemos entender al proceso desde el elemento personal que lo conoce y aplica, puesto que el proceso, como hemos explicado, resulta ser el continente del procedimiento, es decir, el abstracto del mismo, sin importar el elemento personal que participe en su aplicación. En otras palabras pensamos que la dicotomía entre ambos conceptos debería ser sólo en un sentido teórico y no práctico de aplicación.

Al señalar en nuestro capítulo primero apartado 1.2 que por proceso debemos entender: una serie de actos concatenados entre sí, por relaciones de causa y efecto, regulados por la ley, tendientes a resolver un problema planteado ante el órgano jurisdiccional, con el fin de que éste con las facultades de que se encuentra investido resuelva lo que en derecho corresponda; simplemente seguimos la corriente generalizadora de las definiciones dadas por los

⁴⁹ Iden.

estudiosos del tema, empero, creemos que al indicar que el proceso sólo puede ser conocido por el órgano jurisdiccional, estamos delimitando su ámbito, realizando una definición, entre otras cosas, desde el elemento personal que aplica a través del procedimiento, por lo tanto, si nosotros en lugar de hablar de órgano jurisdiccional, señaláramos simplemente que es la serie de pasos seguidos ante una autoridad, estaríamos abarcando a distintas autoridades en diversas materias, como lo es el Ministerio Público en lo penal, habida cuenta de que esta institución funge como autoridad dentro de la llamada averiguación previa.

En conclusión, deberíamos omitir la diferencia que nos ofrece el concepto de proceso y procedimiento, atento al órgano de conocimiento, puesto que la dicotomía entre ambos debería radicar, exclusivamente, en que el primero debe ser entendido de una manera abstracta, como esa serie de pasos que nos brindan la oportunidad de ocurrir ante la autoridad, a fin de hacer valer nuestro derecho subjetivo y, por procedimiento, la forma real de hacerlo valer, es decir, materializar el proceso mediante el procedimiento. Sin embargo, no pretendemos ahondar al respecto y por lo tanto ofrecemos sus definiciones tal y como en la actualidad se exponen.

Ahora bien, el maestro Manuel Rivera Silva los define diciendo, el procedimiento penal es "el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente"⁵⁰, en tanto que el proceso penal es "el conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea"⁵¹.

Para el maestro Colín Sánchez el proceso penal es "un desarrollo evolutivo, que indispensablemente se sigue para el logro de un fin, pero no un fin en sí mismo, sino más bien, como medio para hacer manifiestos los actos de quienes en él intervienen, los cuales deberán llevarse a cabo en forma ordenada, pues el surgimiento de uno, será el que dé lugar a su vez, al nacimiento de otros, y así sucesivamente, para que mediante su previa observancia se actualice la sanción prevista en la ley penal sustantiva."⁵²

⁵⁰ RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento Penal, décima edición, Porrúa, México 1979, p. 23.

⁵¹ *Ibidem*, p. 183.

⁵² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. Cit.* p. 59

Esta definición no contempla de manera alguna al órgano jurisdiccional como parte integrante del proceso, por ende, pareciera apegarse a la idea que hemos expuesto.

Para Sergio García Ramírez el proceso es "una relación jurídica, autónoma compleja, de naturaleza variable, que se desarrolla de situación en situación, mediante hechos y actos jurídicos, conforme a determinadas reglas de procedimiento, y que tiene como finalidad la resolución jurisdiccional del litigio, llevando ante el juzgador por una de las partes o atraído al conocimiento de aquél directamente por el propio juzgador".⁵³

Dadas las anteriores definiciones y siguiendo con los supuestos jurídicos de la orden de aprehensión o comparecencia, es menester advertir, a manera de comentario, que existen diversas cuestiones prejudiciales que según lo expuesto por el maestro Jorge Silva Silva no impiden el ejercicio de la acción penal, sino la pronunciación, entre otras cosas, de la sentencia de mérito; afirmación que hacemos nuestra, salvo lo dispuesto en la propia ley adjetiva penal aplicable, puesto que en su artículo 283, establece que para el

⁵³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. p. 21

caso del delito de calumnia y en todos aquéllos que necesiten declaración judicial previa, se deberá acompañar ésta a la correspondiente denuncia o querrela, por lo que, al ser un precepto imperativo, tendríamos que satisfacer tal requisito para estar en aptitud legal de hacer valer los requisitos de procedibilidad con sus consecuencias legales. Por lo tanto, hecha la excepción descrita, señalamos que las demás cuestiones prejudiciales no pueden ser consideradas como requisitos previos de las medidas cautelares multicitadas, habida cuenta de que aquéllas deben satisfacerse antes del dictamen de la sentencia de fondo y, no así, como un requisito previo de los mandatos judiciales de referencia. Sin embargo, es el propio maestro quien afirma: en la praxis se acostumbra suspender la promoción de la acción penal al actualizarse alguna de las cuestiones prejudiciales, por ende, resulta necesario destacar su importancia amen del comentario vertido.

Diversos autores como el maestro Colín Sánchez o Fernando Arilla Baz se refieren a las cuestiones prejudiciales como condiciones objetivas de punibilidad u obstáculos procesales, respectivamente. Tales conceptos, a nuestro entender, se encuentran abarcados de manera general por las cuestiones prejudiciales a las que se refiere el maestro Silva Silva.

Grosso Modo, para Carnelutti "es prejudicial toda cuestión cuya solución constituye una premisa de la decisión".⁵⁴ Para el maestro Aguilera de Paz "llámese prejudiciales esas cuestiones previas de cuya decisión ha de depender el curso o la virtualidad de la indicada acción penal, porque la resolución que previamente ha de recaer sobre ellas debe prejuzgar o juzgar por anticipado las otras, más o menos directamente relacionadas con el fondo, que de ellas dependan o se deriven, y éste es el carácter distintivo de las mismas."⁵⁵

Para ejemplificar las cuestiones prejudiciales, el maestro Jorge Silva Silva nos ofrece una gama de diversos supuestos que se encuentran contenidos dentro de nuestros ordenamientos jurídicos, tales como: la declaración de procedencia dentro de un juicio político; nulidad de matrimonio para el caso de que el raptor se case con la raptada; y la declaración de quiebra fraudulenta. Estos supuestos deben ser colmados positivamente para dictar sentencia de fondo dentro de un juicio penal, pero no bastan para impedir el ejercicio de la acción penal,

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. Cómo se Hace un Proceso, citado por SILVA SILVA, Jorge. Op cit. p.275

⁵⁵ AGUILERA DE PAZ, Enrique. Tratado de las Cuestiones Prejudiciales y Previas en el Procedimiento Penal, citado por SILVA SILVA, Jorge. op. Cit. p. 275

por tanto, no constituyen requisitos previos de la orden de aprehensión o comparecencia, por lo que sólo consideramos oportuno su señalamiento gracias a que en la práctica se impide el ejercicio de la acción penal al no encontrarse resueltas dichas cuestiones.

En tal orden de ideas y siguiendo con los supuestos jurídicos de las multicitadas medidas cautelares, pasaremos al estudio de los llamados por el maestro Manuel Rivera Silva como requisitos de iniciación y por la mayoría de autores como requisitos de procedibilidad.

Tales requisitos son "las condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente el procedimiento penal." ⁵⁶

Debemos apuntar que el inicio del procedimiento penal no queda al libre albedrío del Ministerio Público, puesto que dicha institución requiere de ciertos requisitos para iniciar su función investigadora, es

⁵⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. p. 336

decir, deben satisfacerse los requisitos legales o de procedibilidad.

El artículo 16 Constitucional, entre otras cosas, establece que no podrá librarse orden de aprehensión, sin que preceda denuncia acusación o querrela; lo que traduce en la necesidad de estudiar tales requisitos como presupuestos de las medidas cautelares en estudio.

Es preciso advertir que, tanto la querrela como la acusación, son vocablos que guardan sinonimia entre ellos, por ende, son utilizados y entendidos con idéntica significación.

Ahora bien, pasaremos al análisis y estudio de cada uno de ellos empezando con la denuncia que "proviene del latín *denuntiare*, el cual significa 'hacer saber', 'remitir un mensaje'. La expresión denuncia tiene varios significados. El más amplio y difundido es el que la entiende como un acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos

para tales hechos. Dentro de este significado amplio se puede ubicar el que se da a esta expresión dentro del Derecho Procesal Penal, como acto por medio del cual una persona pone en conocimiento del órgano de la acusación (el Ministerio Público, en México) la comisión de hechos que pueden constituir un delito perseguible de oficio... La denuncia de hechos probablemente delictuosos puede ser formulada de manera verbal o por escrito, ante el Ministerio Público o la Policía Judicial. Cuando la denuncia se presente verbalmente, se hará constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba. En ambos casos, deberá contener la firma o la huella digital del denunciante y su domicilio; y el funcionario que la reciba, deberá requerir a éste para que se produzca bajo protesta de decir verdad... La denuncia debe limitarse a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente." 57

De la anterior definición se colige que en la llamada denuncia deben de informarse, únicamente, ante la autoridad correspondiente (órgano investigador), los hechos que se consideran delictivos, es decir, coarta la posibilidad jurídica de los denunciantes a

57 INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Op. Cit. p. 900

efecto de que éstos realicen una clasificación del delito atenta a los hechos que denuncian, lo cual obedece a razones lógicas, puesto que no todos los denunciantes, inclusive la mayoría, no tienen conocimientos específicos de la materia.

El maestro Fernando Arilla Baz, define a la denuncia "como la noticia de la comisión de un delito dada a la autoridad encargada de perseguirlo".⁵⁸

Por su parte, el maestro Guillermo Colín Sánchez afirma "Dentro del ámbito del Derecho de Procedimientos Penales, es importante distinguir la denuncia como medio informativo y como requisito de procedibilidad. Como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca del delito, ya sea que el propio portador de la noticia haya sido afectado; o bien, que el ofendido sea un tercero. De tal consideración se concluye: la denuncia puede presentarla cualquier persona en cumplimiento de un deber impuesto por la Ley... La denuncia, no es, de ninguna manera, un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público se avoque a la investigación del delito; bastará que dicho funcionario esté informado, por cualquier medio, para que, de

⁵⁸ ARILLA BAZ, Fernando op. Cit. p. 58.

inmediato, esté obligado a practicar las investigaciones necesarias..." 59

Pensamos que nuestros legisladores no erraron al señalar dentro del artículo 16 Constitucional a la denuncia como requisito de procedibilidad o de iniciación, puesto que como contradictoriamente lo afirma el maestro Colín Sánchez se necesita la noticia del hecho que pudiere llegar a constituir un delito para que el Ministerio Público se avoque a su conocimiento, por lo tanto, si el Ministerio Público requiere de una noticia que pueda ser dada por cualquier persona; precisamente esta "noticia" hace diferente a la denuncia de la pesquisa y si además tiene que ser dada por persona cierta, la hace diferente a la delación, por lo que, nosotros consideramos a la denuncia como un requisito de procedibilidad.

Para el maestro Manuel Rivera Silva la denuncia " es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos." 60

59 COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. Cit. p. 245.
60 RIVERA SILVA, Manuel. Op. Cit. p. 110.

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

La mayoría de los autores entiende por denuncia la noticia dada a la autoridad competente de determinados hechos que pueden constituir un delito o delitos, para que ésta se dedique a investigarlos y adopte las medidas conducentes.

Como segundo requisito de procedibilidad o iniciación, observamos a la denominada querrela, la cual es definida por el propio Rivera Silva como la "relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito."⁶¹ A esta definición sólo le faltaría agregar que la querrela puede ser formulada precisamente por el ofendido o su representante legal, artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en relación directa con el artículo 30 del Código Penal para la misma entidad.

"La querrela como medio para iniciar la averiguación previa; al igual que la denuncia, es una participación de hechos que pueden constituir delito, formulada ante el órgano de la acusación,

61 *Ibidem*, p. 120.

por persona determinada e identificada, pero a diferencia de la simple denuncia, debe tratarse de un supuesto delito perseguible a petición del ofendido y debe ser hecha por éste o su representante legal.” 62

Al respecto el maestro Sergio García Ramírez nos menciona que la querrela “al amparo del derecho mexicano, habida cuenta del monopolio del M.P. (Ministerio Público) en orden al ejercicio de la acción penal, la querrela es tanto una participación de conocimiento sobre la comisión de un delito, de entre aquéllos que sólo pueden perseguir a instancia de parte, como una declaración de voluntad, formulada por el interesado ante la autoridad pertinente a efecto de que, tomada en cuenta la existencia del delito, se persiga jurídicamente y se sancione a los responsables”.63

Los maestros Eduardo López Betancourt y Miguel Acosta Romero citando a Carnelutti, nos dicen “que una ofensa no sea punible sino a querrela de parte significa que depende en primer lugar del juicio del ofendido su castigo no en el sentido de que tal juicio sea suficiente

62 INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Op. Cit. p. 900.

63 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. 338

sino en el de que es necesario; no obstante la querrela, un hecho no puede ser castigado, pero sin ella no puede ser castigado".⁶⁴

De acuerdo a lo anterior, advertimos la existencia de diversos delitos que no pueden ser denunciados por cualquier persona, como ejemplo de ellos citamos a los delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual. Estos delitos requieren la participación directa del ofendido o de su representante legal, quien deberá ocurrir ante el Ministerio Público a fin de dar noticia de los hechos que pudieren constituir un delito o delitos en contra suya o de su representado, según sea el caso.

A manera de conclusión, el maestro Colín Sánchez indica "la querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido. Tratándose de los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, no solamente el agraviado, sino también su legítimo representante, cuando lo estimen necesario, pondrán en conocimiento del Ministerio

64 ACOSTA ROMERO, Miguel y LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos Especiales, segunda edición, Porrúa, México 1990, p. 38

Público la comisión del hecho delictuoso, para que éste sea perseguido, no pudiendo hacerlo en ningún caso para esta clase de delitos, sin la manifestación de voluntad del que tiene ese derecho.”⁶⁵

Algunas de las particularidades para la presentación, tanto de la denuncia, como de la querrela las encontramos establecidas en el artículo 276 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual establece que éstas podrán formularse por escrito o verbalmente, donde se narrarán los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos establecidos por el derecho de petición, además, señala que cuando lo anterior no se realice en estos términos el funcionario prevendrá ya sea al querellante o denunciante, a fin de que formule correctamente su petición y se le hará ver las diversas consecuencias jurídicas de la presentación de la denuncia o querrela.

