



UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BAJA CALIFORNIA SUR

**MAESTRIA EN DERECHO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA
PENAL ACUSATORIO**

AREA DEL CONOCIMIENTO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RECLASIFICACIÓN JURIDICA EN LA ETAPA DE JUICIO.

PROYECTO TERMINAL

Que para obtener el grado de

**MAESTRO EN DERECHO EN EL
SISTEMA DE JUSTICIA PENAL
ACUSATORIO**

Presenta:

GUILLERMO EDUARDO RUIZ CANO

Director:

Dra. Rebeca Lizzete Buentrostro Gutierrez.

CABO SAN LUCAS, B.C.S., MARZO 2017.

MADE
Maestría en Derecho en el Sistema
de Justicia Penal Acusatorio

ÍNDICE

Índice	I
Resumen	III
Introducción	1
Planteamiento del Problema	4
Antecedentes	6
Capítulo I. Antecedentes Históricos	6
I.1. El Derecho Penal Romano	12
I.2. El Derecho Penal en la Edad Media	18
I.3. El Derecho Penal en la Epoca Contemporánea	19
Capítulo II. La Acción Penal	26
II.1 Características y Principios de la Acción Penal	27
II.1.1 Publicidad de la Acción Penal	28
II.1.2 La Acción Penal es única	29
II.1.3 La indivisibilidad de la Acción Penal	30
II.1.4 La intrascendencia de la Acción Penal	31
II.1.5 La irrevocabilidad de la Acción Penal	31
II.1.6 La característica de ser necesaria, inevitable y obligatoria la Acción Penal	33
II.1.7 La Inmutabilidad de la Acción Penal	34
Capítulo III. La Clasificación Jurídica	36
III.1 Elementos de la Clasificación Jurídica	38
III.1.1 Conducta o Hecho	40
III.1.2 Tipicidad	42
III.1.3 Antijuridicidad	47
III.1.4 Culpabilidad	50

III.1.5 Punibilidad	55
III.2 La reclasificación Jurídica	58
III.2.1 En el Sistema Penal Mixto o tradicional	59
III.2.2 En el Sistema Penal Acusatorio y Adversarial	60
III.2.2.1 En el Auto de Vinculación a Proceso	61
III.2.2.2 En la Etapa Intermedia	63
III.1.3.3 En la Etapa de Juicio	66
Capítulo IV. La reclasificación jurídica en la etapa de juicio frente a los principios procesales	69
IV.1 Su aplicación actual	69
IV. 2 Principios Procesales vulnerados	71
IV.2.1 Principio de Legalidad	72
IV.2.2 Principio de Igualdad	75
IV.2.3 Principio de Seguridad Jurídica	78
IV.2.4 Principio de Contradicción	80
IV.3 Las desventajas en perjuicio del acusado	82
IV.4 La falta de aplicabilidad de oportunidades procesales	84
Justificación	90
Objetivos Generales	92
Metodología	93
Conclusiones	94
Bibliografía	104

RESUMEN.

Una de las finalidades de las Reformas al Sistema de Justicia Penal del 18 de junio del 2008 consiste en que no se deje de sancionar a aquel individuo que ha realizado una actividad antijurídica lesionando a la sociedad en la que vive, lo que se consigue a través de una figura jurídica de vital importancia que es la clasificación jurídica del delito, permitiendo al Ministerio público que pueda modificarla en el transcurso del procedimiento penal mediante la reclasificación jurídica y de esta forma cumplir con una de las finalidades del sistema de justicia penal mexicano. Sin embargo, es importante señalar que ante todo el procedimiento y la actuación de la autoridad deben de respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los derechos humanos establecidos en diferentes Tratados Internacionales, de ahí que se tenga como consecuencia que la reclasificación jurídica se dé hasta antes de que se dicte el Auto de Apertura a Juicio, puesto que en dicho momento se dará cumplimiento al derecho fundamental de dar certeza jurídica en cuanto a la acusación que realiza el Representante Social en contra de un ciudadano. Permitir que se de una reclasificación jurídica una vez iniciado el juicio (ya sea en los alegatos de apertura o en los alegatos de clausura) violenta los derechos fundamentales del acusado puesto que lo priva de tener certeza jurídica en cuanto sobre que se tiene que defender o en su caso, de tener la posibilidad de acceder a un mecanismo alterno (ya sea un acuerdo reparatorio, suspensión condicional de proceso o inclusive un procedimiento abreviado) ya que en caso contrario al darse la reclasificación jurídica en la etapa de juicio el acusado se encuentra imposibilitado de optar por una de las salidas alternas en virtud de que la propia legislación las limita a que sean solicitadas antes de que se dicte el Auto de Apertura a Juicio, lo que trae como consecuencia que la reclasificación jurídica sea inconstitucional y contraria a derecho puesto que la misma vulnera diferentes derechos fundamentales como son entre otros el de Certeza Jurídica, Debido Proceso, Acceso a la Justicia, Igualdad entre otros.

INTRODUCCIÓN.

La reclasificación jurídica es una institución muy importante dentro del derecho procesal penal, puesto que la misma permite al Ministerio Público poder cumplir con uno de los fines más importantes del Sistema de Justicia Penal Mexicano, que es el no dejar impune la realización de un hecho que la ley señala como delito y poder sancionar a la persona que realizó o participó en la realización del mencionado hecho que se persigue.

Esta figura jurídica desde la época de los romanos ha sido utilizada de manera constante y reiterada siendo muy eficaz para poder conseguir la efectiva persecución penal y hacer valer el reproche social por la realización de una conducta antisocial que lesionó a la sociedad. Inclusive dentro del Derecho Positivo Mexicano ha sido de mucha utilidad hasta antes de la entrada en vigor del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, en tanto que se le permitía al Ministerio Público una vez desahogadas todas las pruebas y antes del cierre de la instrucción al realizar sus conclusiones poder modificar la clasificación jurídica que había manifestado inicialmente en el ejercicio de la acción penal y de esta manera poder sancionar adecuadamente al sujeto responsable de la conducta antijurídica realizada, lo anterior por ser un sistema de justicia penal mixto, es decir, tanto acusatorio como inquisitorio, lo que permitía que el Representante Social pudiera actuar como juez y parte hasta el cierre de la instrucción con la manifestación de sus conclusiones.

Con la entrada en vigor del Sistema de Justicia Penal Acusatorio el Código Nacional de Procedimientos Penales conserva la reclasificación jurídica del delito, dando la posibilidad tanto al Juez de Control como al Ministerio Público de poder utilizar la misma en diferentes momentos procesales incluyendo en ellos la posibilidad de que el Ministerio Público reclasifique el delito en la Etapa de Juicio tanto en los alegatos de Apertura como en los Alegatos de Clausura tal y como lo establece el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Sin embargo, al amparo de los principios generales del Sistema Penal Acusatorio consagrados en el artículo 20 Constitucional así como en los derechos que le asisten a todas las personas en diversos Tratados Internacionales, en especial en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en relación con el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la reclasificación jurídica en la Etapa de Juicio violenta distintos principios y vulnera los derechos del acusado, lo anterior en virtud de que la reclasificación del delito tiene una naturaleza jurídica perteneciente al Sistema de Justicia Penal Inquisitivo, lo que trae como consecuencia que exista un conflicto con el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio actual en tanto que al entrar a la Etapa de Juicio mediante la emisión del Auto de Apertura a Juicio el cual contiene la acusación formal por parte del Ministerio Público y que incluye la clasificación del delito que se le imputa, es contrario a derecho y violatorio de derechos fundamentales del acusado que la ley permita que en la Etapa de Juicio se le permita al Ministerio Público reclasificar el delito puesto que con ello genera una incertidumbre y falta de certeza jurídica en cuanto a la acusación lo que trae como consecuencia que se encuentre imposibilitado a tener una defensa adecuada, aunado a que con ello se le prive en su caso de poder acceder a los mecanismos alternativos de solución de conflicto por no estar permitido por las normas adjetivas.

De ahí que al analizar tanto los principios constitucionales que amparan a los imputados, como los derechos contenidos en diversos Tratados Internacionales que protegen los derechos humanos de toda persona y de los que México es parte y esta obligado a observar y aplicar, es que se llega a la conclusión que el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales es violatorio de derechos fundamentales y en consecuencia inconstitucional, debiendo hacerse la eliminación o en su caso, la modificación a dicho precepto a efecto de que -sin que se deje de observar y cumplir con la finalidad de que no quede impune la conducta o el hecho que la ley señala como delito- el mismo sea congruente con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Lo anterior traerá como resultado que al desaparecer la reclasificación jurídica del delito en la Etapa de Juicio, permita al acusado tener certeza de la acusación que se realiza en su contra y de esta manera poder tener una defensa adecuada en igualdad de condiciones y que en caso de que el Ministerio Público no demuestre todos los elementos de su acusación se aplique en su favor la justicia. O bien, en caso de que se reforme y se incluya que para el caso de que se realice la reclasificación jurídica del delito esta solo pueda ser en los Alegatos de Apertura y que se le permita al acusado, además de solicitar la suspensión para aportar nuevas pruebas o preparar una nueva defensa, pueda inclusive poder optar por la aplicación de una salida alterna, siempre y cuando la reclasificación jurídica del delito que haga el Ministerio Público lo permita, lo que provocará respetar cabalmente los derechos que asiste al acusado, específicamente el de tener la aplicación adecuada y correcta de la justicia.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

¿La reclasificación jurídica en la Etapa de Juicio es una norma dictada conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?, ¿El artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales protege los derechos fundamentales que consagra el artículo 20 Constitucional y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos?, ¿Al permitir que el Ministerio Público reclasifique el delito en los alegatos de Apertura o de Clausura, se respetan los principios de legalidad, igualdad, certeza jurídica y debido proceso? Estas son alguna de las interrogantes que nos planteamos para la elaboración del presente trabajo terminal y que a consideración del autor a todas ellas se responde con un NO.

Esto es un gran problema que afecta a toda la sociedad, y en especial al ciudadano que se encuentra sujeto a un proceso penal en calidad de acusado, así como al abogado defensor, ya que trae como consecuencia que no se permita ofrecer una correcta y adecuada defensa por existir la incertidumbre del capricho del Ministerio Público de modificar la clasificación jurídica por una parte, al igual de no permitir el acceso a la justicia en tanto que una vez de que el Acusado se encuentra en la Etapa de Juicio no puede acceder a las diferentes Salidas Alternas que contempla la legislación procesal penal.

Esto es muy importante no solo por el acusado y la protección de sus derechos fundamentales, ni por la correcta elaboración y aplicación de una defensa técnica y adecuada, sino también por el costo que le genera al estado y la responsabilidad que le deja de imponer al Ministerio Público como encargado de acusar a los ciudadanos de haber realizado una conducta delictiva, es decir, debe de tomarse con seriedad la Acusación para que una vez planteada la misma se demuestre lo que se pretende y no que a capricho o deficiencia del actuar del Ministerio Público en la Etapa de Juicio este pueda subsanar sus carencias, incapacidades o deficiencias con una reclasificación jurídica a modo que le permita obtener una sentencia condenatoria y ocultar sus errores, todo esto en perjuicio de un ciudadano que no se le respetaron sus

derechos fundamentales bajo el pretexto de que lo importante es cumplir con la finalidad de que se sancione el hecho delictivo y que generó un reproche social.

Para ello se debe de plantear tanto a los órganos jurisdiccionales en primer lugar como al Poder Legislativo en segundo lugar, el estudio y defensa de los derechos del imputado y que los primeros declaren de inconstitucional el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales y que los segundos se den a la tarea de derogar dicha disposición o en su caso de reformar la misma para que sea efectiva y acorde con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respetando así los derechos de los ciudadanos sujetos a un proceso y acceder a la justicia en igualdad de condiciones.

Dicho planteamiento desde el punto de vista de su servidor, considero que es un problema real con una solución real y factible, eso si, nada fácil puesto que se tienen que romper con paradigmas y viejos estigmas que se vienen acarreado del Sistema Mixto que por casi 100 años imperó en nuestro sistema jurídico mexicano, pero no es una tarea imposible, al contrario considero como han expresado diferentes juristas es un área de oportunidad de lograr una evolución correcta y adecuada de nuestro derecho penal actual.

ANTECEDENTES.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

No es nada fácil poder establecer con claridad las etapas o periodos en la evolución del derecho penal hasta nuestros días. En general, todos los estudios realizados responden a una filosofía determinada de la historia. En ese sentido podemos encontrar que es una investigación compleja toda vez que nos llevaría hasta áreas tan generales y problemáticas como el propio "para qué" y "hacia dónde" del género humano, lo que el presente trabajo no tiene como objetivo el definir, Sin embargo, es necesario señalar a muy grandes rasgos, los conceptos que del objeto de nuestra ciencia se han dado en la historia.

Un breve panorama de estos conceptos nos mostrará que no siempre la ley penal tuvo el contenido ni la forma que hoy conocemos como tal. Lo que en otras épocas fue objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, hoy no lo es, fenómeno explicable, pues, nuestra ciencia -como todas- ha tenido sucesivos y diferentes horizontes de proyección, que han marcado distintos límites a su dominio. Lo que señalaremos serán las indicaciones más generales sobre estos límites sucesivos.

Si bien no puede hablarse de una continuidad histórica, puede reconocerse en la historia de la ley penal una lucha de la que va surgiendo, arduamente, una concepción del hombre como persona, es decir, como un ser dotado de autonomía ética. Este concepto no surge de una sola vez, ni tampoco en forma progresiva, sino que se gesta en una sucesión de marchas y contramarchas, cuyo origen se pierde en el terreno de la antropología cultural y cuyo desarrollo -y alternativas- continúa hasta nuestros días, no sin dejar de estar amenazado su futuro. Da la impresión de que el hombre se va encontrando, se va reconociendo, en permanente pugna consigo mismo, con otra tendencia que siempre que se alcanza un punto determinado o una meta, trata de que allí se detenga el proceso de descubrimiento de la aún hoy muy problemática dimensión del fenómeno humano, y aún que se retrotraiga, lo que

frecuentemente se logra. En este, como en cualquier orden humano, la pretensión de un avance lineal, "es una ilusión que ni siquiera se da en el orden del conocimiento, puesto que la pretensión de mostrarlo como una acumulación progresiva es falsa".

Sin que pretendamos descubrir las leyes del proceso creador del derecho penal, es necesario advertir y señalar también, que su desarrollo nos muestra la panorámica histórica de la ley penal, es uno de los más sangrientos de la historia, que muy probablemente haya costado a la humanidad más vidas que todas las guerras juntas y que es susceptible de herir más nuestra sensibilidad actual que la misma guerra, puesto que esta, al menos dentro de sus cánones tradicionales, no responde a la tremenda frialdad, premeditación y racionalización que caracteriza a las crueldades y aberraciones que se registran en la historia de la legislación penal.

Todas las sistematizaciones simplificadoras de las etapas de la legislación penal universal se resumen a teorías de la historia que, pese a su multiplicidad, pueden dividirse en "cíclicas" y "progresivas", siendo las primeras más propias de la antigüedad y las últimas del siglo XVIII. En nuestra ciencia han prevalecido las "filosofías de la historia penal" de carácter progresivo.

Así, por ejemplo, la división de esta "progresión" en venganza privada, venganza pública, humanización y período actual, no deja de indicar un progreso lineal que en la historia no se ha dado. Detrás de estos criterios no falta la huella de los "tres estadios" de Comte (el teológico, el metafísico y el positivo), que bien puede reconocerse en Enrico Ferris. No muy distante de este pensamiento de los tres estadios se hallaba Roda, quien afirmaba que *la venganza, la composición y el talión*, pertenecen "al primer grado de la cultura de los pueblos, todavía puramente material", en tanto que *la intimidación* prevalece en la "segunda edad de la Humanidad, comenzando la "tercera edad de la Humanidad cuando se va tomando consciencia del fin de la pena y se tiende a defender el "orden exterior del derecho", no aplicando cualquier medio que infunda temor, sino solo los que aparecen justos en razón de dicha proposición. Esta señalización de etapas se encuentra estrechamente vinculada

con la que efectuara Vincenzo Lanza, quien sostenía que hay *tres* tipos de reacciones penales: la primera de tipo impulsivo, la segunda de tipo inteligente y la tercera de tipo crítico, que es la que indica el mayor grado de madurez de la humanidad.

No se debe confundir la historia de la legislación penal con la de las ideas penales, puesto que estas últimas, por trascendentes que hayan sido, no siempre se han reflejado en la legislación, ni tampoco, por lo general, fueron receptadas de inmediato cuando ello aconteció. De allí que este segundo aspecto requiera un tratamiento más detenido, en el que se puedan descubrir directrices que conserven vigencia, por mucho que provengan de siglos remotos.

Dentro de la denominación de "**culturas lejanas**" englobamos culturas que se hallan distantes entre sí en el tiempo, siendo algunas de ellas contemporáneas a la edad media y aun a las modernas en Europa. Es de advertir que no entraremos al estudio de los estadios prehistóricos, que frecuentemente son considerados falsamente, como regulaciones simples del comportamiento, cuando en realidad suelen tener una gran complejidad normativa que generalmente pasa por alto el observador de nuestra cultura, siendo un área de estudio de la antropología cultural y no de la legislación penal.

La legislación penal griega en general, se ha perdido, conservándose sólo fragmentos en las obras de autores que tratan de otras materias. Una idea bastante clara del proceso penal ateniense nos la proporciona el juicio de Sócrates que se conserva principalmente por obra de Platón. Por medio de estos fragmentos de obras filosóficas y literarias, sabemos que en Atenas había desaparecido la crueldad que caracterizaba las penas del mundo antiguo y que, como consecuencia de la concepción griega de la polis, su ley no respondía a la base política teocrática de los estados antiguos, aunque eso no impidió que Sócrates fuera juzgado y condenado por un delito contra la religión, aunque debe recordarse que se le dio la posibilidad de huir.

Cada polis tenía su propia legislación penal y, respecto de algunas se carece casi por completo de información, conocimiento o evidencia de las mismas. Sabemos que la legislación penal de Esparta difería notablemente de la de Atenas, como corresponde a la severidad penal de un estado guerrero e imperialista.

De cualquier forma, no obstante que esta ley penal correspondía a una diferente concepción política, ello no implicaba que la misma fuese una idea teocrática del Estado, de la que estaban alejados tanto los espartanos como los atenienses.

No podemos ocuparnos aquí de los detalles de la historia penal, pero lo que se ha mencionado del derecho penal oriental nos servirá para comprender lo que sigue. Con Grecia y Roma hacen su entrada la racionalidad de la reacción penal, es decir, que se mundaniza, se seculariza marcadamente la legislación penal. No será un logro definitivo, puesto que, como habremos de ver, hay un complicado juego de marchas y contramarchas, sin embargo, es cuando en la antigüedad se alcanza el mayor grado de secularización.

El ingenio griego no mostró predilección por lo jurídico, aunque estableció las bases por donde circularían las primeras escuelas jurídicas romanas. De ahí que ya se pueda hablar de una verdadera ciencia jurídico-penal y se pueda seguir el curso de la legislación penal durante más de trece siglos, que van desde el VIII a.c., con la monarquía, hasta el VI de la era cristiana, con el Digesto, y aún durante nueve siglos más en el imperio de Oriente.

Si bien los romanos no alcanzaron en la ciencia del derecho penal la perfección que dieron al derecho civil, no cabe duda que en lo legislativo su papel ha sido importante, como no puede ser menos un imperio que cubre tan dilatado período de la historia humana y del cual deriva en forma directa nuestra cultura.

De cualquier modo, y dado que la concepción teocrática y la divinización del derecho no desaparecen de golpe -y consiguientemente, no se opera abruptamente

su secularización- tampoco desaparecerán algunas de las instituciones penales a las que nos hemos referido de paso y en cuyo sentido es bueno que nos detengamos un instante, porque si bien hoy han desaparecido, una observación atenta de las mismas nos muestra que algunas se han transformado y que en la lucha actual por el derecho y por la fundamentación antropológica del mismo, aparecen eventualmente signos de vuelta de las mismas, o, al menos, de manera similar. Corresponde formular estas reflexiones al comenzar el tratamiento del derecho penal de culturas que nos están próximas, -sin olvidar que las leyes penales de las culturas remotas - a que nos hemos referido siguen los criterios teocráticos en igual medida, sino que algunas como la china se encuentran mucho más preocupadas de problemas terrenales que otras, aunque sin abandonar el marco teocrático general.

El estado oriental buscó la cohesión social a través de la ética social universal y severa. La ley penal sirvió para fortalecer esa ética. La derivación de la ética y de la ley social de la autoridad divina y la consideración del gobernante físico como representante de esa autoridad servía aún más para fortalecer los valores de esas sociedades. Era esta una forma de solidificar una fuerte estructura social y al mismo tiempo una vía para huir de cualquier responsabilidad social, pues el orden dado no provenía de ningún ser humano.

La ley se hacía intangible por divina. No sólo el juzgador, la autoridad terrena, estaba exento de responsabilidad por la ley, sino también por el juicio acerca de los hechos, que se hacía derivar de Dios, quien intervenía para dirimir la cuestión fáctica en el proceso, por medio de la "ordalía" o "prueba de Dios". Si Dios daba la ley aplicable y dirimía la cuestión de hecho en el caso concreto ninguna responsabilidad por la sentencia incumbía a quien operaba como "juez" en la tierra. Muchos siglos después, los jueces huirán de cualquier responsabilidad por vía de la interpretación exegética del más crudo positivismo jurídico, de una concepción formal del derecho y del sistema procesal conocido como de "prueba tasada".

La ética social férrea se fortalece cuando se sanciona junto con el delincuente a la familia y al grupo. Cada individuo del grupo social se convierte en un policía de seguridad. La llamada "corrupción de la sangre", es decir, la pena que alcanza a la familia y al grupo, es un medio de control social inmenso. Por vías indirectas se tratará de volver a él siempre que una legislación penal pretenda ejercer un control social exagerado (sanciones indirectas, en este sentido, son la pérdida de prestigio social, la pérdida de empleo, la afectación económica a la familia del delincuente, etc.).

La composición, es decir, la cancelación de la pena mediante un pago a la víctima o a sus deudos, es un medio de preservar la capacidad productiva de la población -y también la capacidad guerrera- sin afectar el principio de que la pena alcanza a todos los culpables. Algunas de las más modernas sustituciones de penas privativas de libertad tienen el mismo objeto.

Las sanciones a cosas y a animales" tienen por objeto fortalecer la ética social hasta el límite de convencer a la población de que nadie ni nada, ni siquiera las cosas, los animales o los muertos, escapan a la sanción penal, que responde a una ley universal que todo lo gobierna. Este género de sanciones suele reaparecer con la "ley de Lynch" y en general, en cualquier momento de la historia en que desaparece el derecho e irrumpe el caos. Ejemplos contemporáneos a este respecto abundan como para que sea menester citarlos. Las penas mutilantes que tienen por fin dejar una marca indeleble en el cuerpo de la víctima, como también las marcaciones a fuego, son medios de fortalecer la ética social, similares a las penas que "escarmientan" o "ejemplarizan". Los registros de antecedentes y el "fichaje" de delincuentes y prostitutas contemporáneos, como auxiliares de la justicia, suelen cumplir esta función.

Las penas mutilantes incapacitantes son un impedimento físico para reincidir en el delito. Hoy en nuestro derecho se encuentran fuera del concepto de pena, pero, cuando las penas privativas de libertad no cumplen su función resocializadora de prevención especial, quedan también convertidas en puros impedimentos físicos.

Bastan estos ejemplos para dejar en claro que la desaparición de formas tan brutales, que pertenecen a la "arqueología criminal", no implican la desaparición de las motivaciones político-penales a que ellas respondían y que aún subsisten revistiendo otras formas.

Es importantísimo el conocimiento de estas instituciones, porque no se trata de eliminarlas, sino de eliminar la tendencia político-penal a que responden, que son las que alejan a cualquier legislación penal de una fundamentación antropológica adecuada.

I.1. El Derecho Penal Romano.

La famosa afirmación de Carrara, según la cual los romanos fueron gigantes en derecho civil y pigmeos en derecho penal, ha desatado una larga polémica que oscurece el estudio objetivo del derecho penal romano. Se le ha reivindicado, a veces exageradamente 'pero lo cierto es que la literatura sobre el tema, particularmente el gran estudio de Mommsen, nos da los elementos para hacer una ponderación adecuada del mismo.

En Roma, como en todos los pueblos primitivos, el derecho penal tuvo un origen sacro. A partir de la ley de las XII Tablas (siglo V a.c.), ya el derecho se encuentra laicizado y se establece la distinción entre los *delicta publica* y los *delicta privata*. Los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en el interés del mismo, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su propio interés. No obstante, no debe pensarse que en el concepto de *delicta publica* se incorporaban sólo delitos contra el Estado. Los delitos públicos se formaron en torno de dos conceptos básicos: los delitos de *perduellio* y de *parricidium*. Estos delitos son los padres de los grandes grupos de delitos, es decir contra el Estado y delitos contra los particulares. Debe recordarse que el *panicidium* previene de la muerte del *pater*, es decir, del hombre libre (que sólo era el *pater familrae*, jefe de la *gens*). El *perduellio* se componía de diversos crímenes contra el Estado, y el *panicidium*

fundamentalmente, del homicidio del hombre libre. A su lado se hallaban las sustracciones de bienes de templos (*sacrilegium*) y de bienes comunes (*peculatus*). El resto de los delitos públicos quedaba librado las facultades del magistrado (*coercitio*). Este primitivo derecho penal romano se componía, pues, de distintos ámbitos que permanecían en una complementación paralela: crímenes capitales, *coercitio* del magistrado, *delicta privata* y castigo familiar.

El concepto de la paz pública se manejaba respecto del *per-duellio*, por lo que solía penárselo con la *capitis sacratio*, que tenía similitud con el derecho penal griego y que era el equivalente de la "pérdida de la paz" de los germanos.

Con posterioridad se pasó al procedimiento *extra ordinem*, que de extraordinario culminó por convertirse en ordinario, y con el que se afirmó definitivamente el carácter público del derecho penal y de la acción penal, lo que tuvo lugar con el advenimiento del imperio, y en función de lo cual, también los delitos privados eran sometidos a penas públicas. Durante la República el pueblo romano había sido simultáneamente legislador y juez, y solo quedaban como delitos privados, relegados a arreglo entre las partes los más leves. La justicia republicana, primero en mano de los comicios, pasa luego, por delegación, a tribunales penales, que fueron las *Quaestiones*. A las *Quaestiones* se les fue entregando el juzgamiento, primero para casos especiales y luego en forma permanente, aunque su competencia se fue ampliando por delitos, y las sucesivas leyes que se le asignaron se conocen como las leyes *Corneliae* y *Juliae*.

Estos tribunales actuaban por delegación del pueblo romano y penaban por exigencias de la "majestad del pueblo romano" y de la "salud de la cosa pública", lo que estaba bastante distante de las concepciones teocráticas orientales. El derecho penal romano se funda exclusivamente en el interés del Estado. Esta publicitación de delitos constituye un importante progreso, porque nos hallamos con tipos, penas y procesos regulados por ley, no obstante que aún se seguía complementando con la *coercitio* de los magistrados, los *delicta privata* y el castigo familiar.

Llegado el imperio, se afirma da publicidad del derecho penal romano con el procedimiento extraordinario, que era constituido por tribunales que actuaban por delegación del Emperador, quien que lo hacía personalmente en casos importantes y cuyo poder jurisdiccional estaba por sobre la ley. Fue así que la legislación criminal se interrumpió y la jurisprudencia se limitó a los *crimina publica* hasta entonces existentes, pero con la posibilidad de apartarse del tipo y de la pena.

El imperio fue corrompiendo las instituciones republicanas y la *cognitio extra ordinem* se fue convirtiendo en jurisdicción ordinaria, pues el ámbito de los crímenes *majestatis* fue ampliándose cada vez más. El *crimen majestatis* llegó a límites absurdos, en que se consideraba tal desnudarse ante la estatua de un emperador, vender su estatua consagrada, llevar su esfinge en medalla o moneda a un lupanar, hacer telas o vestidos púrpura (se consideraba signo de conspiración), tener relaciones con princesa imperial, dudar del acierto del emperador en la elección de funcionarios, y cualquier tipo de crítica en general.