Es indispensable destacar que la persona que formule una denuncia o querrela no se encuentra facultada para hacer una clasificación legal de las

⁶⁵ COLÍN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. p. 250

conductas que considera como delictivas.

Por otra parte, se menciona que la denuncia o querrela deben formularse en los términos del derecho de petición (artículo octavo Constitucional). El maestro Luis Bazdrech escribe, "La petición debe ser escrita, pacífica y respetuosa; lo primero para precisar sus términos, lo segundo, por elemental regla de convivencia social, y lo tercero, para atender a la dignidad propia de la autoridad."⁶⁶ Tal afirmación resulta contraria a lo señalado en el artículo 276 de la ley instrumental aplicable, puesto que en principio establece que, tanto la denuncia o la querrela se pueden formular verbalmente y, con posterioridad, señala que éstas se presenten conforme al derecho de petición, el cual, como apunta el maestro Bazdrech, debe ser por escrito, al pretender la precisión en sus términos.

Plausible a nuestro parecer resulta el hecho de que en el artículo referido, el Ministerio Público pueda prevenir al denunciante o querellante, a efecto de que ajusten sus respectivas peticiones; figura que también se actualiza en diversas

⁶⁶ BAZDRECH, Luis. Op. Cit. p. 121

materias, parangón a la civil, aunque en ésta no se explica al actor la trascendencia de su actuación, sino que, simplemente se intenta que el escrito inicial de demanda no deje al demandado en estado de indefensión.

Dentro del artículo 274 de la ley adjetiva penal para el Distrito Federal, se establece la posibilidad de presentar la denuncia o querrela ante la Policía Judicial, la cual se encuentra bajo el mando del Ministerio Público, por tanto, al presentarse una querrela ante un agente de dicha agrupación, mal llamada judicial, deberá orientar al querellante a fin de que acuda ante el órgano persecutorio a presentar su formal querrela.

Otro requisito de procedibilidad es la llamada excitativa, la cual no se contempla dentro del artículo 16 Constitucional, pero sí dentro de la ley secundaria instrumental que la reglamenta en materia penal. La excitativa resulta ser la facultad que tiene el representante de un país extranjero para que se persiga al que ha proferido injurias en contra de la nación que representa o en contra de sus agentes diplomáticos. Para Colín Sánchez, esta figura que, deviene del derecho italiano denominada *richiesta*, "es la petición que hace el

representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos (artículo 360 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal).⁶⁷ Es decir, que aquél legitimado por un país extranjero puede ocurrir ante el Ministerio Público, a efecto de iniciar una indagatoria en contra del que haya injuriado a su nación o a sus agentes diplomáticos; por lo que también, resulta ser una narración de hechos ante el órgano investigador, revestida de las características apuntadas.

Una vez entendidos los requisitos de procedibilidad y su necesidad para el comienzo del procedimiento; consideramos oportuno realizar un breve estudio acerca del Ministerio Público, habida cuenta de que a partir de la narración de hechos que se realizan ante él, entre otras cosas, los investiga y persigue a aquéllos considerados como delitos acorde con las funciones que le han sido encomendadas por ley. Por lo anterior, concluimos que ante esta institución se da comienzo formal al procedimiento penal. No olvidamos que dicha institución cumple con determinadas facultades dentro de la llamada averiguación previa, sino que también realiza diversas funciones no menos

67 COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op cit. p. 262.

importantes a lo largo de todo el proceso penal.

Para Colín Sánchez "el Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes."⁶⁸

También se define como "la institución unitaria jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales."⁶⁹

Como se vislumbra de las definiciones dadas, el Ministerio Público ostenta el monopolio del ejercicio de la acción penal, atento a lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional; 2 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito

⁶⁸ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Op. Cit. p. 2128.

Federal, y 4 fracción primera de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia para el Distrito Federal. Además, su función primordial consiste en ser un representante social, no un acusador forzoso, como sucede generalmente en la praxis, es decir, el Ministerio Público debe ser proclive al conocimiento de la verdad histórica de los hechos, independientemente de que favorezca al que se dice ofendido como al que se señala como probable responsable.

Así las cosas, al Ministerio Público y policía judicial, la cual está bajo el mando y supervisión de la primera, atento a lo dispuesto por los artículos 21 Constitucional, 273 del Código de Procedimientos Penales y, 24 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia, ambos del Distrito Federal, les incumbe la persecución de los delitos, practicando, desde luego, una función investigadora en cuanto a la búsqueda de las pruebas y demás elementos que hagan factible el conocimiento de la verdad histórica, a fin de discernir si existió aquél y a quien le debe ser imputado; y por lo que respecta exclusivamente al Ministerio Público, le corresponde el monopólico ejercicio de la acción penal.

El maestro Jorge Silva Silva enumera las funciones que realiza o debe realizar el Ministerio Público dentro de la materia procesal penal, tales como: función instructora o preventiva; de auxilio a víctimas; aplicación de medidas cautelares; requirente o accionante; cuasijurisdiccional; dictaminadora, de opinión o consultoría; vigilancia o fiscalizadora; y elección del Tribunal competente.

Por lo que respecta a los principios a seguir por esta institución, tenemos dentro de la promoción de la acción penal, al llamado principio de legalidad y el de oficiosidad; además, en cuanto a su funcionamiento, debe observar los principios de unidad; indivisibilidad; independencia, imprescindibleidad o irrecusabilidad.

Sabemos que una vez colmados los requisitos de procedibilidad ante el Ministerio Público, comienza la llamada por la mayoría de los autores y por nuestra legislación como averiguación previa; o periodo de preparación de la acción como la denomina el maestro Manuel Rivera Silva; o instrucción administrativa según Sergio García Ramírez etc.

Para el maestro Jorge Silva "la averiguación previa se inicia con una resolución de apertura de la misma, también conocida como auto de *ad inquirendum* (providencia por la cual se ordenan averiguaciones), y supone que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente."⁷⁰

En la doctrina se ha puntualizado que la averiguación previa sirve para preparar la promoción de la acción penal, es decir, allegarse de los elementos necesarios para, en su momento, ejercitar acción penal ante el juez penal; empero, el maestro Sergio García Ramírez discrepa de esta cuestión y señala que la instrucción administrativa no debe entenderse en tal sentido, ya que su principal justificación radica en determinar si debe ejercitarse acción penal o no, es decir, el Ministerio Público determinará si se ejercita ésta, más no limitarse a preparar su ejercicio; su función es de determinación no de simple preparador.

Dentro de la multicitada averiguación previa, el Ministerio Público realiza una función investigadora, puesto que trata de indagar respecto

⁷⁰ SILVA SILVA, Jorge. Op. Cit. p. 249

de la verdad de los hechos que fundamentan la denuncia, querrela o excitativa; una función persecutoria respecto de aquellas conductas consideradas como delitos; y una función acusatoria al ejercitar acción penal ante el Juzgador.

El propio maestro Jorge Silva refiere que "mientras en la investigación se trata de conocer, en la actividad probatoria se trata de confirmar el dato afirmado. Igualmente, en la investigación se desconoce el dato, en tanto que en la actividad probatoria se supone conocido el dato u hipótesis, y sólo se trata de confirmar o rechazar a través del procedimiento correspondiente."⁷¹ La anterior comparación ilustra el objetivo del Ministerio Público dentro de la averiguación previa como órgano investigador, puesto esta institución debe realizar diversas diligencias, a efecto de conocer la verdad de los hechos narrados. Diligencias que se encuentran establecidas dentro del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en sus artículos del 94 al 131; 265 y 285, así como otras que deben contemplarse por el propio discernimiento que efectúe el Ministerio Público competente para llegar al conocimiento de los datos desconocidos, acorde con las distintas facultades que les

71 *Ibidem*, p. 254.

otorgan los artículos 3 y 101, también del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 3 fracción tercera de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia para el Distrito Federal, los cuales resultan ser correlativos a las disposiciones contenidas en la propia ley adjetiva penal aplicable para nuestra entidad.

Otro de los principales objetivos del Ministerio Público dentro de esta fase indagatoria resulta ser la determinación, según lo expuesto, o preparación de la promoción del ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional, acorde con lo dispuesto por los artículos 21 Constitucional, 2, 3; y 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; y 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

En tal virtud es necesario señalar lo que debemos entender por acción penal. El maestro Arilla Baz refiere que "El poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional con el objeto de obtener del órgano de ésta una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de la conducta descrita en ella, recibe el nombre de acción penal. La acción penal es una acción declarativa,

puesto que se endereza a que el órgano jurisdiccional declare el derecho del Estado a ejecutar la pena.”⁷²

Diversos autores, con mayor acuidad, encuentran una notable diferencia entre acción penal y acción procesal penal; entre ellos destaca el maestro Manuel Rivera Silva, quien nos aporta “cuando en el mundo histórico aparece la comisión de un delito, el derecho abstracto del Estado se concreta surgiendo la obligación de actuar, o lo que es lo mismo aparece la acción penal, constituida así, por el derecho concreto de acudir al órgano jurisdiccional para que aplique la ley... Para pedir la aplicación de la ley, le es indispensable al órgano encargado de la exigencia del derecho persecutorio, preparar idóneamente su petición y, por tanto, como presupuesto necesario cerciorarse de la existencia del delito y de los autores del mismo. Se inicia aquí la preparación del ejercicio de la acción penal al través de una investigación... Agotada la averiguación y cerciorado el órgano encargado de ella (Ministerio Público) de la existencia de una conducta típica y de la imputación que de la misma se puede hacer, se presenta el momento culminante de la preparación del ejercicio de la acción penal... En este

⁷² ARILLA BAZ, Fernando. Op. Cit. p. 27.

momento termina la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal y surge el inicio del ejercicio de ella.”⁷³

• De lo anterior se colige que la acción penal es la facultad que tiene el Estado para que en beneficio del orden social ejercite el derecho cuando se ha cometido un delito, y la acción procesal es el conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional para que este con posterioridad pueda declarar el derecho.

El maestro Arilla Baz menciona las características propias del ejercicio de la acción penal, diciendo “La acción penal es una acción declarativa, puesto que se endereza a que el órgano jurisdiccional declare el derecho del Estado a ejecutar la pena... Es pública porque sirve a la realización de una pretensión estatal. Es única porque abarca todos los delitos cometidos por el sujeto pasivo, que no hayan sido juzgados. Es indivisible en cuanto recae sobre todos los partícipes del delito. Es intrascendente en virtud de que se limita a la persona responsable del delito. Es discrecional pues el Ministerio

73 RIVERA SILVA, Manuel. Op. Cit. p.p. 58 y 59.

Público puede o no ejercitarla... Es irrevocable, ya que la citada institución, puede desistirse de su ejercicio..."⁷⁴

A través de lo expuesto, intelegimos la importancia que revisten las diligencias de averiguación previa, ya que preparan el camino para que el órgano investigador pueda ejercitar acción penal en contra del probable delincuente. Sin embargo, es el propio maestro Jorge Silva Silva quien sostiene que dichas diligencias no son presupuestos para el ejercicio de la acción penal, cuando señala que "En oposición opuesta, sostenemos que la llamada averiguación previa no corresponde a un periodo necesario, indispensable, imprescindible, forzoso o ineludible para la promoción de la acción. Cuando menos, no encontramos precepto legal que así lo ordene directamente. Sostenemos, sí, que se trata de un periodo de preparación, donde se realizan actos similares a los que realizan en los llamados medios preparatorios a juicio en los campos civil y mercantil. Y que así como en éstos le es potestativo al potencial actor iniciar los medios preparatorios, así también le debe ser al potencial actor penal. En suma, a través del periodo de averiguación previa el potencial actor penal o su auxiliar realizarán los actos necesarios tendientes a determinar si

74 ARILLA BAZ, Fernando. Op. Cit. p.p. 27 y 28

promueve o no la acción penal.”⁷⁵

Contrariamente y como lo hemos indicado, el Ministerio Público ostenta el monopolio del ejercicio de la acción penal, acción que se encuentra determinada por la satisfacción de los requisitos establecidos en el artículo 16 Constitucional, por tanto, sabemos, también, que por mandato constitucional debemos ocurrir ante el órgano investigador, a fin de que éste la ejercite, por lo tanto, consideramos improbable que el órgano investigador según su propia naturaleza, no determine la practica de diligencias de averiguación previa que, cumplan con su función investigadora, además, de que la ley adjetiva establece la practica forzosa de distintas diligencias de averiguación previa para cada uno de los supuestos por ella establecidos, por ende, consideramos indefectible el periodo de averiguación previa como presupuesto del ejercicio de la acción penal y, consecuentemente, de la orden de aprehensión o comparecencia, en franca oposición a lo señalado por el maestro Jorge Silva Silva.