A partir de aquí habremos de observar el mismo fenómeno en toda legislación penal posterior; en tanto que con la afirmación del carácter público del derecho penal aún nada se dice acerca de la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, cuando sobreviene un periodo imperialista, surge una marcada tendencia a publicitar todos estos bienes y a reducir al derecho penal a un instrumento al servicio de los intereses del Estado. Ya no habrá intereses particulares tutelados públicamente, sino que todos serán intereses públicos.

En el caso de Roma, puede concluirse en que el derecho penal justiniano es "la expresión del principio de que la conservación del Estado es el fundamento de la punición".

La característica del derecho penal imperial romano, convertido en un instrumento de apuntalamiento del estado, se ponía de manifiesto incluso en el sentido funcional que se le asignaba a la religión romana. En Roma, no era delito adherir a

una nueva religión o adorar una divinidad no reconocida, pero lo era no adorar a las deidades reconocidas. Cabe recordar que los cristianos fueron perseguidos por *crimen majestutis* por ofender al príncipe, negándole culto a su persona y a la de sus predecesores, no participando en las festividades nacionales y no asociándose a las ceremonias.

El magistrado romano no reprochaba al cristiano que adorase a Cristo, sino no hacerlo "junto a los otros dioses".

El derecho penal romano imperial es el triunfo del Senado sobre los Comicios, del imperio sobre la república. En síntesis, el derecho penal romano nos muestra una lucha que seguirá hasta hoy: el derecho penal republicano y el derecho penal imperialista.

Entre las más importantes fuentes del derecho penal romano, particularmente por la forma en que fue aceptada y recibida posteriormente, se encuentran los llamados "*libris tenibilibis*" del Digesto (Libros XLVII y XLVIII). Dispone el título I del libro XLVII que los herederos o sucesores no están sometidos a la acción criminal, pero que ésta puede ser ejercida por los sucesores de la víctima, distinguiendo nítidamente la acción civil de la criminal. El título II trata de los hurtos; los títulos III y IV plantean cuestiones de carácter civil ajenas al hurto; el título V da acción por hurto contra los capitanes de naves, mesoneros y venteros, por los hurtos cometidos por ellos o por sus dependientes; el título VI faculta a los dueños de esclavos que cometieron hurto para que entreguen el esclavo o su valor; el título VII trata del daño consistente en la corta de árboles furtivamente; el título VIII se ocupa de los bienes arrebatados violentamente; el título IX del incendio, ruina y naufragio; el título X de las injurias y libelos infamantes. El título XI trata de los delitos extraordinarios, penando por tales a los adúlteros, violadores, corruptores, acaparadores, etc. El título XII trata la violación de sepulcro; el título XIII la concusión; el XIV el abigeato; el XV la prevaricación; el XVI el encubrimiento; el XVII los hurtos en baños; el XVIII las fracturas y despojos; el XIX

el despojo de herencia; el XX el estelionato; el XXI la alteración de límites de feudos; el XXII los colegios y corporaciones ilícito y el XXIII las acciones públicas.

Los títulos I, II, y III del libro XLVIII tratan cuestiones procesales. El título IV contiene la *Ley Juliae*, penando como *crímenes majestis* los delitos de traición, rebelión, sedición y conspiración para asesinar a dignatarios.

Se expresa claramente que "el delito que se dice de majestad es próximo al sacrilegio", incluyéndose entre ellos la destrucción de estatuas imperiales.

Se admite como acusador a cualquiera, incluso los infames, los esclavos y las mujeres, cosa que no sucede en los restantes delitos. El título V contiene la ley Julia de adulterio. El VI se ocupa de la violencia pública y el VII de la privada. El VIII de los sicarios y enmendadores; el IX de los parricidios; el X de las falsedades; el XI de las concesiones; el XII de los delitos contra las provisiones públicas; el XIII de los peculados y sacrilegios; el XIV de la pretensión de cargos por entrega o soborno; el XV de los plagiaros; el XVI de los calumniadores y tergiversadores; el XVII de las condenaciones de ausentes; el XVIII del tormento; el XIX de las penas; el XX de los bienes de los condenados; el XXI de los bienes de los que antes de la sentencia se procuraron la muerte o corrompieron al acusador; el XXII de los interdictados, relegados o deportados; el XXIII de los que sufrieron condena y el XXIV de los cadáveres de los penados.

Además de los *Libri terribilis*, dentro del mismo Digesto, es dable mencionar el libro III título VI, que trata de los calumniadores; el libro IX título II, que es un comentario a la *Lex Aquilia*, en el que, entre otras cosas, se dice que "la razón natural permite defenderse contra un peligro". El libro XLIII título XVI, trata de la fuerza y de la fuerza armada.

En el *Código* es de mencionar el libro VI título II, que trata de los hurtos y de la corrupción de esclavos.

En las *Novelas*, los más importantes textos penales son: la XII, de las nupcias incestuosas y nefastas; la XIV de los alcahuetes; la LXXVII, que trata la blasfemia y las prácticas “contra la naturaleza”; la CXCI, contra las impudicias; la CXLII, sobre castraciones; la CXLIII, del rapto; la CL, de las mujeres raptadas que se casan con los raptos; la CLI de los que no comparecen a juicio.

Como características generales del derecho penal romano, al cabo de trece siglos de evolución, pueden observarse, entre otras, la especial significación que otorgaba al dolo (*dolus*), caracterizado mediante el *animus* como voluntad realizadora del tipo, excluido por el desconocimiento de cualquiera de sus características, lo que hace por demás dudoso que el *dolus* romano requiriese el conocimiento de la antijuridicidad. La omisión sólo se penaba en determinados casos y la tentativa era aún un concepto desconocido, no penándose en los *delicta privata* y penándose como delitos independientes los actos preparatorios y ejecutivos de delitos públicos. Si bien se equiparaba la pena de todos los concurrentes, se distinguía entre autor, cómplice e instigador. Además de los casos de cumplimiento de órdenes y deberes, se conocieron las causas de justificación, tales como la legítima defensa, el estado de necesidad y, en los delitos privados, el consentimiento.

Hasta entrado el imperio y sólo en ciertos casos, se abrió la posibilidad de una pena única, puesto que a lo largo de casi toda la evolución, la concurrencia se manejó sólo a nivel procesal.

En cuanto a la cuantificación de la pena, esta no llegó a ser en Roma materia de una consideración racional y, especialmente bajo el imperio fue objeto de un manejo arbitrario por parte de los magistrados, a lo que contribuía la difusión de la “gracia” imperial, que había sido instituto poco frecuente en la república.

El derecho penal romano, en general, evidenció una actitud legislativa que es denunciada con buen criterio también en lo que a nuestras leyes contemporáneas

respecta: a medida que aumentaba su represividad y autoritarismo, tendía a normalizar y generalizar lo que se estimaba excepcional y especial.

Como todo, no es cuestión de magnificar la importancia del derecho penal romano porque, con razón, dice Hippel que el “*derecho penal imperial, dada su inseguridad, dureza y arbitrariedad, no desarrolló ningún modelo*”, sino que “*el perfeccionamiento lo emprendió el derecho canónico-italiano*”.

I.2. El Derecho Penal en la Edad Media.

La caída del Imperio Romano provocó una regresión en el derecho penal, se volvió a la normativa de los pueblos germanos; no obstante, en la Edad Media, en el siglo XV, el derecho canónico logró la consolidación de un derecho penal mejor estructurado y que recogió nuevamente los avances que había legado el derecho penal romano. Esto fue posible por el impulso dado por los glosadores, en particular en Italia, al estudio de ese derecho que había sido dejado de lado, como también por los interesantes aportes de los llamados *prácticos*, que incorporaron al análisis jurídico-penal criterios empíricos, o sea realistas frente a cada caso.

Casi todo el derecho penal de las antiguas sociedades tenía un fundamento religioso, ya por asentar en reglas de conducta de esa procedencia, ya por aparecer la imposición de la pena como un castigo de esa índole y el delito como ofensa a la divinidad.

Es sólo a partir del *derecho griego* que se afirma el sentido laico del derecho penal, dirección que encuentra su consagración definitiva en el *derecho romano*, con el que, a la vez, se termina la evolución en pos del carácter público de aquél; porque si bien originalmente existió en él una distinción entre delitos públicos (*perduellio* y *parricidium*, denominaciones genéricas que comprendían una variada gama de infracciones) -que eran perseguidos por el Estado- y privados -que eran perseguidos por los particulares-, ella fue perdiendo vigencia, hasta que en la época del Imperio la

función penal quedó exclusivamente en manos del emperador (con jueces que actuaban en su nombre).

En el campo del *derecho penal germánico* -de gran influencia en el mundo occidental durante cinco o seis siglos a partir de la decadencia del Imperio romano- significó una especie de vuelta a las ideas y procedimientos de los primitivos derechos grupales: con una regulación relativamente estricta reaparecen en él la privación de la paz y la composición, aunque ésta como manera de poner fin obligatoriamente a los efectos de la venganza de sangre (si bien esta última, concretándose a través de la "faida", tenía características muy particulares).

Del entronque de este derecho con las supervivencias del derecho romano y las reglas de las costumbres locales, se fueron originando los monumentos jurídicos de la alta y baja Edad Media, de los cuales tenemos un singular ejemplo en *Las Partidas* de Alfonso el Sabio.

I.3. El Derecho Penal en la Época Contemporánea.

Dos grandes movimientos, uno más propiamente legislativo, de carácter más doctrinario el otro pero con gran trascendencia legislativa, señalan el paso de la Edad Media a la Moderna.

La consolidación del *derecho penal canónico* en el transcurso del siglo xv (recopilación del *Codex Iuris Canonici*) acentuó el aspecto subjetivo del delito (dolo, culpa), cuya elaboración se vio reforzada por la renovación del derecho romano durante las últimas etapas de su recepción por obra de los *posglosadores* como continuadores de los *glosadores* y de los *prácticos* que, además, elaboraron con mucha precisión distintos elementos del delito, como se puede constatar en los trabajos de Carpzovio y Covarrubias. Un cuerpo legislativo que, entre otros, coronó esta evolución fue *La Carolina* de Carlos V de Alemania (I de España).

No dejó de tener que ver con ella el desarrollo de las ideas penales volcadas por los distintos pensadores renacentistas –juristas y politólogos- que compusieron el cuadro de la literatura jurídico-política durante los siglos xvi y xvii, como More (Tomás Moro), Bacon, Grocio, Francisco Suárez, Locke y Hobbes, entre otros.

En el período de la Ilustración (siglo XVIII), con pensadores como Montesquieu y Rousseau entre otros, surgieron las ideas del contrato social -en contraposición al origen divino del poder-, que sirven de fundamento a los principios de igualdad, legalidad y respeto de la individualidad. Estos principios constituyen los cimientos del derecho moderno, adquirieron fuerza con la Revolución Francesa y fueron recogidos por autores como el marqués de Beccaria (1738) en su conocida obra *De los delitos y de las penas* (1764) en Italia, y Manuel de Lardizábal y Uribe (1739) en España, que publicó el *Discurso sobre las penas contrahído a la legislación vigente en España para facilitar su reforma* (1782), trabajos que dieron un gran impulso a la humanización del derecho penal.

Se refieren en particular a la pena que consideran como una necesidad y no como una expiación, que se legitima tanto por su finalidad preventiva, o sea impedir la comisión futura de delitos,¹ como por la evitación del arbitrio judicial con la exigencia de la ley previa, anterior a la comisión del hecho. Especial interés tiene la obra de Lardizábal, que evidencia amplios conocimientos de la ciencia penal de su época, los que compatibiliza con los nuevos requerimientos garantistas y humanizadores.² En Alemania hizo otro tanto Paul Johann A.R. von Feuerbach (1775), que publicó el libro *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del Derecho Penal Positivo* (1799), a quien se considera el creador del principio *nullum crimen, nulla poena sine legem*.

El opúsculo de Beccaria -que fue publicado en forma anónima y sin pie de imprenta- tuvo honda repercusión en su época en todos los países y dio origen a un

¹ Novoa, Novoa Monreal, Eduardo, Fundamentos de los delitos de omisión, Bs. As., Depalma, 1984, t. I, p. 77.

² Bustos, Bustos Ramírez, Juan, Manual de derecho penal español. Parte general, Barcelona, Ariel, 1984, p. 224.

proceso de revisión de la legislación penal en cada uno de ellos. En él se hacía una seria crítica a la pena de muerte, a la crueldad de las sanciones, a la aplicación de tormentos y se reclamaba por garantías procesales en favor del inculpado.

Así se puso en curso el movimiento *codificador de las leyes penales del siglo XIX*. El Código de Napoleón en Francia, que incorpora la doctrina liberal penal, aparece como inspirador de los códigos de otros países, entre ellos el de España de 1822.

En el siglo XIX, en especial en su segunda mitad, y a principios del presente siglo XX, se desarrolló lo que se denomina la *lucha de las escuelas*,³ pugna de naturaleza doctrinaria en un sector de tendencia utilitarista inspirada en filósofos como Bentham, entre los cuales se pueden citar a Romagnosi, Carrara, Feuerbach, Pacheco y Groizard, y los de tendencia determinista, que aplican métodos de análisis propios de las ciencias empíricas, que formaron la Escuela Positiva, fundamentada en una tendencia liberal, jusnaturalista, propia de filósofos como Comte y Spencer. Esta última es la que asignó a los primeros la denominación de *clásicos*, en el sentido de anticuados, en tono despectivo.⁴

Los *clásicos*, como se ha expresado, no conformaron una escuela propiamente tal, pues se trata de un grupo de juristas cuyo pensamiento corresponde a la filosofía de la época en que vivieron, con las naturales variantes de sus distintos y personales criterios.

Los principios fundamentales que se desprenden de sus doctrinas pueden sintetizarse en la siguiente forma, aunque presentados como una simple aproximación:

El delito carece de una existencia natural, es creación de la ley penal, de manera que no existen otros fuera de los señalados por ésta.