Por otra parte y siguiendo la

75 SILVA SILVA, Jorge. Op. Cit. p. 252

tónica expuesta en líneas pasadas por el maestro Sergio García Ramírez, cuando hicimos referencia a la facultad determinadora que cumple el Ministerio Público, en discrepancia con aquéllas que lo califican como un simple preparador, es menester apuntar que, respecto a la acción penal que debe ejercitar, también existen diversas dicotomías, ya que algunas posturas señalan que su función se constriñe a la de un simple requirente al promover la acción ante el órgano jurisdiccional y otras tantas que lo señalan como una institución determinante para su ejercicio, o su contrario, que sería el decretar el no ejercicio de la misma, o aún decidir la reserva de la averiguación por no contar con los elementos suficientes para su ejercicio. Al respecto nos ilustran los maestros Olga Islas y Elpidio Ramírez "el no ejercicio de la acción penal constituye una resolución prácticamente definitiva, que imposibilita la intervención del órgano jurisdiccional y, por tanto, impide que el individuo sea juzgado por un juez o jurado de ciudadanos. En lugar de ello, y esta aberración sólo ocurre en México, el individuo es juzgado por el poder ejecutivo a través del Ministerio Público." 76

Formalmente no podemos hablar

76 ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. Sistema Penal en la Constitución, Porrúa, México 1979, p. 77

que el Ministerio Público cumpla con una función jurisdiccional, es decir, declarar el derecho para juzgar a un individuo, pero materialmente nosotros afirmamos que cumple con tal función que podríamos llamar cuasi-jurisdiccional, puesto que no tan sólo puede decretar el no ejercicio de la acción penal, lo cual es lógicamente una resolución determinante, sino que, al ejercitar la acción penal, también decide respecto de los derechos que tiene una persona y la posible responsabilidad de otra. No hay que olvidar que el ejercicio de la multicitada acción, es una determinación que puede o no actualizarse. Ahora bien, si el Ministerio Público es el único facultado para ejercitarla, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿la resolución que emite dicha institución por la que decreta el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, determina la situación de una persona como probable responsable de una conducta delictiva o la libera de ocurrir ante el juez penal, además, permite la participación del órgano jurisdicente y con ello todas sus consecuencias?. Afirmamos que si, puesto que el Ministerio Público determina en tal virtud la situación de una persona, puesto que de existir otra institución o la posibilidad de ejercitar la acción penal a través de los particulares, podríamos deducir que el Ministerio Público no cumple con una función determinante al declarar la posible responsabilidad del sujeto que se presume activo de un delito, toda vez que

podríamos ocurrir ante el órgano jurisdiccional a través de otros medios, sin importar la declaración hecha por el órgano persecutorio, lo cual como lo sabemos no se actualiza en la especie, luego entonces, es aquél el único encargado de determinar la situación jurídica del probable responsable, hasta el momento de ejercitar la acción penal, puesto que el órgano investigador en el proceso, se sustituye de autoridad a parte procesal.

Así las cosas, una vez investigado el hecho delictivo; si se cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 16 Constitucional, el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal en contra del probable responsable es decir deberá consignarlo ante las autoridades judiciales. Consignar es "el acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo a disposición del juez las diligencias o al indiciado, en su caso, iniciando con ello el proceso penal a seguir."⁷⁷

Existen algunos autores que indican que el término de consignación sólo debe ser empleado cuando el Ministerio Público pone a disposición del órgano

⁷⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. Cit. p. 273.

jurisdiccional al detenido, por lo que para ellos la consignación se actualiza precisamente cuando lo consignado resulta ser el probable responsable, para nosotros consignar significa al igual que otros autores el poner a disposición algo, como por ejemplo poner a disposición del Juez Penal los hechos ocurridos con motivo de un hecho probablemente delictivo.

Para efectos de la orden de aprehensión o comparecencia, es requisito *sine qua non* el que no exista detenido que consignar ante las autoridades jurisdiccionales.

El artículo 16 Constitucional y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece los elementos que debe acreditar el Ministerio Público para ejercitar acción penal, los cuales deberán ser analizados por el órgano jurisdiccional, en su oportunidad. Tales como: los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del sujeto activo del delito. Los elementos del tipo penal según reza el último precepto son: la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro al que ha sido expuesto el bien jurídicamente protegido; la forma de intervención de los

sujetos activos; y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión. También, si el tipo lo requiere: las calidades del sujeto activo y del pasivo; el resultado y su atribuibilidad; el objeto material; los medios utilizados; las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; los elementos normativos; los elementos subjetivos específicos; y las demás circunstancias que la propia ley establezca. Por lo que respecta a la probable responsabilidad, la autoridad deberá constatar que no exista ninguna causa de licitud a favor del inculpado.

Dichas causas de licitud las encontramos inmersas en lo dispuesto por el capítulo IV, título primero artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

De acuerdo a lo establecido por el precepto legal citado, lógicamente, el Ministerio Público debe hacer una clasificación legal de los hechos considerados como delito o delitos, de ahí que el epígrafe del presente trabajo se denomine como reclasificación del delito, puesto que nosotros afirmamos que la primera clasificación que se realiza de aquéllos, la efectúa, por simple lógica, el órgano investigador, por lo tanto, si el órgano jurisdiccional la modifica está realizando una reclasificación del mismo. A

pesar de ello, la mayoría de los criterios jurisprudenciales se han inclinado en pro de que el Ministerio Público no realiza una clasificación legal de los hechos, puesto que lo anterior incumbe al Juez penal, ya que la función del órgano acusatorio es nada más la de consignar hechos, no el derecho. Formalmente pensamos que lo anterior así debería de presentarse, pero también pensamos que el Ministerio Público debe clasificar la conducta delictiva por la que ejercita acción penal en contra de una persona, ya que sostener lo contrario, nos llevaría al absurdo de señalar que dicho órgano acusatorio, sabe que existió una conducta delictiva, pero no sabe cual es.

Por todo lo expuesto, afirmamos que una vez satisfechos los requisitos de procedibilidad; cumplidas las diligencias de averiguación previa, donde el Ministerio Público determinó el ejercicio de la acción penal al haberse acreditado los elementos del tipo penal, así como la probable responsabilidad de la persona o personas a quienes se les imputan los hechos delictivos, podrá ejercer acción penal en contra de éstos ante el órgano jurisdiccional.

La consignación, como hemos apuntado se realiza ante el juzgador penal, ante el sujeto

procesal que decide sobre el fondo controvertido, es decir, el que resuelve la contienda, el cual debe tener una capacidad subjetiva en abstracto que, se identifica con la serie de requisitos que debe cumplir con motivo de su nombramiento, una vez que ha sido electo; capacidad subjetiva en concreto, es decir, que no tenga impedimento alguno para desempeñar su función; y capacidad objetiva, sinónimo de competencia.

Por otra parte, es preciso señalar que, ya sea la orden de aprehensión o comparecencia deben ser solicitadas al realizar la consignación de los hechos ante el Juez penal, habida cuenta de que otro de los presupuestos para el libramiento de ambas lo constituye la petición que realice el Ministerio Público al respecto, artículo 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En cuanto al tiempo en que deben ser solicitadas afirmamos que corresponde a un fin lógico, amén de lo dispuesto por el artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual, aunque un tanto ambiguo, establece la concomitancia entre la petición de la orden de aprehensión o comparecencia al momento de ejercitarse acción penal. En tal

sentido el precepto legal expresa: ...El juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión o comparecencia... dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación, la cual es el paso siguiente al ejercicio de la acción penal. Es decir, para que se acuerde la radicación se necesita el ejercicio de la acción penal y, si para ordenar la aprehensión o comparecencia se tienen cinco días posteriores al auto de radicación, entonces las medidas cautelares deben solicitarse al ejercer acción penal.

Es importante establecer la definición propia, requisitos y efectos del auto de radicación; así las cosas, el maestro Colín Sánchez menciona que "el auto de radicación es la primera resolución que dicta el órgano de la jurisdicción, con ésta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que, tanto el Ministerio Público como el procesado, queden sujetos a partir de ese momento, a la jurisdicción de un tribunal determinado. Esta resolución judicial debe contener los requisitos siguientes: la fecha y hora en la que se recibió la consignación; la orden para que se registre en el libro de gobierno y se den los avisos correspondientes, tanto el Superior como al Ministerio Público adscrito, para que este

último intervenga, de acuerdo con sus atribuciones; y la orden de practicar las diligencias señaladas en la Constitución General de la República y el Código de Procedimientos Penales, si hay detenido; cuando no lo hay, deberá ordenar el juez que se hagan constar sólo los datos primeramente citados para que, previo estudio de las diligencias, esté en aptitud de obsequiar la orden de aprehensión, o negarla." 78

Debemos advertir que el maestro Jorge Silva Silva identifica un auto que el llama de procesamiento provisional que es distinto al auto de radicación, en él menciona que "luego de que el tribunal radica el proceso, normalmente realiza una serie de razonamientos que pueden llevarlo a declarar que los hechos que se le someten son susceptibles de ser calificados como un delito y la aparente responsabilidad de alguna persona (independientemente que estén demostrados). A consecuencia de estas consideraciones, el tribunal ordenará la personación del gobernado." 79

Es precisamente en esta serie

78 Ibidem. 278

79 SILVA SILVA, Jorge, op. Cit. p. 296.

de razonamientos efectuados por el órgano jurisdiccional donde encontramos los elementos suficientes por los cuales el juzgador debe hacer una reclasificación de los hechos delictivos puestos a su conocimiento, si lo considera oportuno, tal y como en su oportunidad habremos de discernir.

Al respecto, es dable destacar que la mayoría de los estudiosos no encuentra mayor distinción entre dichos conceptos, puesto que al hablar del auto de radicación contemplan los supuestos señalados por el maestro Silva dentro del auto de procesamiento provisional.

Por su parte los efectos del auto de radicación, producen como consecuencia jurídica, que el Juez conozca en exclusividad de los hechos materia de la averiguación, atento al principio teórico- práctico de la indivisibilidad de la acción penal. Además, dicho auto fija la jurisdicción del Juez y vincula a las partes al órgano competente, entre ellas al Ministerio Público que deja de tener el carácter de autoridad por el ejercicio de la acción penal, para asumir su calidad de parte, sin que pueda adoptar en el mismo asunto el doble aspecto de autoridad y parte.

Por lo que toca a los requisitos del auto de radicación el maestro Rivera Silva asienta " el auto de radicación no tiene señalado en la ley ningún requisito formal y lo que forzosamente debe contener en su misma esencia, ubicada en la manifestación de que queda radicado algún asunto. En la práctica, estos autos contienen los elementos que señala Franco Sodi y que son: Nombre del Juez que lo pronuncia, el lugar, el año, el mes, el día y hora en que se dicta y mandatos relativos a lo siguiente: I. Radicación del asunto. II. Intervención del Ministerio Público. III. Orden para que se proceda a tomar al detenido su preparatoria en audiencia pública. IV. Que practiquen las diligencias necesarias para establecer si está o no comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad (hoy en día hablamos de elementos del tipo penal y probable responsabilidad); y V. Que en general, se facilite al detenido su defensa, de acuerdo den las fracciones IV y V del artículo 20 Constitucional."⁸⁰

Como se puede intelegir, algunos de los requisitos establecidos por el citado maestro se dirigen al supuesto de que exista la consignación con detenido, por haberse actualizado la flagrancia o

⁸⁰ RIVERA SILVA, Manuel. Op cit. p. 157.

el caso urgente (artículo 16 Constitucional).

Para el caso en particular de nuestro estudio y también como presupuestos de la orden de aprehensión o comparecencia, es necesaria la radicación del juez penal de la consignación hecha por el órgano acusador, puesto que de no ser así, por simple lógica, no podría librarse ninguna de las medidas cauteales al no prevenir el juez el conocimiento del asunto respectivo.

Para la orden de aprehensión o comparecencia, el juzgador deberá estudiar y razonar si de los datos que el Ministerio Público ha hecho de su conocimiento aparecen comprobados los requisitos establecidos por el artículo 16 Constitucional, es decir, tanto la probable responsabilidad del consignado como los elementos del tipo penal correspondiente. Quizá este razonamiento del juzgador lo lleve a decretar el procesamiento provisional del que nos habla el maestro Jorge Silva Silva y determine así la personación del probable responsable del delito a través de la orden de aprehensión o comparecencia, según sea el caso.

Por último, es necesario distinguir la orden de aprehensión de la comparecencia, a fin

de intelegir el último de sus supuestos. Así las cosas, la diferencia abismal que distingue a la orden de aprehensión de la de comparecencia lo constituye el hecho de que para librar la primera será necesario que el delito que se impute al probable responsable sea, cuando menos, sancionado con pena privativa de la libertad, es decir, para dictar una orden de aprehensión es requisito *sine qua non* el que el hecho determinado como delito sea sancionado con pena privativa de libertad antes llamada pena corporal.

De tal suerte que, cuando el hecho señalado como delito, se sancione con pena que no merezca la privación de la libertad, o bien, que éste se sancione con pena alternativa dará lugar a que el juez penal dicte una orden de comparecencia en lugar de la de aprehensión.

La anterior distinción obedece a que una persona, obligada a comparecer ante la autoridad que lo requiere, sólo se verá afectada con una restricción de su libertad que, culminará después de ser presentado ante el juez penal, en cambio, la orden de aprehensión o detención implica el apoderamiento de la persona para someterla a un estado de privación de libertad depositándola en un lugar que preste la seguridad necesaria para que no se evada.

Por lo tanto, para que se actualice una orden de aprehensión o comparecencia, también nosotros señalamos como requisito necesario, el que el juez del conocimiento determine si el delito imputado al consignado es merecedor de una pena privativa de libertad o simplemente que no amerite dicha pena o ésta sea alternativa.

Como corolario del presente apartado y según lo antes expuesto listamos los presupuestos de la orden de aprehensión o comparecencia:

- a).- Regulación de las diversas conductas calificadas como delitos dentro de la ley sustantiva.
- b).- Conducta delictiva.
- c).- Requisitos de procedibilidad.
- d).- Auto de *inquirendum*
- e).- Diligencias de Averiguación Previa.
- f).- Satisfacción de las cuestiones prejudiciales (calumnia)
- g).- La constatación de que no opere a favor del indiciado algún aspecto negativo del delito.
- h).- Promoción de la acción penal ante el juez competente.
- i).- Solicitud de la orden de aprehensión o comparecencia por parte del Ministerio Público.

j).- La radicación del asunto por parte del órgano jurisdiccional.

k).- El análisis profundo por parte del juzgador y la declaración que haga al respecto, a efecto de establecer la satisfacción que se ha hecho de los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional, relativos a la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del sujeto activo del delito.

l).- La diferenciación que realice el juzgador a fin de determinar cual de las mediadas cautelares habrá de dictar, en virtud de la pena que sea atribuible a la conducta calificada como delito.

C) SU CONTENIDO FORMAL Y SUBSTANCIAL.

Dentro de la ley adjetiva penal aplicable no encontramos precepto legal alguno que determine, en específico, la forma que debe revestir, tanto la orden de aprehensión, como la de comparecencia, por lo tanto, intentaremos hacer un análisis de las disposiciones comunes a todas las resoluciones judiciales, a fin de intelegir cuales les son aplicables.

El artículo 62 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que todas las resoluciones judiciales deberán contener la fecha en que se pronuncien; los decretos se reducirán a expresar el trámite y los autos contendrán una breve exposición del punto de que se trate, sus fundamentos legales y la resolución en sí misma.