³ Etcheberry, ETCHEBERRYO., ALFREDO, Derecho Penal, Santiago, 1976 t. I, p. 34.

⁴ NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal chileno*, Santiago, 1960., t. I, p. 82.

La sanción o pena ha de estar determinada en forma previa por la ley y, en lo posible, se debe impedir el arbitrio judicial a su respecto, y buena parte de ellos se inclina por reconocerle un carácter preventivo.

El sujeto responde de su acto porque es libre, puede determinar sus comportamientos, está en posibilidad de escoger entre actuar o no conforme a la norma penal. En otros términos, adhiere a la doctrina del *libre albedrío*. No obstante, *no* todos los denominados clásicos concuerdan en este punto, hay algunos que son deterministas.

El sistema de análisis que emplean es *lógico-formal*; como son jusnaturalistas, parten de supuestos preexistentes, sea la ley natural o la escrita, que desarrollan a través de un procedimiento deductivo, para aplicarla al problema que enfrentan.

En la segunda mitad del siglo XIX y en las primeras décadas del presente siglo XX, adquirió relevancia la aplicación de la metodología de las ciencias empíricas al derecho penal. Fundamentados en pensadores como Compté, Spencer y Stuart Mili, marginaron la metafísica y adhirieron al procedimiento de observación y experimentación como medio de adquirir el conocimiento, o sea por la experiencia,⁵ que los lleva a dejar el análisis de las normas y estudiar el hecho delictivo y a quien lo ejecuta. La pena deja de ser un castigo y se convierte en un *tratamiento* del sujeto antisocial y se legitima por su eficiencia social.

Es en Italia donde se forma esta Escuela que rápidamente gana adherentes en todo el mundo; sus forjadores fueron –como era obvio- un médico, César Lombroso (1836); un magistrado, Rafael Garofalo (1851), y un abogado, Enrique Ferri (1856). Lombroso traslada el estudio del delito a la persona del delincuente, habla del *hombre delincuente* y entre ellos del *delincuente nato*; se trataría de un individuo de

⁵ ETCHEBERRYO., ALFREDO, *El Derecho Penal en la jurisprudencia*, Santiago, 1987, p. 36; CURY URZUA, ENRIQUE, *Orientaciones para el estudio de la teoría del delito*, Santiago, 1973. t. I, p. 134.

características genéticas especiales, distinto a las personas normales, Garofalo pretendió analizar el delito como fenómeno natural, al margen del ámbito jurídico, creando una noción de alcance universal para definirlo. Ferri pretende reemplazar el derecho penal por la *defensa social*, una política criminal: el delincuente debe ser "tratado" según su categoría, no procede aplicarle pena, sino someterlo a tratamiento, porque es un ente peligroso (temible).

Los postulados fundamentales de esta Escuela se pueden sintetizar en los siguientes:

El delito no es un ente jurídico, creado por la ley, tiene existencia natural, independientemente de las épocas o sociedades de que se trate (el delito *natural* de Garofalo). Se trata de comportamientos con características identificables.

La pena no es tal, la reacción del Estado es una forma de defender a la sociedad, y no se aplica por el hecho cometido; es un tratamiento dirigido al sujeto peligroso (se regula por la temibilidad del delincuente). Su duración, por lo tanto, es indeterminada, ya que depende de que se alcance el objetivo que persigue y, en casos extremos, puede llegar a consistir en formas de inocular al sujeto.

Al contrario de la concepción mayoritariamente aceptada por los clásicos (el libre albedrío), los positivistas conciben al hombre como un ser *determinado*, que no es libre para decidir su conducta. Su comportamiento sería consecuencia de sus características (biológicas, sociales, etc.) y de las leyes naturales a las cuales está sujeto; de allí que su responsabilidad no es personal sino social, no tiene respaldo en los actos que realiza sino en su peligrosidad.

La metodología de los positivistas difiere también de la empleada por los clásicos; como el delito es un hecho *natural* y el delincuente es un individuo con un perfil científicamente determinable, en lugar de emplear el método lógico-deductivo

(análisis de normas jurídicas), recurre al *causal explicativo* (experimental) , propio de las ciencias naturales.

En España el positivismo tuvo seguidores de gran nivel, como Pedro Dorado Montero, que, al decir de Bustos, es "el autor más innovador y que se anticipa a los últimos desarrollos de la política criminal alternativa y de la criminología crítica",⁶ En Chile también tuvo seguidores; entre ellos Raimundo del Río.

El positivismo hizo un aporte interesante para el desarrollo de la ciencia penal; dejó institutos tales como el sistema de la doble vía, según el cual en forma paralela a la pena se establece otro recurso para combatir la criminalidad, la *medida de seguridad*, cuya aplicación está determinada por la peligrosidad del sujeto y no por su culpabilidad, como sucede con la pena; pero el positivismo perdió vigencia con el surgimiento del *causalismo valorativo* (el neokantismo), representado por Mezger, Cuello Calón, Jiménez de Asúa entre muchos otros; en Chile, por Gustavo Labatut.

Del causalismo valorativo de mediados del siglo XX, rápidamente el derecho penal se proyectó al denominado *neofoma*, cuyos principales representantes son Welzel y Kaufmann en Alemania; Rodríguez Mourullo, Cerezo Mir y Córdoba Roda en España, y Cury en Chile.

Estas nuevas sendas que principia a recorrer la doctrina son consecuencia de la búsqueda de formas como concretar en el ordenamiento jurídico el respeto al individuo, a sus derechos fundamentales, lo que involucra sanciones más humanas, no degradantes; consagrar posibilidades de su reinserción en la sociedad, limitar el poder de reacción punitivo del Estado al ámbito socialmente necesario y, por otra parte, ampliar los márgenes de libertad individual.

⁶ BUSTOS, JUAN, *Manual de Derecho Penal*, puesto al día por Hernán 'Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994., p. 227.

Las tendencias que muestra el derecho penal moderno han adquirido más fuerza con el cuestionamiento que del mismo han realizado las corrientes criminológicas que se engloban bajo la denominación de *criminología crítica* y que abrieron nuevas posibilidades a los planteamientos *político-criminales* (Hassemer, Gimbernat, Mir Puig, Barbero Santos, Bustos). Así se explica la progresiva despenalización de los delitos, en particular los de índole sexual (la homosexualidad) y los de poca trascendencia social; el énfasis en la resocialización de la pena, la supresión o restricción de la pena de muerte.

En los ordenamientos jurídicos de esta época, esas tendencias aparecen recogidas en dos órdenes de textos legales: los tratados internacionales y las constituciones de los países occidentales. En ellos se constata una marcada aspiración a garantizar una diversidad de derechos fundamentales del individuo frente a la actividad punitiva del Estado; se cumple así en plenitud -respecto de las constituciones- la premisa: "el orden constitucional requiere de protección *por* el derecho penal y, al mismo tiempo, debe prestar protección frente al derecho penal".

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN PENAL.

La palabra acción significa **“el ejercicio de una potencia o poder”**; y, desde el punto de vista forense, se entiende el derecho que se tiene de pedir una cosa en juicio. Tales concepciones, siendo exactas en cuanto caracterizan a la acción como **“un derecho”** y **“un poder”**, no son suficientes, para explicar el verdadero sentido y alcance de la Acción penal.

Así, por ejemplo, quienes le han otorgado a la acción el carácter de un “derecho subjetivo público” emanado del *ius puniendi* del Estado y delegado al Ministerio Público, la definen.

Actualmente se define como **“el poder jurídico de provocar la intervención y la decisión del juez y de todas las demás actuaciones que se determinan en el proceso (Sabatini)”**; es decir, como **“el acto mediante el cual se demanda la punición culpable (Stoppato)”**.⁷

Promoción y ejercicio de la Acción Penal.- La Acción Penal Pública debe ser promovida, como norma, por el Ministerio Público, quien, al recibir la *notitia criminis*, sea por denuncia o por querrela, debe realizar las diligencias de investigación preliminares.

Hoy día, con el avance de las concepciones en materia de **Derechos Humanos** y de la **victimología**, existen instituciones novedosas como el llamado **Principio de Oportunidad** y las **Formas Alternativas**, que junto con un resurgimiento de la **Acción**

⁷ J. Cristóbal Nuñez Vásquez, *“Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, páginas 63 y 64.

Penal Privada, han determinado una sensible erosión del carácter oficialista de la Acción Penal Pública.⁸

Dentro de nuestra tradición jurídica, la doctrina ha sido unánime en señalar que, tal cual se encuentra normativamente configurado, el ejercicio de la acción pública presenta las características de **Publicidad y/u Oficialidad, de Obligatoriedad e Irretractabilidad**, lo que significa que el órgano estatal específico predispuesto institucionalmente para la persecución penal debe actuar, sin necesidad de estímulo extraño, cuando llegue a su conocimiento un hecho con apariencia de delito, llevando adelante y/o impulsando los procedimientos que conducen a una resolución conclusiva, sin que pueda discrecionalmente decidir, cuándo o en que casos inicia la promoción ni teniendo capacidad para hacer cesar voluntariamente el desarrollo de la causa⁹, salvo los casos taxativamente previstos en la ley. Como toda autoridad, tiene permitido hacer únicamente lo que la ley le autoriza expresamente, fundando y motivando su proceder, **Principio de Legalidad**.

Velez Mariconde citado por el jurista argentino Julio B. J. Maier, estima que “A la venganza privada del ofendido o de su tribu, traducida en una acción física contra el agresor, le sucede lo que modernamente se conoce como **acción procesal** o, en nuestra materia, **persecución penal**, ejercida en un primer momento por el ofendido, y tiempo después, por el Estado, quien expropio ese poder de manos del individuo y monopolizó el poder penal”.¹⁰

II.1 Características y Principios de la Acción Penal.

De las características y principios de la acción penal, únicamente haremos una síntesis de las ideas de los autores mas destacados en el ámbito procedimental penal.

⁸ Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, “*Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal*”, página 33.

⁹ Jorge Eduardo VÁSQUEZ ROSSI, “*Derecho Procesal Penal*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2004, página 358.

¹⁰ Esa transferencia del poder penal, con representar un modo más civilizado de decidir los conflictos, al evitar la venganza privada, porta en sí misma el planteo de un problema: el poder penal, tanto en su definición, cuanto en su ejercicio práctico, representa en manos del Estado, el medio más poderoso para el control social. Julio B. J. MAIER, “*Derecho Procesal Penal argentino*”, página 235.

Trataremos de compilarlos pues de la investigación realizada se desprende una unanimidad de criterios.

De ahí que afirmemos que, para que se considere que nos encontramos en presencia de la acción penal se deben reunir las siguientes características:

- Publicidad
- Unidad
- Indivisibilidad
- Intrascendente
- Irrevocable.
- Necesaria, Inevitable y Obligatoria.
- Inmutable.

II.1.1 Publicidad de la Acción Penal.

Primeramente, cabe señalar que la acción penal es pública debido a que se dirige a poner en conocimiento del Estado, por medio del Ministerio Público, el cometimiento de un ilícito, a fin de que se pueda aplicar una pena a quien a cometido el delito, y aunque ese delito cause un daño privado, la acción penal siempre seguirá siendo pública porque se encamina a hacer valer un derecho público del Estado.

Se ha afirmado que el principio de la publicidad sufre un duro golpe con la institución de la querrela, sin embargo, la excepción de la querrela no modifica de ninguna forma su carácter público, pues únicamente queda condicionada a un requisito de procedibilidad y solo puede extinguirse de acuerdo con los requisitos que señala el Código Penal y en su caso el Código de Procedimientos Penales; esto es, el perdón del ofendido extingue la acción penal respecto de los delitos siempre que se conceda antes de que se dicte la sentencia de segunda instancia y no hubiere oposición del reo para su otorgamiento; el perdón solo beneficiará a quien se le otorgue; a menos que el ofendido o el legitimado para otorgado hubiese obtenido la satisfacción de sus

intereses o derechos, en tal caso el perdón beneficiará a todos los inculpados y al encubridor.

Hay determinados delitos (injurias, robo entre cónyuges) donde el ofendido debe dar su consentimiento para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal; asimismo puede suspenderse por el perdón del ofendido. En estas condiciones, la querrela es una mera condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal y una vez interpuesta, el Ministerio Público, debe verificar si están reunidos los requisitos legales para su ejercicio. Así, no es el ofendido quien tiene en sus manos el poder de castigar, sino sigue siendo el Estado mismo ya que el ofendido lo único que tiene que hacer es dar su consentimiento.

Por lo cual en esta característica tanto el fin como el objetivo son públicos, y por tanto, queda excluida de los ámbitos en los que se mueven únicamente intereses privados. En la ley mexicana, se han lesionado en parte las características que hemos mencionado por haberse involucrado en el ámbito de la Acción Penal y en consecuencia de su ejercicio. Lo relacionado con la reparación del daño, que en esencia, pertenece de manera general al campo de los intereses privados.

En consecuencia, podemos concluir que la publicidad de la acción penal tiene como finalidad la aplicación de la Ley Penal frente al sujeto a quien se le imputa un delito, lo que podemos decir que es “el poder punitivo del Estado”.

II.1.2 La Acción penal es única.

Esto significa que solo hay una acción penal para todos los delitos. No hay una acción penal especial, sino que la acción penal envuelve en su conjunto a todos ellos.

No puede haber una acción penal para cada tipo de delito que hubiere cometido un sujeto determinado. De este modo, es inadmisibles aceptar que exista una acción para cada uno de los delitos que integran el catálogo penal. No podemos sostener que

exista una acción penal para el robo, otra para el homicidio, otra por estupro, etc., sino una sola acción penal para perseguir las diferentes categorías de actos delictivos, porque la acción penal es única para todos los procesos, por lo que no es trascendente la gran cantidad y variedad de tipos penal que existen en la actualidad.

Hay quienes sostienen que existe una pluralidad de acciones en materia penal como cada variedad de delitos existan, es decir, una acción por cada tipo de delito, postura que ha sido rechazada por la mayoría de los estudiosos del derecho en tanto que reduciría al derecho penal a un catálogo de acciones penales casuista, sin que en realidad existiera la generalidad de la norma.

En consecuencia podemos afirmar y concluir que la acción penal es la única porque envuelve en su conjunto todos los delitos que se hayan perpetrado por el sujeto activo, es decir, abarca los delitos constitutivos del concurso real o ideal.¹¹

II.1.3 La Indivisibilidad de la acción penal.