El artículo 64 del mismo ordenamiento, señala que las resoluciones deberán ir firmadas por los jueces o magistrados y por el secretario.

Al tenor de lo expuesto, no siendo la orden de aprehensión o de comparecencia un simple decreto por no tratarse de una cuestión de mero trámite, sino que implica la restricción de la libertad deambulatoria del probable responsable; ni lógicamente una resolución que termine con la instancia resolviendo el asunto en lo principal; podemos afirmar que estas medidas cautelares son autos dictados por el juez penal. Por ende, deben revestir la forma establecida en el artículo 62 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, esto es, deben contener una breve motivación del porqué se dicta dicho mandamiento, su fundamentación legal y la propia resolución,

además de la firma del juez y de su secretario como requisitos formales de tales mandatos. .

En lo tocante a los requisitos sustanciales, es menester señalar que, tanto la ley adjetiva penal aplicable, como nuestra Ley Fundamental, obligan al órgano jurisdiccional a fundar y motivar debidamente todas sus resoluciones judiciales; en tal virtud para encontrar la adecuación entre la norma fundatoria y el caso concreto, es necesario que las medidas cautelares en estudio se expidan cumpliendo cabalmente con lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, es decir, para librar cualquiera de ellas es indefectible el que existan datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado; puesto que nosotros afirmamos que ambos requisitos deben encontrarse debidamente razonados como elementos estructurales de la orden de aprehensión o comparecencia.

En otras palabras, los requisitos sustanciales de la orden de aprehensión o comparecencia, son la declaración judicial que realice el juez penal competente, a efecto de señalar que existen datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado; con independencia de los razonamientos propios que sean aplicables al caso

concreto, puesto que si todo mandamiento judicial debe encontrarse debidamente fundamentado y motivado, luego entonces, es necesario que el juzgador declare razonadamente la satisfacción de los requisitos del artículo 16 Constitucional, acorde con las circunstancias y particularidades del caso concreto que tenga que resolver.

Además, acorde con el diverso fundamento que debe existir para dictar, ya sea, una orden de aprehensión o una de comparecencia, acertamos que, al hablar de la primera, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de justificarla, en razón de que la conducta calificada como delito sea cuando menos castigada con pena privativa de libertad, puesto que de lo contrario, tendría que librar una orden de presentación. Por lo anterior, consideramos necesario como elemento estructural de ambas medidas cautelares, el razonamiento lógico que nos ofrezca el juzgador para justificar la expedición de una orden de aprehensión en lugar de una de comparecencia; en la inteligencia, de que no debemos entenderla como una explicación del porqué se dicta una en lugar de la otra, sino sencillamente expresar su razonamiento lógico que fundamente la expedición de cualquiera de ellas, con lo cual tendríamos por excluida a la otra.

Así las cosas, es necesario que el juzgador al motivar su resolución aporte como requisito sustancial de las medidas cautelares, la satisfacción de los requisitos establecidos en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, así como el razonamiento del porqué se dicta una en lugar de la otra.

No queremos omitir que al empezar este capítulo mencionamos que la fundamentación y motivación eran requisitos formales de la orden de aprehensión o comparecencia, según lo preceptuado por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y, con posterioridad, también afirmamos que la motivación y de cierto modo la fundamentación eran requisitos sustanciales de tales resoluciones judiciales, lo cual pensamos es correcto, puesto que al inmiscuirlos como requisitos de fondo no estamos excluyéndolos de la posibilidad de ser contemplados como requisitos de forma, puesto que en el particular pensamos, que los requisitos de fondo se encuentran imbitos en la forma.

D).- SUS PRINCIPALES FINES JURÍDICOS.

El principal fin jurídico de los mandatos judiciales analizados en el presente capítulo, radica, creemos, en servir como medidas cautelares que permitan la consecución de las medidas definitivas, es decir, preparan el camino para que las segundas lleguen a actualizarse dentro del procedimiento penal.

Es preciso recordar que las medidas cautelares son, en materia penal, los medios jurídico-materiales que nos permiten hacer posible la imposición de una pena establecida por sentencia condenatoria, esto es, contribuyen sustancialmente a la consecución y actualización del ius puniendi del Estado. En otras palabras, las medidas cautelares permiten hacer exitosa la imposición de las providencias definitivas dictadas al término del proceso.

Para una mejor comprensión de lo aducido, intentaremos ejemplificar a grandes rasgos la finalidad jurídico-material de la orden de aprehensión o comparecencia. De tal suerte tenemos que, cuando el delincuente no fue aprehendido en el momento de cometer el acto u omisión que sancione una ley penal, o bien, no se hayan actualizado los supuestos del caso urgente para ordenar

una detención ministerial y, toda vez que tras las diligencias de averiguación previa el Ministerio Público considera que se han acreditado los elementos del tipo penal y la existencia de datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado, aquél ejercita acción penal ante el órgano jurisdiccional, solicitándole que libre orden de aprehensión o de comparecencia, según se trate de un delito que sea cuando menos sancionado con pena restrictiva de la libertad para que opere la primera o de lo contrario estaremos en presencia de la segunda.

Pensemos, un sujeto que ha cometido un delito y no fue capturado al momento de llevarlo a cabo, como tampoco se ha presentado de *motu proprio* ante el órgano investigador a aceptar su responsabilidad, generalmente intentará evadirla, escondiéndose o buscando los medios idóneos que lo aparten de aquélla, con el fin de no ser aprehendido y llevado ante las autoridades competentes.

Bajo este tenor, los medios que nos sirven para intimar al sujeto activo de un delito ante el órgano jurisdiccional, el cual está encargado de aplicar la pena correspondiente, son precisamente los mandatos judiciales a que nos hemos referido, puesto que ambos obligan al probable responsable a presentarse ante el juez penal y

así vincularlo de una u otra forma con su responsabilidad penal.

Con motivo de la orden de aprehensión, el sujeto a ella, queda a disposición del órgano jurisdiccional hasta en tanto se homologue la pena restrictiva de libertad con el auto de formal prisión o se den los supuestos (libertad por falta de elementos o libertad bajo caución) para que el individuo quede en libertad. Por lo que toca a la orden de comparecencia, el sujeto es invitado a que acuda ante el órgano jurisdiccional a rendir su declaración, si no lo hace, se verá sujeto a una "orden de acompañamiento" para que acuda, aún por la fuerza, ante el juez del conocimiento, hecho lo anterior, quedará sin requisito alguno en completa libertad.

Como se vislumbra, en ambas medidas cautelares el probable responsable entra en contacto directo con el órgano jurisdiccional, quien deberá, queremos pensar, tomar las medidas necesarias y aplicar los mecanismos existentes a fin de prevenir una posible ocultación del sujeto activo del delito. Uno de los mecanismos efectivos es precisamente la detención que sufre, inmediatamente después de ejecutarse la orden de aprehensión.

Particularizando, las medidas cautelares cumplen según su propia naturaleza con la posibilidad jurídica y material de ejecutar la eventual condena en contra del probable responsable; obtener la presencia y disponibilidad de dicho sujeto para llevar a cabo diversos actos ante el juez competente; impedir que se pudieren destruir pruebas o sus fuentes; además, protegen al probable sujeto activo del delito en contra de una venganza privada. Dichos fines, son señalados por el maestro Jorge Silva Silva en su libro intitulado Derecho Procesal Penal.

Tales finalidades son cumplidas en una u otra medida por la orden de aprehensión y la de comparecencia, esto es, ambos tienden a la posibilidad jurídica de ejecutar una pena, puesto que la primera al mantener al probable responsable en un estado de detención permite que, con posterioridad, se determine en su contra la prisión preventiva y, después, se ejecute la pena; la orden de comparecencia no mantiene el sujeto en un estado de detención, pero si lo hace sabedor de su posible enjuiciamiento y condena, por tanto, también ayuda a que dicho sujeto conozca la responsabilidad que puede llegar a tener con motivo del proceso que se le puede incoar, incluso, pensamos que al rendir comparecencia, el juez penal debe

indagar los datos que permitan encontrar siempre al probable responsable.

Un punto indispensable y que al parecer no se hace mayor énfasis de él, radica en el hecho de que, tanto la orden de aprehensión como la de comparecencia, sirven como medios jurídicos que nos permiten lograr el éxito de otros, como lo es la declaración preparatoria del probable responsable, y con ello todas sus consecuencias legales.

Los estudiosos del tema parecen olvidar que existe un acto posterior a las medidas cautelares multicitadas que al parecer constituye el fin inmediato y más importante de la orden de comparecencia y uno de los fines, no menos importante, de la orden de aprehensión. El artículo 20 Constitucional contempla a la declaración preparatoria como un acto obligatorio, es decir, acto indefectible dentro del procedimiento penal, el cual no podría llevarse a cabo si no existieran las medidas cautelares indicadas.

Si un probable delincuente no se presenta voluntariamente a rendir su declaración preparatoria, ni existiesen los medios jurídicos idóneos que lo obliguen a presentarse ante el juez competente para tal

fin, estaríamos jurídicamente imposibilitados para continuar con la prosecución del procedimiento penal y, entonces, no podríamos llegar a la aplicación de la pena en contra de dicho sujeto. Por lo tanto, la orden de aprehensión y la de comparecencia permiten cumplir a plena satisfacción con dicho acto (declaración preparatoria), es decir, preparan el camino para que se dicte al final del proceso la providencia definitiva (sentencia).

Por lo que respecta a otro de los fines de tales mandatos judiciales, el cual consiste en el impedimento de que el probable responsable destruya las pruebas que pudieren afectarle, nos parece en la práctica un tanto falaz, puesto que el éxito de dicho fin depende en gran medida de la propia conciencia que tenga al respecto el probable responsable, puesto que no descartamos la posibilidad de que, a pesar de estar sujeto a cualquiera de los mandatos judiciales en cita, ordene por conducto de otras personas el logro de dicho objetivo, es decir, la destrucción de los medios de prueba; sin embargo, como uno de los fines de dichos mandatos, resulta por demás justificado.

Otro de los fines de las llamadas medidas cautelares, es el que se impida la cada vez

más recurrente venganza privada, es decir, se trata de evitar que el probable responsable sea castigado según la medida y propia mano de la persona que se dice víctima u ofendida. Resulta ser más factible la consecución de dicho fin dentro de la orden de aprehensión que en la de comparecencia, en virtud de que en la primera el probable responsable se encuentra detenido en los lugares indicados para tales efectos, sin embargo, con la simple orden de comparecencia la víctima del delito o el ofendido pudieren ver colmada su anhelada venganza al constatar que la autoridad judicial ha tomado las riendas del asunto. Por tanto, no omitimos señalar que también la orden de comparecencia cumple en cierta medida con la consecución de tal fin.

Como se colige a simple vista, los mecanismos que nos ofrece la orden de aprehensión en comparación con los de la orden de comparecencia, parecen ser más adecuados para cumplir con la función que debe revestir una medida cautelar de tal naturaleza, empero, no creemos que exista alguien que pueda negar que la simple comparecencia del consignado, no pueda lograr los mismos fines jurídicos.

Cuestión para reflexionar, parece la simple gravedad que reviste la orden de aprehensión para que el sujeto a ella busque los medios para evadirse de

su responsabilidad, situación que quizá no se presente con tanta regularidad al dictarse y ejecutarse una orden de comparecencia, puesto que sus consecuencias son menos drásticas.

En la práctica, una orden de comparecencia que se actualiza, diremos, para "delitos menos castigados", pareciera presentarse en personas que no son delincuentes consuetudinarios y muy probablemente con su simple comparecencia ante el órgano jurisdiccional, los obligue a no evadir su responsabilidad penal que será resulta por sentencia definitiva, máxime si se indagan los datos necesarios, en la diligencia respectiva, a fin de conocer su lugar de residencia o lugar análogo; ni tampoco impida que éstos se presenten ante el juez penal cuando sean requeridos; o que no se logre la destrucción de los medios de prueba que, como hemos señalado, pareciera ser una cuestión de tipo subjetivo; o tampoco se logre con ella que el probable responsable no sea sujeto de una venganza privada.

A la sazón, los fines jurídicos de los mandatos judiciales parecen expandirse a los fines propios de las medidas cautelares, bajo las particularidades que hemos expuesto de ellas.

II.2 LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO.

a).- SU DEFINICIÓN.

Amen de parecer una definición poco ilustrativa, reclasificar el delito significa volver a clasificarlo, esto es, una vez que el acto u omisión que sanciona la ley penal se ha actualizado, existe una primera forma de indicar a cual de todas las conductas descritas en la ley penal sustantiva corresponde la conducta que es analizada y, con posterioridad, cabe la posibilidad de indicar nuevamente otro de los tipos que corresponda a la misma conducta, con lo cual se pretende hacer una correcta adecuación de los hechos delictivos atribuibles al tipo penal correspondiente.

Cuando existe la transgresión a una norma penal, como hemos indicado, el Ministerio Público debe conocer de ella a través de los requisitos de iniciación; practicadas las diligencias respectivas dentro de la averiguación previa y en el entendido de que dicho órgano acusador considera que se han reunido los elementos del tipo penal y acreditado la probable responsabilidad del indiciado, acorde a lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, ejercita acción penal ante el órgano jurisdiccional, haciéndolo conocedor, según nos dice la

Suprema Corte, de tan sólo los hechos que se consideran como delictivos y, no así, de una clasificación legal de los mismos, lo cual corresponde exclusivamente al juez penal.

Sin embargo, Para tener por acreditados los elementos del tipo penal, por simple lógica, forzosamente el Ministerio Público debe referirse a un tipo en particular que se encuentre contemplado dentro de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, es decir, para cumplimentar los requisitos manifiestos en el artículo 16 Constitucional, el Ministerio Público debe referirse indefectiblemente a un tipo penal en concreto, puesto que no puede tener por acreditados los elementos del delito sin saber a que tipo penal corresponde la conducta desplegada por el probable responsable, por ende, consideramos materialmente que la primera clasificación legal de los hechos delictivos la efectúa el órgano investigador.

A pesar de que el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, inclusive, indica cuales son los elementos del tipo penal que deben quedar acreditados para ejercitar acción penal; en diversas jurisprudencias se ha sostenido que el Ministerio Público sólo puede consignar hechos. Lo anterior nos parece un tanto absurdo, puesto que no se

pretende que está clasificación ministerial sea la única, la verdadera, sino que simplemente no se niegue su existencia y funcionalidad.

Al tenor de lo expuesto, el órgano jurisdiccional puede y debe realizar la clasificación legal de los hechos delictivos que el Ministerio Público hace de su conocimiento, puesto que no puede quedar vinculado a la clasificación hecha por dicha institución.

Cuando el juez de la causa considera que la clasificación hecha por el Ministerio Público es errónea, debe volver a clasificar los hechos delictivos según los propios razonamientos y convicciones que tenga al respecto, es decir, debe reclasificar la calificación legal de los hechos que, como lo expusimos en el capítulo uno, significa hacer una nueva clasificación de la conducta delictiva y, no así, variar la historia o aportar nuevos hechos a la misma.

En resumen, la reclasificación del delito se reduce a clasificar de nueva cuenta los hechos delictivos clasificados por el Ministerio Público, los cuales hace del conocimiento del juzgador, y si éste considera errónea dicha clasificación la podrá variar según sus propios

argumentos, sin que cambie los hechos que le han sido dados a conocer por el órgano acusador, sino que simplemente puede variar la calificación legal de los mismos.

B).- MARCO DOCTRINAL.

Diversos son los autores que nos hablan de la clasificación legal de los hechos delictivos; empero; éstos se concretan a estudiarla dentro del auto de término constitucional, pues es dentro de dicha resolución donde tiene que quedar establecida la *litis*, es decir, tanto por mandato Constitucional, como por disposición de la ley secundaria, el juez penal debe establecer el delito o delitos por los que se debe seguir proceso al probable responsable dentro del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, justificación que se plantea como restricción al estudio de la clasificación del delito dentro de otra etapa procedimental.

En la mayoría de los casos se omite el hablar tan siquiera de una reclasificación de los hechos, puesto que argumentan que la única clasificación que puede existir es la que en su oportunidad debe realizar el órgano jurisdiccional, sin reparar en la lógica clasificación legal que hace el Ministerio Público al ejercer acción penal.

A la gran mayoría tampoco parece preocuparles la clasificación o reclasificación del delito al momento de librarse una orden de aprehensión o comparecencia, puesto que como hemos mencionado, dicha clasificación les parece ser exclusiva del auto de término Constitucional.

El maestro Zamora Pierce, nos menciona al respecto "... el Constituyente otorgó al juez, y solamente a él, la facultad de hacer la calificación jurídica de los hechos consignados por el Ministerio Público, en el auto de formal prisión, y únicamente en esa oportunidad procesal..."⁸¹ En dicho parágrafo parece quedar resumida la idea generalizadora que prevalece al respecto.

Sin embargo, es el inclito maestro quien después señala " el juez debe fijar la litis, mediante la clasificación precisa del delito, en el auto de formal prisión. El nombre típico que el denunciante o querellante atribuyan a los hechos carece de trascendencia y a nadie obliga. Por su parte, el Ministerio Público ejerce la acción penal sobre hechos y, si bien en su consignación los

⁸¹ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. Cit. p. 150.

tipifica bajo un nombre determinado, es ésta una clasificación provisional que el juez es libre de cambiar en el auto de término. En la misma forma, el juzgador puede variar, en el auto, la clasificación hecha por el mismo en la orden de aprehensión..."⁸²

Es preciso destacar que el propio jurista refiere que, efectivamente el Ministerio Público hace una clasificación de los hechos delictivos al ejercer acción penal y, después, también señala que el juez penal puede variar la clasificación hecha por él al dictar la orden de aprehensión, implícitamente reconoce que al librarse una orden de aprehensión el juez del conocimiento hace una clasificación del delito.

El maestro Sergio García Ramírez nos ilustra " es preciso distinguir, siempre, entre modificación de los hechos por los que se sigue el proceso y variación de la clasificación técnica de tales hechos. Ésta es posible en ciertos casos; aquélla, en cambio es impracticable una vez que se ha resuelto la formal prisión."⁸³ Como lo hemos expuesto, el artículo 19 Constitucional

⁸² *Ibidem.* p.p. 151 y 152.

⁸³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. p. 372

sólo refiere que los hechos delictivos no pueden ser variados por el órgano jurisdiccional, pero faculta al propio juzgador a variar la clasificación de los mismos si es que se considera apropiado. Criterio sustentado por nuestro más alto tribunal y por los estudiosos de la materia.

El maestro Jorge Silva Silva expone que "el objeto del proceso penal tiene como elemento al dato o los datos de orden fáctico, que constituye la materia de un proceso (*causa pretendi*). No es posible ni lógico pensar que la materia de un proceso sea la calificación jurídica de ciertos hechos, ya que la materia propia del proceso son esos hechos (*causa pretendi*). Incluso en el propio artículo 19 precisa, como lo dejamos asentado en líneas atrás, que en el auto de procesamiento debe asentarse, no el *nomen iuris* del tipo penal, sino los datos que acrediten los elementos de ese *nomen iuris*..."⁸⁴

Tal y como lo expone el maestro Silva Silva, el *nomen iuris* del delito no es el que debe quedar estrictamente especificado dentro del auto de término constitucional, sino los datos que lo acrediten. Dicha

84 SILVA SILVA, Jorge. Op. Cit. p. 322.

postura ha sido sustentada a lo largo del presente trabajo, puesto que hemos indicado que el artículo 19 constitucional al señalar que si apareciere otro delito dentro de la secuela procesal, éste deberá ser sujeto a la iniciación de una nueva averiguación previa, en tal caso el legislador se refirió a la aparición de nuevos hechos no a la clasificación hecha con el *nomen iuris* del delito.

En resumen los autores parecen ser proclives al señalar que la clasificación del delito dentro del auto de término constitucional se refiere precisamente a establecer los hechos por los cuales debe iniciarse el proceso en contra del probable responsable, empero, nosotros creemos que la clasificación legal de éstos hechos produce varias y distintas consecuencias, como lo es la orden de aprehensión o comparecencia, puesto que de la clasificación legal que se haga de los mismos depende el libramiento de la una o de la otra, pero tampoco sostenemos que dicha clasificación deba ser perpetua dentro del proceso penal.

C). QUIEN PUEDE HACER LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO.

Como lo expusimos en su oportunidad, el Ministerio Público al ejercer acción penal en contra del probable responsable, debe, por simple lógica, hacer una clasificación del delito por el cual ejercita dicha acción, no obstante sabemos que nuestro más alto Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que dicho órgano investigador sólo debe consignar hechos puesto que el derecho es propio del órgano jurisdiccional. No pretendemos variar este criterio sino que simplemente no encontramos razón lógica que impida al Ministerio Público el hacer una clasificación de los hechos delictivos, máxime que, tanto el artículo 16 constitucional, como el 122 del Código de Procedimientos Penales, exigen a dicha institución que al ejercitar acción penal tenga por acreditados los elementos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del consignado, por ende, no podemos aseverar que el Ministerio Público tenga por acreditados los elementos del tipo penal cuando no sabe a que tipo penal debe referirse. Es una cuestión lógica que debe quedar plenamente establecida como fundamento y motivación de la promoción del ejercicio de la acción penal.

Por otra parte, tampoco pretendemos que dicha clasificación sea la única, invariable, puesto que, efectivamente, el único que debe decir el derecho es el juez penal.

Si el órgano jurisdiccional es el único que puede decir el derecho (jurisdicción), éste puede variar la clasificación hecha por el Ministerio Público cuando lo considere diligente.

Nosotros sabemos que los agentes del Ministerio Público deben ser conocedores del ámbito jurídico, puesto que su propia naturaleza, como las leyes que los regulan así se los exige; sin embargo, pudiera darse el caso de que el juez penal discrepe de la clasificación hecha por el Ministerio Público al ejercer acción penal, no obstante, repetimos, la presumida pericia técnica que deben ostentar; en tal sentido, el juez del conocimiento debe hacer una nueva y correcta clasificación del delito si encuentra los elementos para tal efecto. Bajo este tenor estaríamos en presencia de una reclasificación del delito.

Ahora bien, sostenemos que el juez penal es el encargado de hacer dicha reclasificación puesto que como lo señala el maestro Jesús Zamora Pierece " el constituyente, al atribuir al juez y sólo a él, la facultad de señalar el tipo que corresponda a los hechos imputados al inculpado por el Ministerio Público, aplicó el principio general del Derecho *Iura novit curia*, conforme al

cual corresponde al juez calificar la relación jurídica, es decir, determinar la norma que la rige. El juez aplica el Derecho con prescindencia, y aún en contra de la opinión jurídica de las partes, pues sólo a él corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma que estime adecuada. Este aforismo está relacionado con otro, de capital importancia en la vida del proceso: *Da mihi factum, dabo tibi ius*, el cual nos recuerda, de manera aún más terminante, que la exposición de los hechos corresponde a las partes, reservándose al juez el conocimiento y aplicación del Derecho".⁸⁵

Es sumamente claro que el órgano jurisdiccional es el encargado de pronunciar el derecho, pero no obsta que materialmente el órgano investigador realice una clasificación de los hechos al ejercitar acción penal. El juzgador no quedará vinculado a dicha clasificación sino que por simple lógica tal clasificación es necesaria para tener por acreditados los elementos del tipo penal puesto que, insistimos, no se puede tener por acreditados los elementos del tipo penal cuando no sabemos a cual de ellos nos referimos.

⁸⁵ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. Cit. p. 157.

Sí el órgano jurisdiccional es el encargado de pronunciar el derecho, éste es el único facultado jurídicamente para establecer a que tipo penal corresponde la conducta ejecutada por el imputado, en virtud de que de los datos que le suministre el órgano acusador, estará en posibilidades materiales y jurídicas para hacerlo.

Sabemos ya que al órgano jurisdiccional le corresponde hacer la clasificación legal del hecho u hechos delictivos o reclasificación de los mismos como nosotros apuntamos, atendiendo a la primera clasificación material efectuada por el Ministerio Público, por lo tanto, nos faltaría saber el momento en que el juez penal puede hacer dicha reclasificación, por lo que el siguiente apartada se ocupara de ello.

D) CUANDO PUEDE HACER ESTA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO.

Atendiendo el epígrafe del presente trabajo, el órgano jurisdiccional debe hacer una reclasificación de los hechos, si así lo considera oportuno, al momento mismo de dictar la orden de aprehensión o comparecencia, puesto que se presume que al dictar cualquiera de dichos mandatos, está en pleno conocimiento de los hechos

aportados por el Ministerio Público y en conocimiento del derecho que debe aplicar, en tanto que dichos mandatos judiciales deben revestir los requisitos de fundamentación y motivación que se establecen en el artículo 16 constitucional, las cuales son garantías que deben observar los mandatos que en la especie ostenten la misma naturaleza jurídica.

En efecto, haciendo un poco de memoria debemos acordarnos que después de que el juzgador ha radicado el asunto por el cual el Ministerio Público ejercitó acción penal, debe hacer un análisis propio de los hechos que han puesto a su conocimiento y consideración, a fin de dictar una orden de aprehensión o comparecencia (auto de procesamiento provisional), por ende, no encontramos razonamiento legal alguno para que, en su caso, fundamente y motive sus resoluciones conforme al tipo penal correspondiente, ya sea que ratifique la clasificación "lógica" hecha por el Ministerio Público o reclasifique la conducta delictiva del imputado.

Consideramos que el órgano jurisdiccional al hacer el estudio de los elementos que le aporta el órgano acusador se encuentra en plena aptitud material y jurídica de realizar la reclasificación del delito

si es que lo considera oportuno, puesto que no puede evadirse de dicha responsabilidad, ya que cuenta con los elementos suficientes.

Advertimos que dicha clasificación legal debe ser provisional puesto que al desahogarse la declaración preparatoria del imputable, puede allegarse de nuevos elementos como lo es la propia declaración de aquél, así como de las pruebas que éste ofrezca. Pero no dudamos que el juez debe fundamentar y motivar perfectamente el libramiento de los multicitados mandatos clasificando los hechos delictivos acorde con el tipo penal correspondiente, amén de que cuenta con los suficientes elementos para ello.

Por otra parte y también como un presupuesto lógico, sabemos que la orden de aprehensión y la de comparecencia encuentran su punto de discrepancia, al ventilarse una conducta que sea cuando menos castigada con pena privativa de la libertad, puesto que de ser este el caso, el juez penal librará una orden de aprehensión en lugar de la de comparecencia y, en caso contrario, ordenara la comparecencia del probable responsable.

Es dable preguntarnos ¿si el juez penal no especifica el delito por el cual debe librarse una orden de aprehensión o comparecencia, como sabremos si el supuesto delito es cuando menos privativo de libertad?, consideramos ilógico que si el juez no sabe a que tipo debe atender, al dictar cualquiera de dichos mandatos, cómo puede discernir cuál de los dos otorgar.

Por lo tanto, el juez al dictar cualquiera de las resoluciones indicadas, debe indicar con claridad el delito por el cual se provee de conformidad la medida cautelar, habida cuenta de que dichos mandatos guardan una sustancial diferencia, puesto que un delito no puede motivar la expedición de ambos mandatos o dejar al libre albedrío dicha cuestión, sino que cada delito motiva el libramiento ya sea de la orden de aprehensión o de la de comparecencia. De tal suerte que un delito debe corresponder a la una u a otra, por lo que, consideramos indefectible que el órgano jurisdiccional dicte cualquiera de tales medidas cautelares precisando "provisionalmente" la clasificación legal de los hechos delictivos.

Vista la necesidad que tiene el juzgador de motivar y fundamentar su resolución, por virtud de la cual conceda una orden de aprehensión o comparecencia y

toda vez que debió realizar un estudio previo para su otorgamiento, luego entonces se encuentra en este preciso momento en posibilidades de realizar una reclasificación del delito si lo considera apegado a derecho.

E).- EFECTOS JURÍDICOS DE LA RECLASIFICACIÓN DEL DELITO.

Como primer efecto de la reclasificación del delito dentro de la orden de aprehensión o comparecencia, tenemos que advertir la debida integración lógica de dichos mandatos, puesto que, como lo indicamos, el juez debe librar cualquiera de ellos, atendiendo a la correcta clasificación legal que realice de los hechos delictivos dados a conocer por el Ministerio Público.