Es indivisible porque su ejercicio recae contra todos los participantes del hecho delictivos (autores o partícipes). No se puede perseguir solo a uno o algunos de los responsables, esto obedece a un principio de utilidad práctica y social por la necesidad de perseguir a todos los que participaron en el hecho delictivo, no sustrayéndose de esta forma, a la acción penal. Se pone como ejemplo el adulterio por cuanto que, si el ofendido solo se querrela contra uno la acción alcanzará a ambos, así como los que aparezcan como responsables. Del mismo modo, el perdón del ofendido no solo favorecerá a quien se le otorgue, sino a todos los partícipes o responsables.

De ahí que se caracterice la acción penal de ser indivisible porque comprende a todas y cada una de las personas que hayan participado en la comisión de un hecho

¹¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, “Estudios de teoría general e historia del proceso” 1972, tomo I, p.p. 343 y 344.

delictuoso, teniendo su razón en un mero efecto práctico, en el sentido de evitar que los que participaron en un hecho delictuoso se sustraigan de la aplicación de la ley.

II.1.4 La Intrascendencia de la acción penal.

Varios autores consideran que la intrascendencia de la acción penal (como lo cataloga la doctrina), no pertenece realmente a ella sino a la sanción que se aplica como resultado del ejercicio de la acción penal, puesto que la acción penal se limita a afectar a la persona responsable por el delito y nunca a sus familiares o terceros, de acuerdo al artículo 22 de la Constitución que prohíbe que las penas trasciendan a los demás. Sin embargo, con las reformas al artículo 16 Constitucional realizadas en el 2008 y la autorización de la extinción de dominio, esta característica contiene una excepción muy grande y delicada puesto que la propia constitución establece y faculta que los bienes en donde se encuentren instrumentos utilizados para la comisión de un delito.

Esto significa que está limitada a la persona responsable del delito y que no debe alcanzar a sus parientes o terceros. La acción penal se dirige exclusivamente a la persona física a quien se le imputa la comisión de un hecho delictivo. Sin embargo, y como ya se ha mencionado antes, la legislación actual establece que la reparación del daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción, aun cuando no lo demandó el ofendido y, que si este la renuncia el Estado la hará efectiva en los bienes del responsable, aun cuando hubiese fallecido.

II.1.5 La Irrevocabilidad de la acción penal.

La irrevocabilidad de la acción penal consiste en que una vez iniciado el ejercicio de la acción penal, poniendo en conocimiento al órgano jurisdiccional, no se tiene más que un solo fin: la sentencia. El Ministerio Público no puede disponer de ella, ni desistir, como si fuera un derecho propio.

En nuestro sistema, el órgano encargado del ejercicio de la acción penal puede desistirse de su ejercicio en ambos fueros, previa la resolución del procurador respectivo. Esto es inadmisibles porque si quien ejercita la acción penal estuviera facultado para desistirse de ella, equivaldría a convertirlo en un árbitro del proceso.

González Bustamante entiende a la irrevocabilidad en el sentido de que una vez deducida la acción ante el órgano jurisdiccional, no se le puede poner fin de manera discrecional. En estos términos el desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público mina la base en la que se sustenta el proceso y en estricto derecho debe de rechazársele.¹²

En el mismo sentido se manifiesta Tolomei, quien dice que:

*“Si es obligatorio para el ministerio público provocar una sentencia jurisdiccional sobre la pretensión que surge del delito, no se ve como este deber pueda coexistir con la facultad de desistirse de la acción penal; precisamente porque tal deber se refiere, no a un mero acto introductorio, sino a una decisión del juez”.*¹³

Bajo este supuesto, el desistimiento no puede realizarse ni aun en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en los que se concede un margen de disposición al ofendido, pues en este caso no existe un desistimiento, sino un otorgamiento del perdón.

De la misma manera, el desistimiento, aunque ello suponga el reconocimiento de la inocencia del inculpado, se opone abiertamente al principio de inmutabilidad del objeto del proceso.

¹² González Bustamante, Juan José, “Principios del Derecho Procesal y Penal Mexicano”, Editorial Porrúa, 1970 p.p. 41.

¹³ Domenico Tolomei, Alberto, “Los Principios Fundamentales del Proceso Penal”, Editorial Jus, 1988, p.p. 155.

A mayor abundamiento tenemos que hacer un estudio mas profundo de dos principios procesales que son la esencia del mismo:

Principio de la obligatoriedad del proceso.- El cual consiste en que la relación jurídico penal no puede hacerse efectiva sino a través de un proceso penal que constituye un derecho y una obligación del Estado, es decir, que el particular no puede someterse voluntariamente a la pena sin que haya habido previamente un proceso en el que se compruebe y acredite su responsabilidad.

Queda así perfectamente basada la obligatoriedad del proceso penal, tanto para el juez como para el acusador y el acusado. Sus máximas fundamentales pueden citarse como: ***Nemo iudex sine lege***, es decir, que la pena debe llegar a través de un juez previamente habilitado por la ley; y ***Nemo damnatur nisi per lege iudicium, o nolla poena sine iudicio***, es decir, que nadie puede ser sometido a una pena sino mediante un juicio previo y legítimo.

Principio de la inmutabilidad del objeto del proceso.- El cual consiste en que constituida la relación procesal, el desenvolvimiento se sustrae a la voluntad dispositiva de las partes las cuales no pueden detener el proceso, ni buscar una solución fuera de la decisión jurisdiccional.

II.1.6 La característica de ser Necesaria, Inevitable y Obligatoria la acción penal.

Para que el órgano jurisdiccional, pueda iniciar el proceso, es requisito indispensable que el Ministerio Público, deba necesaria e inevitable y obligatoriamente, ejercitar la acción cuando estén reunidos los requisitos o exigencias legales para su ejercicio plasmados en el artículo 16 Constitucional, los cuales consisten en:

- La existencia de un hecho u omisión que defina la ley como delito;
- Que el hecho se le atribuya a una persona física;

- Que el hecho u omisión llegue al conocimiento de la autoridad, por medio de la querrela o la denuncia;
- Que el delito que se impute se castigue con una sanción corporal;
- Que los hechos querellados o denunciados se encuentren apoyados con datos de prueba que acrediten la probable responsabilidad del indiciado.

Asimismo, el principio consiste en que ninguna pena se puede aplicar sino es a través del ejercicio de la acción penal. En este sentido la declaración del órgano jurisdiccional puede ser de absolución o condenatoria.

En este sentido el particular no puede voluntariamente someterse a la pena, sin que haya habido previamente un proceso, pues si se cometió un delito será necesario e ineludible provocar al órgano jurisdiccional para que este sea el que defina la responsabilidad, porque al Ministerio Público solo se le encomienda su ejercicio y al no hacerlo rebasaría sus facultades.

II.1.7 La Inmutabilidad de la acción penal.

Este principio consiste en que, una vez constituida la relación procesal, la voluntad dispositiva de las partes se sustrae al desenvolvimiento del proceso. No existe pues la posibilidad legal de paralizar su marcha, y el principio actúa aun en los casos en que se pudiera aparecer reconocida la disposición de las partes, como en la institución de la querrela, en la que opera el perdón del ofendido.

En este sentido, el maestro Teófilo Olea y Leyva señala que:

“... en estos casos, también se pronuncia un fallo del Juez, aunque sea sobre el fundamento de la causa extintiva que produce la absolución, una vez que se haya comprobado que el perdón es formalmente perfecto y productor de los efectos

jurídicos. Resumiendo podemos decir que, normalmente, la relación del derecho penal, objeto del proceso, no puede tener otra definición que la que le da la sentencia...”.¹⁴

¹⁴ Olea y Leyva, Teófilo, “El artículo 21 constitucional”, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, tomo VI, nums. 23 y 24, junio de 1994, p.p. 283.

CAPÍTULO III

LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO.

Una de las partes mas importantes del presente trabajo radica precisamente en conocer que es la clasificación jurídica del delito y sus elementos, puesto que a partir de ahí es donde el Ministerio Público al recibir la noticia a través de la denuncia o querrela correspondiente y comience a realizar los actos de investigación necesarios para acreditar si dicho o hecho se encuentra señalado como delito.

Para ello, podemos definir a la clasificación jurídica como *“El acto jurídico por virtud del cual el Ministerio Público establece de manera específica la descripción de los hechos en relación con la norma jurídica que determina como delito, mediante la expresión de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho, así como la participación del sujeto al que se le atribuye su realización”*. De lo que se desprende que, la autoridad debe de realizar un estudio adecuado y pormenorizado de las circunstancias del hecho que se le hace de su conocimiento y de los actos u omisiones realizado por la persona que posiblemente pudo realizar dicho hecho, así como una materialización de cada uno de los elementos que la ley señala para que dicho hecho sea considerado como delito.

En este sentido, el Ministerio Público debe de cumplir con una de las finalidades más importantes de la reforma constitucional en materia de Justicia publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de junio del 2008, el cual es que no se deje impune ni de sancionar a las personas que comentan un delito, de ahí que la legislación secundaria autorice al Ministerio Público ajustar la norma jurídica a aplicar al hecho que investiga y que será por los que en su momento se le acuse y juzgue, pudiendo en diferentes etapas del procedimiento penal poder modificar su clasificación jurídica del hecho determinado inicialmente. Ello conlleva a que se pueda cumplir con la finalidad antes mencionada pero siempre respetando los derechos fundamentales protegidos por la constitución, como son el de legalidad y de seguridad jurídica.

La clasificación jurídica del delito que realice el Ministerio Público (o en su caso el Juez de Control en la audiencia de vinculación a proceso) es de vital importancia puesto que, si bien es cierto que lo que se encuentra investigando el Ministerio Público es un hecho que la ley señala como delito y la participación en la realización de ese hecho por parte del imputado, es decir, su responsabilidad en la realización del hecho en cuestión, este no puede quedar si un sustento legal puesto que el imputado debe de conocer sobre que se le acusa (formulación de imputación) y que norma es la que está violando, lo anterior para que pueda realizar una adecuada preparación de su defensa.

En la actualidad el Ministerio Público continúa gozando libremente de la facultad para poder cambiar la clasificación del delito o como comúnmente se conoce realizar la reclasificación jurídica del hecho delictivo puesto que su determinación de dar una clasificación jurídica del hecho delictivo comienza en la formulación de imputación, pero puede ser modificada en diferentes momentos procesales hasta antes de concluido el juicio, como es con los alegatos de clausura una vez desahogados todas las pruebas.

Para ello el Ministerio Público necesariamente debe de realizar un estudio detallado de los elementos (tanto objetivos como subjetivos) del delito para poder hacer su clasificación jurídica del hecho denunciado, esto es, al tener conocimiento de la noticia de un hecho, iniciará su investigación allegándose de los datos de prueba necesarios para poder determinar si el mencionado hecho denunciado se encuentra señalado por la ley como delito, debiendo de cumplir con todos sus elementos y de esta forma realizar la calificación del hecho delictivo. Estos elementos son los que le van a servir tanto al Ministerio Público como al imputado (y su Defensor) para poder preparar la exposición de su caso, en el evento de que llegado el momento se llegue a la etapa de juicio.

III.1 Elementos de la Clasificación Jurídica.

De ahí, la importancia de conocer cuales son los elementos que debe de tomar en consideración el Ministerio Público para calificar un hecho denunciado y establecer que el mismo se encuentra señalado por la ley como delito, puesto que de lo contrario al no encontrar la materialización de los elementos del delito (los cuales al inicio de la investigación debe de ser de forma indiciaria) los cuales son:

- a) La Conducta o Hecho.
- b) La Tipicidad.
- c) La Antijuridicidad.
- d) La Culpabilidad.
- e) La Punibilidad.

En este orden de ideas es importante señalar que los elementos del delito antes mencionados provienen de la Teoría del Delito pentatómica, la cual ha sido recogida ampliamente por el Sistema Jurídico Mexicano y es amplia y frecuentemente utilizado por los poderes judiciales para resolver en definitiva sobre los hechos que se les presentan para ser juzgados, no obstante de que en la Dogmática Jurídica existen diversas teorías del delito y sus elementos, las cuales por el objeto del trabajo no serán desalloradas en el mismo, tomando como base en el presente estudio la mencionada Teoría del Delito pentatómica por ser la recogida por la mayoría de los Códigos Penales en nuestro país.

Es decir, dichos elementos van a ser considerados por el Tribunal de Enjuiciamiento hasta el momento de que lleguen a emitir un fallo, antes de ello, los Jueces de Control solo están obligados a determinar a partir de los datos de prueba que sean expuestos por el Ministerio Público si existe un hecho que la ley señala como delito y si a la persona que se le imputa dicho hecho realizó o participó en la realización del mismo (es decir solo va a realizar un análisis del núcleo del tipo penal y no así de

todos su elementos). Sin embargo, para el Ministerio Público es diferente dicha situación ya que si bien es cierto la clasificación jurídica del hecho que realice al inicio es de carácter preliminar, si es obligatorio que exprese el mismo para que se pueda cumplir entre otros con el principio de Seguridad Jurídica y dar certeza al imputado sobre que se le está investigando y en base a que disposición normativa se le está investigando y posteriormente sea acusado, ello tal y como lo establece el artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales que dice: “...se ofrecerá la palabra al agente del Ministerio Público para que éste exponga al imputado el hecho que se le atribuye, **la calificación jurídica preliminar**, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador ...”, puesto que con ello se determina los elementos fácticos y normativos sobre los cuales se realizará la investigación y en su momento de llegado el caso la acusación formal por parte del Ministerio Público en contra del imputado por su responsabilidad en el hecho delictivo denunciado.

El estudio de los elementos del delito y su acreditación con los datos de prueba que obren en la carpeta de investigación darán como resultado la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público, puesto que de lo contrario no podría proceder a solicitar la judicialización de una investigación en tanto que no habría certeza sobre que norma jurídica se está investigando el hecho, ya que de hacerse la judicialización de una investigación sin señalar la clasificación jurídica del hecho delictivo estaría violentándose diversos derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como los de Legalidad y Seguridad Jurídica entre otros, lo que traería como consecuencia que el imputado quede en total estado de indefensión e incertidumbre jurídica puesto que debería de preparar su defensa en base a todos los posibles delitos que pudiesen considerarse de los hechos que se están investigando sin saber cual va a ser el delito en específico por el que será juzgado, haciendo materialmente imposible que tenga la oportunidad de contar con una defensa adecuada.