Insistimos en que dicha clasificación o reclasificación, en su caso, no puede omitirse, ya que un determinado delito motiva el libramiento de una orden de aprehensión o de una de comparecencia, sino contásemos con la clasificación legal de los hechos delictivos, consideramos verdaderamente ilógico el que pueda librarse cualquiera de éstas, puesto que de no conocer a cual tipo legal debemos acudir, no sabríamos cual conceder.

El segundo de los efectos que produce la reclasificación del delito en la orden de aprehensión o comparecencia, sería la debida fundamentación y motivación que todo mandato debe revestir, puesto que no sólo es necesario que los mandatos judiciales multireferidos se encuentren fundados y motivados acorde con la clasificación legal de los hechos delictivos, sino que dicha clasificación debe ser la adecuada conforme al texto del artículo 16 constitucional, con todo lo cual se cumpliría con lo ordenado por dicha norma fundamental.

De tal postura resulta la inconcusa importancia de la reclasificación del delito, puesto que el juzgador cuenta con los elementos suficientes, a efecto de motivar y fundamentar correctamente el libramiento de una orden de aprehensión o comparecencia, por lo que, si aquél considera errónea la clasificación material hecha por el Ministerio Público, debe reclasificar el delito al dictar cualquiera de los mandamientos en cita, atendiendo los requisitos de la debida fundamentación y motivación que debe observar en todas sus resoluciones.

También, evitaríamos con la debida fundamentación y motivación de las medidas cautelares en mención, la probabilidad jurídica de que el probable

responsable impugne dichas resoluciones, con base a una indebida clasificación legal del delito que fundamentó el libramiento de una orden de aprehensión o comparecencia en su contra.

CAPÍTULO TERCERO

MARCO JURISPRUDENCIAL.

En este último capítulo abordaremos los diferentes criterios vertidos por los Tribunales encargados de dictar las diversas tesis y, consecuentemente, jurisprudencias dentro de nuestro sistema jurídico, en especial, lo relativo a la reclasificación del delito en la orden de aprehensión o comparecencia. Es menester advertir que, en distintas ocasiones con la jurisprudencia se esclarecen cuestiones que se suscitan con motivo de la aplicación de la norma, en otras, los encargados de crearla cumplen con funciones materialmente legislativas, puesto que no tan sólo se concretan a interpretar la ley, sino que llena los vacíos legales existentes.

Antes de pasar directamente al estudio de las tesis y jurisprudencias que se relacionan con el presente trabajo, intentaremos explicar, brevemente, lo que debemos entender por jurisprudencia; los órganos encargados de emitirla; su formación; y sus consecuencias legales, a efecto de colegir su importancia, tratando de encontrar, al final, las posibles divergencias y similitudes

que pudiesen guardar aquéllas con lo expuesto por nosotros respecto del delito y su reclasificación dentro de las multicitadas medidas cautelares.

Nadie mejor que el maestro Ignacio Burgoa para imbuirnos en el umbral de la jurisprudencia y aportarnos una definición de la misma. De tal suerte, el afamado jurista nos dice que "al conocer una autoridad jurisdiccional de los diversos casos concretos que se le van presentando, para resolverlos necesariamente tiene que interpretar la ley que sea aplicable a los mismos, hacer consideraciones de derecho, en una palabra, tiene que verter los conocimientos jurídicos científicos en la sentencia correspondiente (claro que esta aseveración, de índole deontológica, no excluye la posibilidad de hecho concreta de la ciencia de Derecho, sino no que revele crasa ignorancia y absoluto desconocimiento acerca de los principios jurídicos fundamentales por parte de la entidad o funcionario que la pronuncia.) Pues bien, cuando la parte jurídica considerativa de una sentencia, en la que se presume la aplicación concreta de los conocimientos jurídicos generales que hace la autoridad jurisdiccional encargada de dictarla, está formulada en un sentido uniforme e ininterrumpido en varios

casos especiales y particulares, interpretando una disposición legal determinada o haciendo una estimación lógica concreta respecto de cierto punto de derecho, entonces se dice que 'hay jurisprudencia'. Consiguientemente, ésta, en su aspecto positivo-jurisdiccional, se traduce en las consideraciones, interpretaciones, razonamientos y estimaciones jurídicas que hace una autoridad judicial en un sentido uniforme e ininterrumpido, en relación con cierto número de casos concretos semejantes que se presentan a su conocimiento, para resolver un punto de derecho determinado."⁸⁶

Es claro que el maestro Burgoa intenta exaltar el principal objetivo de la jurisprudencia, el cual se traduce en la resolución a través de la interpretación de la ley de las diversas cuestiones planteadas con motivo de la prosecución de un juicio ante un órgano jurisdiccional, señalando a aquéllas ejecutorias que forman precisamente jurisprudencia por observar en un sentido uniforme un criterio en las diversas resoluciones. Sin

⁸⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo. décimo octava edición, edit. Porrúa, México 1982, p. 186.

embargo, no debemos olvidar que en este proceso también existen tesis que, aún a pesar de no formar jurisprudencia, nos ayudan en gran medida a conocer el criterio adoptado sobre un aspecto en concreto.

Sigue exponiendo el maestro Burgoa, "al analizar cada caso en sus modalidades específicas y al enfocarlo desde el ángulo de la legislación, los órganos jurisdiccionales del Estado dictan la sentencia que dirime el conflicto o la controversia que haya suscitado en el caso examinado. Para llegar a este resultado los tribunales tienen el deber inexcusable de interpretar la ley, o sea, de extraer su sentido mediante la utilización de una metodología determinada, para proyectar el sentido que se establezca al caso concreto. Pero puede suceder, y esto acontece con cierta frecuencia en la realidad, que la ley sea omisa en el tratamiento normativo de cuestiones que el legislador no previó pero que plantea la vida del derecho que es esencialmente dinámica y está en perenne evolución o transformación. Ante cualquier omisión o imprevisión de la ley, los tribunales deben integrarla, integración que implica ya la creación o construcción del derecho.

...La jurisprudencia tiene, cuando menos dos finalidades: la de interpretar el derecho legislado y la de crear o construir el derecho con ocasión a los casos concretos que se sometan al conocimiento de los tribunales."⁸⁷

Ahora bien, en este apartado el inclito maestro no sólo se refiere a la labor de interpretación que reviste *per se* la jurisprudencia (hermenéutica jurídica), sino que reconoce que, en muchas de las veces, nuestra legislación omitió establecer un sentido o indicios del mismo para resolver una cuestión esgrimida ante el órgano jurisdiccional, siendo en este preciso momento, donde la jurisprudencia no sólo interpreta la ley sino que la integra cumpliendo con el principio de hermética jurídica para resolver todo los problemas que se plantean.

Consideramos imprescindible destacar que, por lo que hace al aspecto integrativo de la norma a través de la jurisprudencia, podríamos hablar de la última como una verdadera fuente de derecho, cuanta habida de que con ésta, en algunas ocasiones, se resuelven los

⁸⁷ *Ibidem*. p. 818.

distintos cuestionamientos que se plantean ante el órgano jurisdiccional, sin que se aplique en estricto sentido la propia norma por adolecer de los criterios necesarios para resolver el problema jurídicamente trascendente, por ende, la jurisprudencia *per se* resuelve la cuestión concreta que se ventila ante el órgano jurisdiccional.

Omitimos abordar este tema al estudiar las fuentes de nuestro derecho adjetivo penal dentro de nuestro capítulo segundo, en virtud de la importancia que ha revestido la jurisprudencia para la vida jurídica contemporánea. Sin embargo, nosotros concluimos que ésta constituye otra de las fuentes de nuestro derecho actual.

Por último, el propio jurista, Ignacio Burgoa define a la jurisprudencia señalando que esta "se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los

inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley."⁸⁸

Por su parte, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios, señala que la locución jurisprudencia proviene "del latín *jurisprudencia*, compuesta por los vocablos *juiris* que significa derecho y *prudencia* que quiere decir conocimiento, ciencia. La jurisprudencia judicial es la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos de conflicto que se someten a su conocimiento."⁸⁹

"Muy difícil es estructurar una definición satisfactoria de la 'jurisprudencia'. Se intuye su concepto, pero concretarlo en palabras exactas escapa a todo intento. Quizá con propósitos docentes, no filosóficos desde luego, pueda decirse que es el conjunto de reglas o normas que la autoridad jurisdiccional que cuenta con atribuciones al respecto, deriva de la interpretación de determinadas prevenciones del derecho positivo, que precisan el contenido

⁸⁸ *Ibidem*. p. 819

⁸⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Op.cit.* p. 1892

que de atribuirse y el alcance que debe darse a éstas, y que, al ser reiteradas cierto número de veces en sentido uniforme, no contrariado, son obligatorias para quien deba decidir casos concretos regidos por aquellas prevenciones."⁹⁰

Tanto la definición dada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, como la expuesta en el párrafo precedente, no advierten la posibilidad de que la jurisprudencia integre a la norma, sino que tan sólo se concretan a indicar su función interpretativa más no integrativa. Pensamos que existe una línea muy tenue y tal vez polémica, a fin de desentrañar cuando una jurisprudencia se ha concretado a interpretar la ley y cuando la integra.

A efecto de explicar la función integradora o interpretativa de la jurisprudencia apelamos a lo expuesto por el erudito maestro Eduardo García Maynes quien refiere que "todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero éste no siempre se halla manifestado con claridad. Si la expresión es verbal o escrita, puede ocurrir

⁹⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Manual del Juicio de Amparo. octava edición, edit. Themis, México 1997, p. 175.

que los vocablos que la integran posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase. En tal hipótesis, el intérprete se ve obligado a desentrañar la significación de la misma. El conjunto de procedimientos destinados al desempeño de esta tarea constituye la técnica interpretativa. La labor de que hablamos representa un trabajo previo, relativamente al acto por el cual las reglas del derecho son aplicadas. Según el autor, la interpretación puede ser privada, judicial o auténtica. La primera es obra de particulares. Si éstos son especialistas se habla de interpretación doctrinal. La segunda proviene de los jueces o tribunales encargados de aplicar el derecho a casos concretos. La última la realiza el propio legislador, con la mira de fijar el sentido de las leyes que ha dictado.⁹¹ A la segunda de las interpretaciones a que se refirió el jurista indicado podemos llamarle jurisprudencia.

Continúa el maestro advirtiéndolo que "la interpretación sólo resulta posible cuando hay preceptos que deben ser interpretados. Pero puede presentarse

⁹¹ GARCÍA MAYNES, Eduardo. Op. Cit. p. 129.

el caso de que una cuestión sometida al conocimiento de un juez no se encuentre prevista en el ordenamiento positivo. Si existe laguna debe el legislador llenarla. La misma ley ofrece los criterios que han de servirle para el logro de tal fin..."⁹² Es así como se puede resumir la función integrativa de la jurisprudencia.

Por último pasamos a exponer el objetivo que denota para nuestro jurista la llamada por él jurisprudencia técnica, de tal suerte nos dice que "la jurisprudencia técnica tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación."⁹³

Atendida la definición de jurisprudencia, pasamos a dilucidar cuáles son los órganos jurisdiccionales encargados de hacer dicha interpretación o integración de la ley a través de sus resoluciones; bajo ese tenor afirmamos que *latu sensu* todo órgano jurisdiccional

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*, p. 124

crea jurisprudencia, cuenta habida de que éstos deben ventilar los problemas jurídicos que las partes hacen de su conocimiento, ya sea interpretando la ley o integrándola. Debemos también indicar que existen órganos que cuentan con la facultad propia para crear jurisprudencia o como lo llamó el maestro Ignacio Burgoa para decir que "hay jurisprudencia", además de que sus resoluciones resultan obligatorias para otros órganos jurisdiccionales, por lo cual, a nuestro modesto entender, podríamos hablar de jurisprudencia en estricto sentido.

Bajo esta óptica y acorde con lo dispuesto por el artículo 94 de nuestra Ley Suprema, dentro de la ley de Amparo se establecerán los términos para que la jurisprudencia sea obligatoria.

Así las cosas y de conformidad con lo establecido por los artículos 192 y 197 de la Ley de Amparo y 95 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federal, los encargados de hacer jurisprudencia dentro de nuestro sistema jurídico son: La Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas y los Tribunales Colegiados de Circuito.

En esencia las resoluciones emanadas de los órganos señalados, son obligatorias para todos los tribunales sujetos a su jerarquía o cuyos actos pueden ser sometidos a sus respectivas jurisdicciones.

La jurisprudencia que emita la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas si es decretada por el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de los Estados y del Distrito Federal; y Tribunales Administrativos y del Trabajo; Federales y Locales.

Por lo que respecta a las dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, es obligatoria para los Tribunales Unitarios, Juzgados de Distrito; Tribunales Militares y Judiciales del Fuero Común, de los Estados y del Distrito Federal; y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales y Federales.

Ahora bien, cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Pleno deberá

dictar la resolución respectiva dentro del término de tres meses, resolución que no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en que se hubiesen dictado las sentencias contradictorias.

Cuando se trate de contradicción de tesis establecidas por los Tribunales Colegiados de Circuito en los juicios de amparo de su competencia, se deberá denunciar dicha contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, quien deberá dictar la resolución correspondiente, que no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios fallados, dentro del término de tres meses.

Por lo tocante a la formación de la jurisprudencia, ésta se actualizará siempre que lo resuelto se sustente en cinco sentencias (ejecutorias) no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno; si incumbe a las Salas de la Suprema Corte de Justicia, deben ser aprobadas por lo menos cuatro ministros; y por lo que respecta a los Tribunales Colegiados de Circuito, deben ser aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada uno de ellos.

A la sazón, hemos desentrañado la función que cumple la jurisprudencia; sus consecuencias legales de obligatoriedad; su formación y los órganos encargados de dictarla, por lo tanto, pasaremos al análisis propio de las tesis y, en su caso, jurisprudencias que guardan estrecha relación con el tema expuesto en el presente trabajo.