III.1.1 Conducta o Hecho.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo. Y primer elemento para que exista el delito. A veces un acto o conducta involuntaria puede tener en el derecho penal, responsabilidad culposa predeterminada. Dicha conducta puede ser tanto de acción como de omisión, es decir, la acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por si o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas.

Para ello debemos señalar que la acción puede materializarse de diversas formas, las cuales van a tener como consecuencia necesaria que se establezca el nexo causal entre la propia acción y la hipótesis normativa lo que dará como resultado que la acción en cuestión sea sancionada. En este orden de ideas encontramos que la conducta puede ser voluntaria o involuntaria, es decir, que el sujeto que realiza la acción busque que se produzca el resultado o bien, que sea involuntaria que no es otra cosa que realizar la acción confiando en que no se produzca el resultado o bien realizar la conducta sin esperar que el resultado se materialice, pero sobre dicho tema hablaremos más adelante por ser estudio de la culpabilidad como elemento del delito.

Por su parte la omisión es lo opuesto a la acción, en otras palabras es la inactividad de una persona cuando tiene un deber de hacer o de actuar y dicha ausencia de acción provoca que se materialice el hecho que la ley tipifica como delito. Algunos autores como el maestro Felipe Grispingni consideran que la omisión en si misma es una conducta positiva, al señalar que la decisión de no hacer nada ante un imperativo que lo obliga a realizar determinada acción o conducta es una acción de no hacer.

Para ello debemos de atender en que eventos o circunstancias se presenta la omisión de la conducta y que produce la antijuridicidad del hecho que la ley señala

como delito, ya que existen diversas situaciones por las que -como ya se ha señalado- aún y cuando el sujeto activo del delito no desea que se produzca el resultado o no prevea el mismo, se materializa la conducta antisocial. Tales tipos de omisión podemos clasificarlas como:

- a) Simple omisión.- Que consiste precisamente en no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción quedó inerte.
- b) Acción esperada.- Siendo aquella en la que el sujeto activo no realiza o deja de realizar una acción que es esperada por la ley para salvaguardar un bien jurídico.
- c) Deber de actuar.- Consistente en que la acción esperada debe de poder ser exigida para constituir la omisión punible, es decir, la pura inacción puede ser concebida solo en los casos en que otra persona tenga derecho exigible a la acción omitida, en el entendido de que tendrá una correlación necesaria con la culpabilidad generada por el sujeto activo en detrimento del sujeto pasivo del delito.
- d) Deber impuesto por precepto legal.- En atención a aquellas obligaciones que la propia norma impone a una persona con el deber de cumplir con sus obligaciones y en caso de no realizarlas se configuraría la conducta omisiva de cumplir con un deber legal.

Es así pues que el primer elemento que se requiere para la conformación de un delito es precisamente la conducta o el hecho que realice el sujeto activo y que la ley señale como delito, conducta que podrá ser de acción o de omisión dependiendo del supuesto normativo que se regule y el hecho que sea considerado como antijurídico por la norma para así poder determinar si la conducta desplegada corresponde a una acción o a una omisión, es decir, a un hacer o a una abstención que produzca una consecuencia de derecho y que se encuentre tipificada por la norma penal.

III.1.2 Tipicidad.

Es la adecuación de la conducta al tipo, es decir, es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el escrito del legislador, es en suma la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para ello debemos entender a "el tipo" como la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Es la descripción legal de un delito. La figura delictiva creada por el Estado a través de una norma jurídica o ley", "la descripción del comportamiento antijurídico".

La doctrina ha discutido el origen del concepto entorno a su naturaleza; por un lado, existen autores que la distribuyen un continuo material, y por la tanto, los que consideraron aspectos tanto materiales como subjetivos en su contenido, también hay posturas que nos permiten identificar a las exportación corpus delictis empleada en tres sentidos distintos.

En primer lugar, es principalmente empleada la expresión corpus delicti como el hecho objetivo, tanto permitido como transitorio, sincero en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en una infracción un incendio, un homicidio, un fraude, etc.

En segundo lugar, se emplea el efecto material que los delitos de hecho permanecen dejando después de su perpetración, un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota; finalmente cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada, un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno, una llave falsa, etc.

La dogmática identifica tradicionalmente el cuerpo del delito con la existencia de un hecho punible y a fin de lograr la asimilación por parte del alumno, se le otorgaban como características estar integrado por todas las materialidades

relativamente permanece, sobre las cuales o medianamente las cuales se cometió el hecho, así como también cualquier otro objeto que sea efectuado inmediato de este mismo delito o que en otra forma se refiere él de manera que pueda ser utilizado para su prueba.

Se trataba de identificar al cuerpo del delito con la materialidad del delito, lo cual resulta congruente con la idea expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el texto constitucional y considerado de la manera siguiente;

- 1) Cuerpo del Delito. Por cuerpo del delito se entiende, el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura de la víctima descriptiva concretamente por la ley penal y la determinación que tiene acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictuoso y señalar la pena correspondiente.
- 2) Cuerpo del Delito y Responsabilidad. El concepto de cuerpo del delito, se refiere a cuestiones impersonales, independientemente de la salud a virtud de conducta humana acreditar la materialidad del hecho; atribuir la acusación del resultado a una persona es problema de responsabilidad.

Sin embargo, dicha idea aportaba serias dudas pues era fácil confundir al juez, o bien a la autoridad investigado en la comprobación del cuerpo del delito, ya que en el conjunto de elementos físicos o materiales, los vestigios y las huellas dejadas por el sujeto activo que despliega el comportamiento.

En tal sentido, los elementos del cuerpo del delito se encontraban en tres grupos: corpus criminis, hábeas instrumentorum y hábeas probationem.

- a) Corpus Criminis. Es la persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que da lev menciona como delitos, o la persona o cosa que ha sido objeto del delito (sujeto pasivo-objeto material).

- b) Corpus Instrumentorum. Son los instrumentos utilizados, las cosas con las cuales se cometió o intentó cometerse el hecho delictuoso como medios destinados a facilitar la acción del delincuente.
- c) Corpus Probationem. Son las llamadas piezas de convicción comprendiéndose todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejado por el imputado en la comisión del hecho delictuoso.

Finalmente, es notable que la evolución del corpus delicti nos permite analizarlo desde las siguientes perspectivas:

- a) Con elementos eminentemente objetivos, externos o materiales.
- b) Con elementos de carácter, objetivo y subjetivo.
- c) Como parte del tipo penal.

En cuanto al primer supuesto, recordemos que por tradición el cuerpo del delito siempre estuvo identificados con aspectos de carácter objetivo, los cuales con el paso del tiempo resultaron insuficientes para explicar parte subjetiva del delito, a raíz de las ideas neolatinas resulto insostenible defender la idea del cuerpo del delito con un contenido material exclusivamente.

En el segundo caso, fue necesario incluir a un cuerpo del delito a nivel subjetivo a fin de permitir dar cabida a las motivaciones, así como a la voluntad que incide en el sujeto activo.

Finalmente, el hecho que la ley señala como delito se constituye como un elemento del tipo penal en atención al carácter objetivo de este a la característica de continente de elementos objetivos, subjetivos, normativos y descriptivos del tipo penal como un continente y al cuerpo del delito a nivel de contenido.

Toda acción antijurídica y culpable era por eso una acción punible. A la falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez

podía someter a juicio a toda acción desagradable, prescindiendo de la antijuridicidad e imponiendo arbitrariamente una pena grave o leve.

La conducta descriptiva conceptualmente en el tipo de una norma prohibitoria, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. El tal sentido, el tipo también lo concibe, como una figura puramente conceptual, es decir descripción concreta de la conducta prohibida.

El tipo es, por lo tanto, en primer lugar, acción tipificada por la ley en una figura legal. Por otra parte, para Muñoz Conde, "EL tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto hecho de una norma penal.

Debemos recordar que uno de los fines primordiales de los tipos penales es la tutela de bienes jurídicos, siendo ese precisamente el fundamento y razón de su existencia, además de la aprehensión en torno a la punibilidad, la cual, mas que un elemento del tipo se encuentren ligada como consecuencia de este fin de otorgarle a las leyes penales se características coercibilidad.

En cuanto a la tipicidad, se entiende como la adecuación de los elementos y presupuestos de delito con los presupuestos y elementos incluidos en el particular tipo penal incluido en la ley.

La evolución por la que ha atravesado la categoría de tipicidad puede ubicarse, es decir, de Jiménez de Asúa en tres fases:

- a) La de Independencia. - En que la tipicidad es una función descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad, que parte de las propuestas de Beling en 1906, y su reformación en 1930.

- b) El Carácter Indiciarlo.- Propuesta por Mayer, transforma la tipicidad de manera de descripción, ya que tiene el carácter de indicio de antijuridicidad, lo cual se cumple en virtud de los elementos normativos.
- c) La Ratio Essendi de la antijuridicidad.

Cuando hablamos de tipicidad queremos decir que la conducta esta tipificada, que es típica, esto es, que reúne las condiciones exigidas por un tipo, por lo que la teoría de la tipicidad habrá de reducirse a la teoría del tipo.

Al referirse los tipos penales, es plausible elaborar una clasificación atendiendo a su estructura formal; es factible agruparlos en: básicos, especiales, subordinados, elementos, compuestos, autónomos, en blanco, de baño de peligro abiertos o cerrados.

- a) Básicos. Conocidos igualmente como fundamentales.- Son aquellos en los que se describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano y por esa razón, se aplica sin sujeción a ningún otro.
- b) Especiales.- Los que además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requiaitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplica con independencia de este.
- c) Subordinados o Complementados.- Los que refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta de los sujetos o el objeto descriptivo en estos; por esa razón no pueden aplicarse en formas independientes; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación solo en el momento procesal de la imposición de la pena; de esta clase son el homicidio agravado.

Tanto los tipos especiales como los subordinados pueden ser privilegiados o agravados; aquellos prevén una sanción mas leve que la de los básicos o, los especiales y estos una de mayor gravedad.

- d) Compuestos.- Los que describen un pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distintivo, aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores.
- e) Autónomos. Los que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o indirectamente la conducta del actor, sin que el interprete debe aludir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; de esta especie son, entre otros, el secuestro y el aborto.
- f) En Blanco. Aquellos cuya conducta no esta integralmente descrita en cuanto e legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precizarla; mientras tal precisión no se efectuó, resulta imposible de realizar el proceso de adecuación.
- g) El Daño o de Puesta en Peligro. Los primeros requieren para su concreción que el bien jurídico sea destruido o, lesionado, y los de puesta en peligro solo toman en consideración la posibilidad de riesgo en la cual se colocan el bien jurídico.
- h) Abiertos. Dentro de las leyes penales existen casos en los que el legislador adopta una concepción abierta en torno al tipo penal, es decir, la descripción solo es comprensible a partir del complemento y del permitió con la sola ayuda del texto legal.
- i) Cerrados. Son aquellos que resultan suficientes en todos y cada uno de sus elementos por si mismos.

III.1.3 Antijuridicidad.

La Antijuridicidad significa contradicción con el derecho. Tal contradicción ha de entenderse del modo siguiente: Para la protección de la vida colectiva del hombre en la sociedad el legislador prevé normas de comportamiento vinculado que reciben el nombre de normas jurídicas.

La esencia antijuridicidad ha de verse, pues según ello, en la violación por parte de un comportamiento del deber actúa o de omitir que establece una norma jurídica. Se designa este aspecto con la expresión antijuridicidad formal, porque en el se toman

solo en contradicción de la acción con una norma jurídica; injusto, es la contradicción de la acción con una norma jurídica; injusto, es la propia acción valorada antijurídicamente.

En relación existe entre acción y normas, sino que posee también significado material (antijuricidad material). Una acción es antijurídica en sentido material, en atención al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por las normas correspondientes.

La consideración por las cuales el legislador ha sometido a pena un determinado comportamiento, como lesión intolerable del orden razones ocurren en el hecho concreto.

La expresión lesión o ha de detenerse en sentido naturalista, como causa de un daño aun determinado objetos de la acción (por ejemplo como muerte de una persona o años a una cosa), sino como contradicción del valor ideal que debe protegerse por la norma jurídica (lesión del bien jurídico).

La lesión de bien jurídico supone un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como "comportamiento socialmente dañoso".

La concepción material de la antijuridicidad encierra importancia significado practica. La antijuridicidad material sirve de guía al legislador en la labor de creación de los tipos penales y los órganos encargados de la administración de justicia en la búsqueda del precepto penal aplicable al caso concreto.

Por ultimo, el punto de vista material hace posible la interpretación del los tipos en base a los fines y perspectivas voluntarias que los inspiran.

Otra consecuencia importante de la consideración material de la antijuridicidad es, por otra parte, la posibilidad de admitir la presencia de una causa de justificación

en supuestos en que no se halla previstas por la ley. Debe administrarse, sin duda, que la creación y de limitación e las causas de justificación según criterios materiales puede poner en peligro la seguridad jurídica.

La concepción de la esencia de la antijuridicidad depende de la posición que se adopte en torno a la cuestión de si las proporciones jurídicas son normas de valoración o de determinación, o ambas cosas a la ley.

Toda norma jurídica es norma objetiva de valoración que permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva del orden comunitario, también el hecho del enfermo mental pueda aparecer como antijurídico, pues cabe valorarlo como lesión del derecho sobre la base de una norma jurídica pertinente, por mucho que el no sea responsable.

La misión del derecho es determinar en el hombre "un querer objetivamente correcto", antes de la comisión de una acción que pueda valores como antijurídico. Por su parte los imperativos de la normas se dirigen a todos aquellos sujetos a los que efectúa su contenido, incluyendo a los niños, los jóvenes y los enfermos mentales se hallan sometidos a las normas jurídicas que a ellos se refieren.