"CLASIFICACION DEL DELITO, CAMBIO DE LA, POR EL JUEZ. Si la autoridad responsable cambió radicalmente los hechos criminales que fueron motivo de la acusación, señalados por el Ministerio Público, es evidente que violó de una manera manifiesta, en perjuicio de los procesados, la garantía consignada en el artículo 19 de la Constitución General de la República, según la cual, todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión; es decir, según lo tiene declarado esta Suprema Corte de Justicia, por el hecho o hechos criminales señalados en ese auto, ya que se admite el cambio en la clasificación que se dé a los hechos materia de la acusación, pero de ninguna manera se puede admitir el cambio de esos hechos, pues ello vendría a quebrantar el principio constitucional que se acaba de citar."

Amparo penal directo 4868/50. 5 de noviembre de 1953. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXVIII

De la primera tesis transcrita se deduce, como lo argumentamos en el capítulo primero, el sentido propio del artículo 19 Constitucional, el cual entiende por delito a los hechos delictivos materia de la acusación, no refiriéndose al *nomen iuris criminis* de los mismos. Conforme a esta tesis el juez penal se encuentra facultado para cambiar la calificación legal de los hechos delictivos, pero no así para variarlos o modificarlos.

"MINISTERIO PUBLICO, SU CLASIFICACION DEL DELITO NO OBLIGA AL JUEZ. Siendo el ministerio público parte en el proceso, y correspondiéndole, de acuerdo con el artículo 21 de la Constitución federal, la persecución de los delitos, solo esta capacitado para llevar la voz de la acusación, pero para el único objeto de fijar el delito o delitos por los que acusa; pero sin inmiscuirse en las atribuciones propias de la autoridad judicial, como es la de hacer la clasificación del delito, pues hacerlo así, es salirse de sus atribuciones. el ministerio público solo debe acusar por determinado delito, sin fijar su clasificación, ni la pena que debe imponerse; y si lo hace, saliéndose de sus atribuciones, la autoridad judicial puede fijar otra modalidad diferente, sin violar la Ley."

Amparo penal directo 6647/48. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 3 de agosto de 1953. Mayoría de tres votos. Ausente: José Ortiz Tirado. Disidente: Luis G. Corona. Relator: Luis Chico Goerne.
Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la
Federación
Tomo: CXIX
Página: 2650

Como también lo expusimos en su oportunidad, la Suprema Corte de Justicia ha argumentado en múltiples ocasiones que el Ministerio Público sólo hace una consignación de hechos ante el órgano jurisdiccional, el cual es el encargado de clasificarlos, sin embargo, de la presente tesis se colige que el órgano investigador acusa al probable responsable por un determinado delito, lo cual hace inconcuso que esta institución deba realizar una clasificación legal de los hechos delictivos, a pesar de que la misma no vincule en nada al juez penal.

Tal situación se confirma con el criterio sustentado en la siguiente tesis:

"CLASIFICACION DEL DELITO. Al Ministerio Público corresponde sólo hacer imputaciones de los hechos constitutivos de una determinada categoría delictuosa, pero la clasificación de esos hechos y su apreciación legal, sólo corresponden al juzgador, quien dentro de su facultad soberana es el llamado a verificarlos al tenor de sus constancias de autos y asignar al procesado, en su caso, la pena correspondiente."
Amparo penal directo 4369/51. Contreras Ursulo. 22 de octubre de 1952. Unanimidad

de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la

Federación

Tomo: CXIV

Página: 134

La tesis que se transcribe a continuación advierte la posibilidad jurídica y material de reclasificar el delito hasta antes de dictarse el auto de formal prisión:

"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 seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión". Sin embargo, a renglón seguido, dispone que "si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá aquel ser objeto de acusación separada". Ahora bien, como se advierte del texto constitucional transcrito, la prohibición que consigna se refiere a la "secuela del proceso", o sea, la fase del procedimiento penal que se inicia con el auto de formal prisión y que termina con la sentencia de primera instancia, pero no a la fase precedente en la que, por no existir expresa prohibición constitucional, sí es permisible el cambio de clasificación del delito, cuando los hechos materia de la investigación no variaren. En esas condiciones, y tomando en consideración que el Ministerio Público al ejercitar la acción penal consigna "hechos" a la autoridad judicial y que es a ésta a la que corresponde, a través del auto de

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

Amparo directo 232/72. Oswaldo
Presbiterio Cruz. 7 de junio de 1972.
Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ezequiel
Burquete Farrera.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la
Federación

Tomo: 42 Segunda Parte

Página: 33

Como lo señalamos, la tesis transcrita ostenta la posibilidad de cambiar la clasificación legal del delito en los actos previos al auto de formal prisión, como en la especie lo sería la orden de aprehensión o comparecencia; criterio que compartimos pero que a la vez nos resulta por demás acotado, puesto que no hace una verdadera distinción entre los hechos delictivos y su *nomen iuris*, como tampoco advierte que el Ministerio Público puede variar la calificación de los hechos delictivos al formular sus conclusiones.

A mayor abundamiento transcribimos las siguientes tesis que si realizan una

distinción entre la calificación legal de los hechos delictivos y éstos considerados en sí mismos:

"CLASIFICACION DEL DELITO. El cambio de nombre del hecho delictuoso no significa la violación a las leyes del procedimiento, a que se refiere la fracción XIV, del artículo 109 de la Ley de Amparo, porque no se juzga al procesado por diverso hecho del que ocasiona la tramitación del procedimiento, si no que sólo varía de denominación."

TOMO XXVI, Pág. 698. Ratz Guiller.- 22 de mayo de 1929.- Ocho votos.

Quinta Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XXVI

Página: 698

"PROCESOS. La Suprema Corte ha sustentado la teoría de que el artículo 19 constitucional, al decir que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, se refiere a hechos delictuosos y no a la clasificación o denominación de un delito; por tanto, si los hechos consignados en el auto de prisión formal son los mismos que se tienen en cuenta para proseguir el proceso y dictar la sentencia definitiva, aunque se varíe la clasificación del hecho delictuoso, no se viola el citado artículo 19 constitucional."

Amparo penal directo. González Juan. 2 de septiembre de 1922. Mayoría de seis votos.

Quinta Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI
 Página: 862

"DELITO, CLASIFICACION DEL. El artículo 19 constitucional no se refiere a la clasificación jurídica del delito, sino a los hechos que aparezcan demostrados, de acuerdo con las circunstancias del lugar, tiempo y ejecución de aquéllos."
 Competencia 121/73. Hipólito Díaz Gutiérrez. 10. de abril de 1974. 5 votos.
 Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.
 Séptima Epoca
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: 64 Segunda Parte
 Página: 21

Como punto a nuestro favor la siguiente tesis nos habla de la locución "reclasificar" epigrafe del presente trabajo, con lo cual se advierte la existencia de una primera clasificación efectuada por el Ministerio Público y una reclasificación, según sea el caso, realizada por el órgano jurisdiccional:

"RECLASIFICACION DEL DELITO. El órgano jurisdiccional es el más alto de los sujetos procesales y puede hacer una correcta clasificación del delito, cuando el ejercicio de la acción penal adolece de un vicio técnico, pero ello condicionado al hecho de que tal reclasificación no redunde en perjuicio del acusado como apelante, ya que la primera clasificación, aún siendo incorrecta ha precluido en su favor y no puede ser reformado, de acuerdo con el

principio jurídico procesal de no reformatio in peius." Amparo directo 4369/56. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 29 de abril de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.
 Quinta Epoca
 Instancia: Primera Sala
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: CXXXII
 Página: 181

Consideramos que la única gran aportación que nos ofrece la tesis transcrita se reduce a contemplar la figura jurídica de la reclasificación del delito, pero nos resulta totalmente equivocado que enarbole la sujeción del juez a la clasificación hecha por el órgano acusador, a efecto de no efectuar una nueva clasificación que perjudique al imputado, cuando, como hemos reiterado, el juez no queda vinculado a la clasificación realizada por el Ministerio Público.

Ahora bien, como hemos señalado el juez penal se encuentra debidamente facultado para variar la clasificación del delito, aún a pesar de la realizada por el órgano investigador:

"CLASIFICACION DEL DELITO. EL JUEZ PUEDE MODIFICAR LA HECHA POR EL MINISTERIO PUBLICO. Si bien es cierto que una

simple interpretación tradicional del artículo 21 de la Constitución General de la República, ha llegado a considerar al Ministerio Público como definidor supremo de las acciones antijurídicas de un procesado y señalador del máximo de las sanciones correspondientes, sin embargo, una corriente contraria ha venido pugando por rechazar esa interpretación que peca de falta de técnica en cuanto, desconociendo la situación procesal, coloca a una de las partes en lugar privilegiado, con mengua no tan sólo de la contraria, sino del juez mismo, a quien constitucionalmente se ha reservado la imposición de las penas y compete la exacta aplicación de la ley. En efecto, es verdad que el artículo 21 constitucional encomienda al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, pero también lo es que reserva única y exclusivamente al juez la imposición de las penas, y siendo ello así, si una vez ejercitada esa acción, a través de las conclusiones acusatorias se pretendiera restringir por el Ministerio Público la facultad judicial de la imposición de las penas, por la apreciación con respecto a modalidad del delito, y a la consiguiente graduación de la pena, ello lo convertiría en supremo definidor de las acciones antijurídicas y al juez en simple refrendador de sus peticiones, con mengua de la facultad que le reserva la ley y de la estimación indiscutible al principio de igualdad entre las partes. Si el Juez, substituyéndose a las peticiones del Ministerio Público, define la conducta antijurídica de un inculpado y la sitúa dentro de las normas legales represivas que considera exactamente aplicables, con ello no rebasa los límites de la acción persecutoria delictual que incumbe al Ministerio Público y si, en cambio, actúa dentro del marco estricto de sus facultades constitucionalmente reservadas."

Amparo penal directo 86/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio

de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 24 de marzo de 1955. Mayoría de tres votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXIII

Página: 1883

"CLASIFICACION DEL DELITO, EL JUEZ PUEDE VARIAR LA HECHA POR EL MINISTERIO PUBLICO. La reclasificación del delito por la autoridad jurisdiccional, en ninguna forma infringe el artículo 21 Constitucional, ya que si bien es cierto que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público como máximo representante de los intereses sociales, es incuestionable que al ser sancionado un acto ilícito, de acuerdo con su gravedad, lejos de implicar ello una violación del precepto aludido, determina por el contrario su acatamiento, porque en nuestro sistema de acusación, la acción pública no se ejercita ya por el interés particular del acusador, sino por el interés social en cuyo representante se exige al acusador."

Amparo penal directo 5958/49. García Trinidad Jorge. 15 de marzo de 1951. Mayoría de tres votos. Disidentes: Luis G. Corona y José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CVIII

Página: 2273

Vista la facultad del juzgador a fin de variar la clasificación del delito hecha por el

Ministerio Público, pasamos a exponer directamente la necesidad que tiene dicho órgano jurisdiccional de fundar y motivar correctamente todas sus resoluciones, dando, en principio, un concepto de los mismos a través de la siguiente tesis:

"FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, CONCEPTO DE. La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, establece que todo acto de autoridad precisa encontrarse debidamente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero la obligación de la autoridad que lo emite, para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el por qué consideró que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa."

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.
 Amparo en revisión 220/93. Enrique Crisóstomo Rosado y otro. 7 de julio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretario: Francisco Fong Hernández.
 Octava Epoca
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: XIV-Noviembre
 Tesis: I. 4o. P. 56 P
 Página: 450

Estos requisitos deben encontrarse imbitos en toda resolución judicial, como lo exponemos a continuación:

"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO DE TALES REQUISITOS NO SE LIMITA A LAS RESOLUCIONES DEFINITIVAS O QUE PONGAN FIN AL PROCEDIMIENTO. Al establecer el artículo 16 de nuestra Carta Magna que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, no alude únicamente a las resoluciones definitivas o que pongan fin a un procedimiento, sino que se refiere, en sentido amplio, a cualquier acto de autoridad en ejercicio de sus funciones, como sería, por ejemplo, la simple contestación recaída a cualquier solicitud del gobernado, a la cual la ley no exime de cumplir con los requisitos de fundamentación y motivación contenidos en tal precepto constitucional."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 155/97. Director de Comunicaciones y Transportes del Estado de Quintana Roo (Quejoso: Roque C. Rodríguez Reyes). 30 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amorós Izaguirre. Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

Amparo en revisión 158/97. Director de Comunicaciones y Transportes del Estado de Quintana Roo (Quejoso: Henry de J. Ortigón Aguilar). 30 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amorós Izaguirre. Secretario: Gonzalo Eolo Durán Molina.

Amparo en revisión 161/97. Director de Comunicaciones y Transportes del Estado de Quintana Roo (Quejoso: Cecilio Chumba y Pérez). 30 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amorós Izaguirre. Secretario: Luis Armando Cortés Escalante.

Amparo en revisión 164/97. Director de Comunicaciones y Transportes del Estado

de Quintana Roo (Quejoso: Rubén A. Arcila Castellanos). 30 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amorós Izaguirre. Secretario: Gonzalo Eolo Durán Molina.

Amparo en revisión 168/97. Director de Comunicaciones y Transportes del Estado de Quintana Roo (Quejoso: Julio C. Caballero Montero). 30 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amorós Izaguirre. Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XV-Febrero, tesis XX.302 K, página 123, de rubro: "ACTOS DE MERO TRÁMITE. AUN CUANDO NO SEAN RESOLUCIONES DEFINITIVAS LA RESPONSABLE DEBE CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN EN LOS.".

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Agosto de 1997

Tesis: XIV.2o. J/12

Página: 538

Tal y como se advierte de la jurisprudencia transcrita, por contener cinco ejecutorias en un mismo sentido, todas las resoluciones judiciales deben estar correctamente fundadas y motivadas.