Ello posee la importante consecuencia practica de que las medidas asegurativas o educativas que el juez impone a enfermos mentales, jóvenes y niños no son disposiciones de política que deban combatir una perturbación del orden publico procedente de un estado peligroso, sino propias sanciones que se asocian a un hecho antijurídico.

Este concepto resulta confirmar también por el fin de protección de bienes jurídicos que reflejan en los concretos objetos de la acción habrá de ser decisiva para la violación de la normas, la forma y medida de la puesta en peligro del objeto del objeto de la acción previsto en el tipo.

Pues ha de influir en la gravedad del injusto el modo en que hace aparición la voluntad contraria a derecho y, en especial, si ha resultado lesionado o no el objeto de la acción protegido por el precepto penal.

La norma jurídica, por tanto, no ha concebirse solo como norma de determinación, sino al mismo tiempo también como norma de valoración: la norma vincula en modo de pensar o al modo de actuar.

III.1.4 Culpabilidad.

El concepto de culpabilidad tal como hoy lo atendemos, en sentido general, es relativamente reciente, ya los romanos, por lo menos desde Cicerón, se referían a él en términos no muy desacertados, como se desprende de la siguiente definición: "*culpa enim est nomen generis, quod continent non modo quidquid negligenter peccatum est et dolose et malitiose*".

Aunque la palabra culpabilidad, se ha impuesto en el derecho penal, si significación jurídica no ha logrado unidad conceptual en la doctrina ni en la jurisprudencia y, como es natural, tampoco en los Códigos.

Las más importantes teorías sobre esta materia son la psicológica, la caracterológica, la normativa, la finalista y la ecléctica, son las siguientes:

- a) Teoría Psicológica.- Para los partidarios de estas escuela, la culpabilidad debe hallarse en al consciencia y voluntad del acto realizado o en la relación psicológica que corre entre un hecho material y la persona que lo ha llevado a cabo.
- b) Teoría Caracterología.- el autor Von Lisset, la relación subjetiva entre el hecho y su autor solo puede ser Psicológico; pero, si existe determina la ordenación jurídica en consideración valorativa.

- c) Teoría Normativa.- La llamada concepción normativa de la culpabilidad, no constituye propiamente una concreta posición doctrinal, sino más bien un conjunto de matices cuyo denominador común es el rechazo de las orientaciones psicológicas, la referencia del concepto a la norma y el evidente énfasis en la reprochabilidad de la conducta del agente.

En este orden de ideas, forman parte de la culpabilidad la imputabilidad del agente, el dolo, la culpa, y la ausencia de exclusión de la culpabilidad.

Para ello encontraremos que los elementos de la Culpabilidad son:

- a) La imputabilidad.- Entendida como la capacidad auto regular conforme a derecho, es parte esencial del concepto de culpabilidad de acuerdo con la concepción finalista; de tal manera que la conducta realizada por un inimputable no es culpable, aunque puede ser dolosa, desde luego que este fenómeno pertenece a la acción.
- b) La posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado.- Es la consciencia de la ilicitud del hecho, en el sentido de que el agente debe tener la concreta posibilidad de comprender que actúa en forma antijurídica.
- c) La exigibilidad de una conducta conforme a la ley. Reclaman los finalistas que el sujeto le sea exigible una conducta conforme derecho; de tal manera que, a contrario sensu, cuando frente al caso concreto no le era exigible al actor comportarse diversamente, su conducta, siendo ilícita e injustificable, no es susceptible de reproche y por ende no es culpable, ya que bajo el influjo del peligro o de la compulsión cualquiera otro, en igualdad de condiciones, probablemente habría actuado de la misma manera.

El Código señala como formas de culpabilidad:

- a) El Dolo, y
- b) La Culpa.

El Dolo se presenta cuando el hombre realiza voluntariamente un hecho es porque se lo representó previamente, así sea mediante una representación mental de fugaz duración, lo halla adecuado a sus posibilidades y quiso llevarlos a cabo.

En todo comportamiento doloso debe estar presentes dos aspectos fundamentales, uno de carácter intelectual o cognoscitivo y otro de naturaleza volictiva, en otras palabras, para que una persona se le pueda imputar un hecho al titulo de dolo es necesario que sepa algo y que quiera algo; que quiere saber y que debe querer.

Respecto al sujeto activo, dicho conocimiento es necesario cuando el tipo la cualifica; el tales casos el agente debe saber que pose típicamente exigida; así, para que pueda imputarse a alguien el tipo de dolo la conducta descrita.

Respecto al sujeto pasivo, se exige el conocimiento de las características que le son esenciales; significa, que entonces el sujeto activo debe saber a titulo del interés jurídico que con su conducta se vulnera pose calidad típicamente señalada.

En todo caso la volición en el dolo no se refiere exclusivamente al hecho material si no que debe ir hasta el fin deseado o admitido a la medida a que este fin pertenezca el tipo, para que haya voluntad dolosa no basta que se oprima el gatillo del revolver del cual sale el disparo, sino que es necesario que lo haga para producir la muerte de una persona o simplemente para ocasionarles lesiones corporales.

La culpa consiste no solo en la acción propiamente dicha, sino también de la omisión, esta ultima se da cuando el agente voluntariamente deja de hacer aquello que esta jurídicamente obligado, de esa omisión surge el resultado del jurídico no querido abligado a evitar.

Todos estos factores sirven para precisar entre las fronteras entre el caso fortuito y la culpa para determinar el grado de este.

El deber de cuidado es un concepto que se refiere a una persona determinada en una situación concreta, que obra con las razonables precauciones que a podido, y debido emplear para evitar la producción de un resultado jurídicamente dañoso, los fenómenos que usualmente genera el comportamiento culposo son entre otros la imprudencia, la negligencia, la impericia y la violación de normas legales. En todos ellos es la evidencia de un omisión del deber de cuidado que el sujeto le era exigible en caso concreto, pero tiene características diversas.

Es pues, la culpabilidad, un juicio valorativo que se funda en la posibilidad de comportarse según la norma: el autor pudo obrar de modo típico y antijurídica; por ello es reprochable y debe responder de sus hechos penales ante la comunidad.

Esta concepción es independiente de la posición en torno a la ubicación de los elementos del delito y el concepto de acción, pues se crea causalista, finalista o partidario de la idea social de conducta, se suele entender a la culpabilidad en el sentido indicado.

La respuesta que a supuesta han de concurrir en la culpabilidad para poder fundamentar el reproche y por y tanto no es uniforme en la doctrina penal.

Como se ha hecho mención, al separarse dolo y conciencia de la ilicitud y luego trasladarse toda la relación psíquica entre el sujeto y su acto a nivel de la tipicidad, la culpabilidad (reprochabilidad), se hizo depender exclusivamente de elementos normativos (valorativos), los cuales, según lo dicho, se constituyen por la imputabilidad, al conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad.

En cuando a la Ímputabilidad, o capacidad de ser culpable, se sigue concibiendo como la capacidad para comprender lo injusto del hecho y determinarse según esa comprensión.

La solución para estos casos de error estará dada aquí por la teoría de la culpabilidad, según la cual en tratándose de un error invencible (o no imputable al sujeto), desaparece toda culpabilidad dada la irreprochabilidad del hecho, pero si solo estará en presencia de una causa de reducción del reproche, en la medida de su evitabilidad.

La Culpabilidad, es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

En síntesis, que para el derecho penal mexicano, la culpabilidad es normativa y los jueces, al resolver el juicio de referencia relativo a la culpabilidad, deben fundar su resolución en la correcta interpretación.

El nivel de la culpabilidad como fundamento de la pena, inquiera acerca de los elementos que autorizan a imputar un evento socialmente dañosos, no sólo a una persona humana en general, sino a ese concreto autor, esto es, individual, puntualiza exponiendo que se trata, en fin, de la imputación individual, y, con ello de la posibilidad de imputar individualmente el hecho injusto.

A) Capacidad de Culpabilidad (inimputabilidad)

1. El autor debe ser capaz de comprender su acto.
2. Debe poderse motivar de las normas y actuar conforma a derecho.
3. Que exista una causa inimputabilidad.
 - a) Minoría de edad.
 - b) Enajenación Mental
 - c) Trastorno mental transitorio.
4. Actio Liberae in cause.

B) Posibilidad de conocer la antijuridicidad

1. No se conoce si se presenta un error de prohibición.

2. Vencible; atenúa la culpabilidad.
3. Invencible; borra la culpabilidad.

C) Causas de Inculpabilidad, excluyen la culpabilidad.

1. Estado de necesidad disculpante.
2. Coacción.
3. Miedo insuperado
4. No exigibilidad de otra conducta.

Los elementos de la culpabilidad son:

- a) Comprensión de la criminalidad del acto que se realiza.
- b) Posibilidad de motivarse por la norma ya actuar según su comprensión.

La imputabilidad penal significa capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y la capacidad de actuar o de determinar conforme a dicha comprensión.

El delito excluye, al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental o doloso o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere revisible.

III.1.5 Punibilidad.

La Punibilidad significa cualidad de punible, es decir aquella conducta a la que se tiene la posibilidad de aplicar una sanción o pena jurídica. La Punibilidad significa la posibilidad de aplicar pena, atendiendo a esto no a cualquier delito se le puede aplicar pena.

La moderna comprensión del ius puniendi: la utilidad y necesidad de la exigencia de responsabilidad, idea básica de toda utilización de recursos públicos, ayuda a agrupar toda una serie de instituciones que sirven para establecer el carácter imprescindible de la reacción penal.

Los elementos de la punibilidad se distinguen dos grupos de elementos que se dividen en otras subcategorías.

- a) Elementos de fundamentación, excluyentes y graduadores.- Atiende a la función de los elementos. Tendríamos lo que fundamentan la punibilidad, los que la excluyen y los que sirven para graduarla. Podremos deducir el contenido de los elementos fundadores a partir de los elementos excluyentes, esto es, realizaríamos una conclusión inversa. Por último, habría que establecer su medida, al no ser fija.
- b) Elementos genéricos y específicos.- Atiende a la posibilidad de aplicar los elementos a todos los delitos o solo a un delito o grupo de delitos.

Es necesario distinguir los elementos de la punibilidad de otras instituciones con las que se encuentra vinculada.

Para ello los elementos de procedibilidad se refieren a la necesidad de verificar la existencia de responsabilidad. Responden a reflexiones de carácter procesal y no material. Se refieren a supuestos en que se renuncia a investigar la propia existencia de responsabilidad. Ej. La necesidad de denuncia o querrela en los delitos no perseguibles de oficio.

Por su parte los elementos de penalidad se refieren a la necesidad de imponer la pena o de ejecutarla. Ej. El indulto o la prescripción.

No obstante, de que un hecho que la ley señala como delito sea punible, es importante resaltar que existen excusas absolutorias las cuales son circunstancias personales que determinan la exclusión de la pena en un comportamiento antijurídico y culpable. la denominación de excusas absolutorias son figuras jurídicas cuya función es dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad.

La diferencia entre las excusas absolutorias y las causas de exclusión del delito consiste en que en las causas de justificación no existe un delito en si, el hecho es perfectamente lícito y permitido, mientras que en las excusas absolutorias, no hay pena y el hecho es antijurídico e ilícito. Ahora bien, la diferencia más representativa entre las excusas absolutorias, y las de justificación es aquella donde en las excusas técnicamente llamadas causas de impunidad legal se configura el delito y su autor, pero no hay pena; en las causas de justificación aunque existe un hecho aparentemente delictivo, no hay delito y las causas de inimputabilidad, es que aun existiendo el delito no hay delincuente.

Vamos a encontrar diferentes excusas absolutorias las cuales pueden ser:

- a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados, en algunos casos este tipo de excusas son: el encubrimiento de personas que sean parientes en línea recta ascendiente o descendiente, consanguínea, afín o por adopción, el cónyuge, concubinario o concubina y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, o quienes estén ligados con el agente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.
- b) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela. Tienen su sustento en el hecho de que quienes ejercen la patria potestad pueden corregir y castigar a sus hijos de una manera mesurada y que ellos les incumbe la educación conveniente de los hijos.

- c) Excusas en razón de la maternidad consiente. Un ejemplo podría ser el aborto no punible causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea el resultado de una violación.
- d) Excusas en razón del interés social preponderante. Nacen debido al interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública.
- e) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada. En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo.

III.2 La Clasificación y la Reclasificación Jurídica.

La clasificación jurídica del delito es el acto procesal por virtud del cual la autoridad realiza el encuadramiento del hecho y/o la conducta realizada a la norma penal establecida y que sanciona dicho hecho o conducta. De tal manera que por un lado permita al Ministerio Público en su fase de investigación inicial poder determinar si el hecho que se le está haciendo de su conocimiento la ley lo señala como delito y si la conducta realizada por el sujeto activo produce su responsabilidad en la producción del hecho.

Para ello la clasificación jurídica deberá de contener la descripción del hecho en cuanto a sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, para establecer ante que delito se encuadra dicho hecho y la forma y grado de participación del sujeto activo para determinar las circunstancias atenuantes o agravantes respecto a su responsabilidad en la comisión de los hechos investigados.

Por su parte la reclasificación jurídica es el acto procesal por virtud del cual el Ministerio Público o en su caso el Juez, modifican la clasificación originalmente adoptada, por considerar que es mas conveniente dicha modificación para cumplir con su finalidad de acusar y acreditar la responsabilidad del acusado, esto es, que no se deje de sancionar un hecho que la ley señala como delito y que la persona que haya participado en la realización de ese hecho no quede sin una sanción.

En este orden de ideas es importante señalar que en todo sistema jurídico penal y obviamente en el sistema jurídico penal mexicano una de las finalidades que se persiguen es el que los hechos delictivos cometidos no queden impunes y para ello, la propia ley les da las herramientas para poder cumplir con esa finalidad, es decir, que se castigue al culpable y en la medida de lo posible se repare el daño a la víctima. Sin embargo, tenemos que tomar en consideración que es una finalidad que tiene su debido contrapeso y que es la seguridad y la certeza que debe de tener toda persona a la que se le sujeta a un proceso penal para saber exactamente los hechos por los que se ha iniciado una investigación o en su caso se les pretende acusar.