De tal suerte se deduce la obligación que tiene el juzgador de fundar y motivar debidamente el libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia, máxime que las mismas ostentan un diverso

origen atendiendo al tipo de pena que corresponda a los hechos delictivos que se ventilan ante él:

"ORDEN DE APREHENSION. FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. ASPECTOS QUE DEBE COMPRENDER. Tratándose de una orden de aprehensión, el principio de fundamentación y motivación que debe regir en todo acto de autoridad establecido en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, impone la necesidad de relacionar los medios de convicción que arrojó la averiguación previa, ponderando cada uno de ellos, para luego establecer con qué pruebas se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo y con cuáles se demuestra la probable responsabilidad del indiciado."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 377/95.- Marco Antonio Hernández Vargas.- 11 de septiembre de 1996.- Unanimidad de votos.- Ponente: Olga Iliana Saldaña Durán.- Secretario: José Heriberto Pérez García.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Diciembre de 1996

Tesis: XIX.2o.19 P

Página: 425

Como se puede advertir de la simple lectura de la tesis transcrita, el juez penal debe fundamentar y motivar el libramiento de la orden de aprehensión, estableciendo las pruebas que acreditan la probable responsabilidad del imputado, así como los elementos

del tipo penal, por ende, resulta por demás lógico y claro que dicho juzgador debe referirse a un tipo penal en específico al dictar dicha medida cautelar.

Por lo que toca a la orden de comparecencia, no encontramos tesis alguna que se aplique al caso concreto, empero, localizamos una que se relaciona análogamente con la fundamentación y motivación de tal medida, pero librada ésta por el Ministerio Público:

"MINISTERIO PUBLICO, CITATORIOS DEL. SIN FUNDAMENTACION NI MOTIVACION. El citatorio girado por un Agente del Ministerio Público a fin de que comparezca ante el la amparista para la práctica de una diligencia, cuando no se encuentra fundado en precepto legal alguno ni expresa la diligencia que se llevará cabo y si la misma incumbe a la autoridad en razón de sus funciones, es inconcuso que tal mandamiento resulta ser violatorio de la garantía de legalidad que establece el artículo 16 constitucional, toda vez que de acuerdo a dicho precepto, todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 299/90. Esperanza Díaz Pablo. 5 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván. Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de
Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Tomo:
VIII-Agosto
Página: 193

Interpretando la tesis invocada, observamos que el Ministerio Público al emitir una orden de comparecencia debe perfectamente revestirla de la debida fundamentación y motivación, por lo tanto, siguiendo tal criterio, el juez penal también debe indefectiblemente cumplir con dicha obligación.

Debemos recordar que después de radicarse el asunto hecho del conocimiento del juez penal y, toda vez que el Ministerio Público hubiere solicitado el libramiento de una orden de aprehensión o comparecencia, el primero debe analizar con los elementos aportados por el segundo, si se reúnen los requisitos sustanciales para expedir dichas medidas cautelares.

Tras este estudio, para dictar según el maestro Jorge Silva Silva el auto de procesamiento provisional, donde se razonará el libramiento o no de dichas medidas cautelares, podemos afirmar que el juez de la causa cuenta con todos y cada uno de los elementos jurídicos y materiales para discernir el *nomen iuris criminis* de los

hechos delictivos, así como la posibilidad de efectuar una reclasificación legal del delito, en virtud de la incorrecta, según éste, efectuada por el órgano acusador, a fin de fundamentar y motivar debidamente su resolución.

A continuación expondremos tres tesis que se relacionan directamente con los postulados señalados durante la exposición del presente trabajo:

"ORDEN DE APREHENSION, CLASIFICACION PROVISIONAL DEL DELITO PARA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA. Para que el juez instructor de la causa dicte una orden de aprehensión, no es necesario la precisa clasificación del delito, sino que basta con que se cumplan los extremos del artículo 16 constitucional, entre los cuales debe interpretarse adecuadamente el requisito relativo a que la denuncia se refiera a un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, es decir, que exista concordancia entre el hecho delictivo y el tipo penal referido en la orden de captura, circunstancia que constituye una clasificación provisional del ilícito imputado, fundamentándose el juzgador para el libramiento de dicha orden en los elementos convictivos que hasta ese momento se han aportado al sumario y será al resolver la situación jurídica del inculcado, cuando se determine la comprobación del cuerpo del delito, por el cual se seguirá el proceso, así como la presunta responsabilidad del inculcado en su comisión."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 97/92. Juez Décimo Tercero de lo Criminal por ministerio de

ley, del Primer Partido Judicial del Estado de Jalisco. 30 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretario: José Guadalupe Hernández Torres.
Octava Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: X-Octubre
Página: 387

De la primera tesis transcrita observamos una notable incongruencia interna, puesto que en un principio se sostiene que no es necesaria la clasificación precisa de los hechos delictivos dados a conocer al juzgador para librar la orden de aprehensión y, después, señala que debe existir plena concordancia entre el hecho delictivo y el tipo penal referido en la propia orden de captura.

Es necesario advertir que forzosamente el juez penal debe fundamentar la orden de aprehensión emitida por él, haciendo una precisa clasificación legal de los hechos delictivos, puesto que resulta un requisito *sine qua non* para tal efecto, cuenta habida de que el juzgador debe saber si el delito que se le imputa al probable responsable es castigado con pena restrictiva de libertad para librar la citada aprehensión, ya que de lo contrario estaríamos en presencia de una orden de comparecencia, por ende, resulta indispensable que dicho

órgano jurisdiccional conozca el tipo penal atribuible a la conducta delictiva que se ha hecho de su conocimiento.

Por otra parte, debemos destacar que esta clasificación legal de los hechos delictivos en las dos citadas medidas cautelares debe ser precisa pero no definitiva, puesto que pueden surgir nuevos elementos en la integración del proceso y, aún, un cambio en las conclusiones del Ministerio Público que haría nugatoria la clasificación hecha al dictar la orden de aprehensión o comparecencia.

"ORDEN DE APREHENSION, EL JUEZ SIN ALTERAR LOS HECHOS PUEDE HACER UNA CLASIFICACION CORRECTA DEL DELITO. Si el juzgador libra una orden de aprehensión por diverso delito al que consignó el Ministerio Público y hace una correcta clasificación del delito sin alterar los hechos consignados, y sin rebasar el ámbito de su competencia, no viola garantías individuales, puesto que su actuación la realiza con su soberanía decisoria."

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 95/95. María Silvia Ulín Montejo. 11 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Vilchiz Sierra. Secretaria: Nora María Ramírez Pérez.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Julio de 1995

Tesis: X.10.3 P
Página: 252

La anterior tesis esgrime elocuentemente la figura de la reclasificación del delito dentro de la orden de aprehensión o comparecencia, puesto que establece la posibilidad jurídica de que el juzgador realice una correcta clasificación del delito sin alterar los hechos que le fueron consignados.

"ORDEN DE APREHENSION, EL JUEZ SIN ALTERAR LOS HECHOS PUEDE HACER UNA CLASIFICACION CORRECTA DEL DELITO AL LIBRAR LA. Es correcto el criterio del juzgador que al librar una orden de aprehensión, hace una correcta clasificación del delito sin alterar los hechos, de acuerdo con su soberanía decisoria y sin rebasar el ámbito de su competencia."

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.
Amparo en revisión 266/91. Guillermo Olivera Chan y otros. 26 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IX-Abril

Página: 557

Idéntico criterio expuesto en la tesis anterior que el señalado en el parágrafo que le

antecede, mismos que administrados sustentan en buena medida los razonamientos vertidos en este trabajo.

"ORDEN DE APREHENSION. La precisa clasificación del delito no es necesaria para dictar la orden de aprehensión, sino para fundar el auto de formal prisión o la sentencia definitiva."

TOMO XVIII, pág. 613.- Vera Enrique C.- 5 de septiembre de 1925.- Diez votos.

Quinta Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XVIII

Página: 613

Si entendemos por precisar: definir, fijar, determinar etc., debemos señalar contrariamente a lo señalado en la tesis transcrita, que el juez del conocimiento debe librar la orden de aprehensión o comparecencia precisando indefectiblemente el delito o delitos por los cuales dicta su cumplimiento, puesto que dicho señalamiento corresponde, a todas luces, a los requisitos de fundamentación y motivación que debe guardar todo acto de autoridad; en la inteligencia de que la precisión de la clasificación legal de los hechos delictivos no es definitiva, sino provisional, por lo que, no debemos confundir el vocablo precisión con la calidad de definitividad de la clasificación del delito.

Por lo expuesto, sabemos que la jurisprudencia es un inigualable mecanismo que nos permite esclarecer o integrar los vacíos y lagunas que nos presenta la legislación positiva en un sistema jurídico determinado como lo es el nuestro, por tanto, es indispensable que los órganos encargados de emitirla realicen un considerable y honesto esfuerzo para desentrañar el sentido lógico y ético de las normas que necesitan de su función. Como lo observamos, *grosso modo*, existen criterios que apoyan los razonamientos lógicos y jurídicos aducidos en el presente trabajo, como lo son: La orientación que guarda el artículo 19 constitucional al referirse a la variación de los hechos delictivos y no al *nomen iuris criminis* de los mismos; la fundamentación y motivación de los actos de autoridad; la posibilidad jurídica que ostenta el juez para variar la clasificación legal de los hechos delictivos realizada por el Ministerio Público; y la posibilidad material y jurídica de que dicha reclasificación del delito pueda y deba efectuarse dentro de la resolución que ordene el cumplimiento de una orden de aprehensión o comparecencia acorde con el principio de legalidad.

C O N C L U S I O N E S

I.- Al señalar el artículo 19 Constitucional que, si en la secuela de un proceso apareciere un delito distinto al señalado en el auto de formal prisión, éste deberá ser materia de una averiguación previa por separado, su ratio legis se encamina a establecer que el nuevo delito se refiere a la aparición de diversos hechos delictivos distintos a los que originaron la indagatoria respectiva y, no así, al nomen iuris del delito materia del auto de término Constitucional.

II.- Satisfechos los supuestos establecidos en el artículo 16 Constitucional, el Ministerio Público debe ejercitar acción penal en contra del indiciado, efectuando una clasificación legal de los hechos delictivos que habrá de consignar ante el juez penal, solicitando, desde luego, el libramiento de la orden de aprehensión o comparecencia, según sea el caso.

III.- La clasificación legal de los hechos delictivos realizada por el Ministerio Público, en nada debe vincular al juez penal, puesto que el órgano

jurisdiccional cuenta con plena facultad para realizar una nueva clasificación de los mismos.

IV.- Amén de lo anterior, el órgano jurisdiccional es el único facultado para declarar el derecho, por ende, formalmente a éste corresponde realizar la clasificación legal de los hechos delictivos.

V.- Toda vez que la orden de aprehensión o comparecencia son mandatos judiciales, éstas deben cumplir con los requisitos substanciales y formales que les impone la ley, por lo tanto, deben estar debidamente fundados y motivados.

VI.- Cuenta habida de que el juez penal se encuentra informado de los hechos delictivos consignados por el Ministerio Público y de que la orden de aprehensión y la de comparecencia ostentan diversa génesis, el órgano jurisdiccional se encuentra obligado y facultado para precisar el delito o delitos que dan origen al libramiento de la una o de la otra, cumpliendo con ello con los requisitos de fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales.

VII.- De tal suerte, nosotros sostenemos que el órgano jurisdiccional, al librar una orden de aprehensión o comparecencia, debe realizar una reclasificación legal de los hechos delictivos, si cuenta con los elementos de convicción para tal fin, en la inteligencia de que ésta debe ser provisional o en su caso definitiva, atento a los diversos elementos que informen el proceso penal.

VIII.- Las diversas tesis jurisprudenciales que sostienen que el juez no se encuentra obligado a precisar el delito o delitos por los que se libra una orden de aprehensión o comparecencia, violan flagrantemente la garantía de legalidad establecida en el artículo 16 Constitucional, así como diversos preceptos de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales.

B I B L I O G R A F Í A

- 1.- ACOSTA ROMERO, Miguel y LÓPEZ BATANCOURT, Eduardo. Delitos Especiales, segunda edición, edit. Porrúa, México, 1990.
- 2.- ARELLANO GARCÍA, Carlos. Teoría General del Proceso, quinta edición, edit. Porrúa, México 1995.
- 3.- ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México, cuarta edición, edit. Porrúa, México 1973.
- 4.- BAZDRESCH, Luis. Garantías Constitucionales, edit. Trillas, México 1992.
- 5.- BERNAL POLO, Efraín. Manual del Derecho Constitucional, edit. Porrúa, México 1985.
- 6.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Constitucionales, vigésimo cuarta edición, edit. Porrúa, México 1992.
- 7.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo, décimo octava edición, edit. Porrúa, México 1982.
- 8.- CALZADA PADRÓN, Feliciano. Derecho Constitucional, edit. Harla, México 1992.
- 9.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, vigésimo novena edición, edit. Porrúa, México 1991.

- 10.- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, novena edición, edit. Porrúa, México 1985.
- 11.- CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, décimo segunda edición, edit. Porrúa, México 1964.
- 12.- DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, edit. Porrúa, México 1981.
- 13.- GARCÍA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, cuadragésimo primera edición, edit. Porrúa, México 1990.
- 14.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal, primera edición, edit. Porrúa, México 1974.
- 15.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS U.N.A.M. Diccionario Jurídico Mexicano, edit. Porrúa, México 1995.
- 16.- ISLAS, Olga y RAMÍREZ, Elpidio. Sistema Penal en la Constitución, edit. Porrúa, México 1990.
- 17.- MORENO, Daniel. Derecho Constitucional Mexicano, sexta edición, edit. Porrúa, México 1990.
- 18.- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, quinta edición, edit. Porrúa, México 1995.
- 19.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, tercera edición, edit. Porrúa, México 1974.

20.- PIERCE ZAMORA, Jesús. Garantías y Proceso Penal, quinta edición, edit. Porrúa, México 1991.

21.- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal, décima edición, edit. Porrúa, México 1979.

22.- SILVA SILVA, Jorge. Derecho Procesal Penal, primera edición, edit. Harla, México 1996.

23.- SOTO PÉREZ, Ricardo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano, décimo novena edición, edit. Esfinge, México 1991.

24.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Manual del Juicio de Amparo, octava edición, edit. Themis, México 1997.

25.- TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano, décimo octava edición, edit. Porrúa, México 1981.

26.- VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, primera edición, edit. Porrúa, México 1984.

LEGISLACIÓN.

27.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, edit. Sista, México 1998.

28.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, edit. Porrúa, México 1998.

29.- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL, edit. Porrúa, México 1998.

30.- LEY DE AMPARO, edit. Duero, México 1992.

31.- LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA PARA EL DISTRITO FEDERAL, edit. Porrúa, México 1998.

32.- JURISPRUDENCIA.