De ahí que la reclasificación jurídica que pueda realizar el Ministerio Público o en su caso el Juez de Control sirva para cumplir con las finalidades del sistema de justicia penal en México, debe de realizarse en la forma y términos que el propio Código Nacional de Procedimientos Penales establece, lo anterior para garantizar la protección de los derechos que tiene toda persona investigada o acusada y que no son otros que los principios de Legalidad, Seguridad Jurídica, Igualdad, Debido Proceso y Contradicción, aunado a que con ello se permita el acceso a los diferentes mecanismos de solución de controversias o de terminación anticipada del proceso.

III.2.1 En el Sistema Penal Mixto o tradicional.

En el sistema Penal Mixto (tradicional como se denomina para identificar el sistema anterior a la reforma del 2008) le otorgaba muchas facultades tanto al Ministerio Público como al Juez de la causa para poder reclasificar el delito por el cual se había ejercitado la acción penal en contra de una persona, ya que una vez consignado tanto en la etapa de pre instrucción como en la de instrucción y hasta sus conclusiones acusatoria el Ministerio Público podía ir variando la clasificación jurídica del delito siempre y cuando no se modificaran los hechos por los cuales se había ejercitado la acción penal, con la finalidad de que su acusación se adecuara a todo lo que efectivamente se hubiera probado y de esta manera tener justificadas sus conclusiones acusatorias.

Por otra parte el propio Juez de la causa, al momento de dictar su sentencia estaba facultado para reclasificar el delito por el que se había consignado o en su caso por el cual se había realizado las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, lo anterior en aras de que el hecho delictivo no quedara impune, y mas aún el Tribunal de Alzada a su vez podía reclasificar el delito, todo ello bajo el amparo de que dicha reclasificación debía realizarse siempre que no se modificaran los hechos por los cuales se ejerció la acción penal y que la propia modificación de la clasificación fuera en beneficio del sentenciado.

El propio Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California Sur y en general los Código de Procedimientos Penales de los Estados de la República Mexicana, tenían establecida esta faculta de reclasificar tanto por el Ministerio Público como por el Juez de la causa y el Tribunal de Alzada y para ello establecían los momentos en los cuales podían realizar su reclasificación (aún y con la que se agravara la acusación y las sanciones del indiciado) todo ello mediante la tramitación del Incidente de reclasificación del delito.

III.2.2 En el Sistema Penal Acusatorio y Adversarial.

Con la reforma constitucional en materia de impartición de justicia del 18 de junio del 2008, se realiza una reestructura profunda en materia penal tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, ya que por una parte se reafirman diferentes derechos procesales ya consagrados en la constitución como son los de legalidad, seguridad jurídica y debido proceso. Aunado a ello se elevan a nivel constitucional en protección de los derechos humanos que ya se conocían pero que no se encontraban plasmados en ellos como son los principios de presunción de inocencia, de inmediación y de contradicción entre otros. Y es aquí donde el cambio es trascendental y sensible puesto que el nuevo sistema como su nombre lo dice es un Proceso Penal Acusatorio y Oral, y con ello se establece que la gran diferencia con el sistema anterior, ya que ahora el Ministerio Público al realizar sus funciones deberá de acusar para poder llevar

a una persona ante el Tribunal de Enjuiciamiento para que esta sea juzgada en base a la acusación que se le realiza.

Con ello se da un avance muy importante en materia de impartición de justicia penal puesto que actualmente ni la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni el Código Nacional de Procedimientos Penales establece facultad alguna al Tribunal de Enjuiciamiento para poder reclasificar el delito por el cual se está juzgado a una persona, es decir, los Tribunales de Enjuiciamiento deberán constreñirse a todos los elementos vertidos en el Auto de Apertura a Juicio Oral y en el cual se establece entre otros puntos la clasificación jurídica del delito, esto es, la forma en que el Ministerio Público encuadró el hecho materia de la imputación con la norma penal aplicable y que sanciona dicho hecho.

No obstante lo anterior y como ya se ha hecho mención una de las finalidades que persigue todo sistema de justicia penal es el que los hechos delictivos cometidos no queden impunes y para ello da las herramientas necesarias para poder hacer una reclasificación jurídica con la finalidad de que el imputado conozca el delito por el cual se le está investigando y en su momento se le estará acusando para que de esta manera pueda tener un acceso real a la justicia y poder preparar su defensa ante la acusación, ya que uno de los elementos de todo proceso es la certeza jurídica, lo que se encuentra protegido por los principios de legalidad y debido proceso. De ahí que el propio Código Nacional de Procedimientos Penales establezca en las diferentes etapas quien es el facultado para realizar una reclasificación jurídica del delito y con ello dar la certeza jurídica al imputado y a las víctimas.

III.2.2.1 En el Auto de Vinculación a Proceso.

El Auto de Vinculación a proceso, no es otra cosa, mas que el acto procesal por virtud del cual el juez de control acepta la judicialización de la investigación que está realizando el Ministerio Público por considerar que existen elementos suficientes para considerar

la existencia del hecho que la ley señala como delito y de la probable participación en la realización de los mismos por parte del imputado.

Para ello el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala cuales son los requisitos que se deben de reunir para que el Juez de Control pueda dictar el Auto de Vinculación a proceso, el cual establece que:

Artículo 316. Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso

El Juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que:

I. Se haya formulado la imputación;

II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;

III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y

IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, el Juez de control podrá otorgarles una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa.

El proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin

perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.

De ahí que en el penúltimo párrafo se establezca la facultad expresa al Juez de Control para modificar la clasificación jurídica preliminar señalada por el Ministerio Público y con ello el imputado sepa cual es el delito y sus calificativas, agravantes o atenuantes por las cuales se le puede llegar a juzgar. Disposición por demás acertada puesto que con ello permite al Juzgador cumplir cabalmente con su función que es el de controlar el proceso, y si bien el Ministerio Público al momento de exponer tanto los hechos como los datos de prueba con los cuales considera que se puede llegar a generar una convicción de que se produjo el hecho y la participación del imputado, el juez al realizar la valoración de los datos de prueba (con el nivel de valoración que la propia ley les otorga) protege tanto al imputado como a la Sociedad de que se esté cumpliendo con los mandatos constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso y acceso a la justicia.

III.2.2.2 En la Etapa Intermedia.

Una vez que ha concluido el plazo de investigación complementaria y se tiene por cerrada la misma, conforme al artículo 324 del Código Nacional de Procedimientos Penales el Ministerio Público podrá optar por solicitar el sobreseimiento total o parcial, solicitar la suspensión del proceso o formular acusación y es en este supuesto cuando decide acusar formalmente al imputado por considerar que cuenta con los medios de prueba para acreditar que los hechos materia de la investigación son constitutivos de un delito y que el imputado participó en los mismos debe de presentar que el Ministerio Público puede modificar su clasificación jurídica preliminar o la clasificación jurídica que haya realizado el Juez de control, para lo cual el único facultado para ello es el propio Ministerio Público puesto que el artículo 335 señala que:

Artículo 335. Contenido de la acusación

Una vez concluida la fase de investigación complementaria, si el Ministerio Público estima que la investigación aporta elementos para ejercer la acción penal contra el imputado, presentará la acusación.

La acusación del Ministerio Público, deberá contener en forma clara y precisa:

- I. La individualización del o los acusados y de su Defensor;*
- II. La identificación de la víctima u ofendido y su Asesor jurídico;*
- III. La relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos atribuidos en modo, tiempo y lugar, así como su clasificación jurídica;***
- IV. La relación de las modalidades del delito que concurrieren;*
- V. La autoría o participación concreta que se atribuye al acusado;*
- VI. La expresión de los preceptos legales aplicables;*
- VII. El señalamiento de los medios de prueba que pretenda ofrecer, así como la prueba anticipada que se hubiere desahogado en la etapa de investigación;*
- VIII. El monto de la reparación del daño y los medios de prueba que ofrece para probarlo;*
- IX. La pena o medida de seguridad cuya aplicación se solicita incluyendo en su caso la correspondiente al concurso de delitos;*
- X. Los medios de prueba que el Ministerio Público pretenda presentar para la individualización de la pena y en su caso, para la procedencia de sustitutivos de la pena de prisión o suspensión de la misma;*
- XI. La solicitud de decomiso de los bienes asegurados;*
- XII. La propuesta de acuerdos probatorios, en su caso, y*
- XIII. La solicitud de que se aplique alguna forma de terminación anticipada del proceso cuando ésta proceda.*

La acusación sólo podrá formularse por los hechos y personas señaladas en el auto de vinculación a proceso,

aunque se efectúe una distinta clasificación, la cual deberá hacer del conocimiento de las partes.

Si el Ministerio Público o, en su caso, la víctima u ofendido ofrecieran como medios de prueba la declaración de testigos o peritos, deberán presentar una lista identificándolos con nombre, apellidos, domicilio y modo de localizarlos, señalando además los puntos sobre los que versarán los interrogatorios.

De esta manera, el Ministerio Público está facultado para acusar por una clasificación jurídica distinta a la inicialmente imputada, puesto que del resultado de su investigación ha podido llegar a reunir los medios de prueba necesarios para soportar su acusación y con ello poder acreditar que se cometió un hecho que la ley señala como delito y que el imputado (ahora acusado) participó en su comisión, acusación que podrá variar en cuanto a la clasificación jurídica del delito pero no de los hechos materia de la imputación, y con ello dar cumplimiento a los fines del sistema de justicia penal mexicano que es precisamente que no queden impunes los delitos que se comentan.

Considero que este es el momento procesal mas importante del Ministerio Público puesto que tiene a la mano todos los antecedentes de la investigación, es decir, realizó todos aquellos actos que consideró necesarios para poder acreditar la existencia del hecho y la participación del imputado, teniendo detalladamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos así como las circunstancias en las que se generaron los mismos y la participación del imputado, por lo que una vez que ha desarrollado su teoría fáctica y la ha enfrentado con su teoría probatoria podrá llegar a determinar su teoría jurídica, que no es otra cosa que la clasificación jurídica que le va a dar a los hechos por ser considerados por la ley como delito. Lo anterior es muy importante puesto que en ocasiones el Ministerio Público no logra reunir el material probatorio idóneo para obtener un fallo condenatorio por un hecho delictivo en los términos que le gustaría que se dictara, lo que le permite entonces modificar su planteamiento jurídico inicial y buscar asegurar que no quede impune un delito cometido, ya que debe velar siempre por la protección de la sociedad y de las víctimas.

En consecuencia, es en la etapa intermedia, al momento de realizar la acusación el Ministerio Público que debe de expresar el delito por el cual está acusando a una persona y como lo va a probar, lo que se hace de conocimiento del imputado para que este en ejercicio de su derecho a un debido proceso y a la certeza jurídica conozca el hecho se le está acusando y cual es el delito que recae sobre ese hecho y de esta manera pueda tener un acceso efectivo a la justicia a través de la preparación de su defensa técnica y adecuada por contar con la certeza de que versará el juicio.

III.1.3.3 En la Etapa de Juicio.

Como se ha hecho mención en reiteradas ocasiones en el presente trabajo, el objetivo del Sistema de Impartición de Justicia en México tiene como dos finalidades procurar la reparación del daño a la víctima y que no quede impune los hechos delictivos cometidos, para ello el Código Nacional de Procedimientos Penales le ha dado las herramientas necesarias al Ministerio Público para adecuar su acusación en las diferentes etapas del procedimiento y la Etapa de Juicio no es una excepción, puesto que no obstante de que ya se realizó una acusación formal en contra de una persona y se ha depurado el procedimiento a efecto de que el Tribunal de Enjuiciamiento pueda conocer los hechos por los cuales se le acusa, en base a que norma jurídica penal se le está acusando y las pruebas que acreditarán lo que el ministerio público pretende probar, ya que se establece en el artículo 398, la facultad que tiene el Ministerio Público de reclasificar nuevamente, el cual dice:

Artículo 398. Reclasificación jurídica

Tanto en el alegato de apertura como en el de clausura, el Ministerio Público podrá plantear una reclasificación respecto del delito invocado en su escrito de acusación. En este supuesto, el juzgador que preside la audiencia dará al imputado y a su Defensor la oportunidad de expresarse al respecto, y les informará sobre su

derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el Tribunal de enjuiciamiento suspenderá el debate por un plazo que, en ningún caso, podrá exceder del establecido para la suspensión del debate previsto por este Código.

Dicho precepto establece entonces que tanto en los alegatos de apertura como en los alegatos de clausura el Ministerio Público podrá reclasificar el delito planteado en su acusación, y la razón es simple, poder llegar de cualquier forma a obtener un fallo condenatorio, sin embargo, es una ventaja que se le da al Ministerio Público como representante de la sociedad frente al acusado, puesto que en dicho momento ya conoce que medios de prueba le fueron admitidos y desechados lo que trae como resultado que conozca si le van a ser suficientes para acreditar el delito por el que está acusando o no, de ahí que se le dé la ventaja al Ministerio Público de reclasificar el delito en los alegatos de apertura.

De igual forma, una vez desahogadas todas las pruebas nuevamente se le da la ventaja al Ministerio Público, puesto que en ese momento, ya conoce el impacto que produjeron las pruebas de las que conoció el Tribunal de Enjuiciamiento y la posible convicción que generarán las mismas, por lo que podrá modificar su clasificación establecida en la acusación para adecuarla a lo probado en el juicio y con ello obtener un fallo condenatorio.

Situaciones procesales que considero violentan diversos principios procesales y derechos humanos, al dar una ventaja indebida a la autoridad y negar un acceso a la justicia real y en igualdad de condiciones al acusado, ya que dicho precepto genera una incertidumbre jurídica y limitando su derecho de defensa a desacreditar la existencia del hecho o de la participación en el mismo, pero no así sobre la norma penal que el Ministerio Público acusa que se violentó, lo que conlleva a ser totalmente contrario a los principios de un Proceso Penal Acusatorio, subsanando las de

deficiencias del Ministerio Público y liberándolo de su responsabilidad de acusar adecuadamente.

CAPÍTULO IV

LA RECLASIFICACIÓN JURÍDICA EN LA ETAPA DE JUICIO FRENTE A LOS PRINCIPIOS PROCESALES.

IV.1 Su aplicación actual.

Nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales establece en los artículos 316, 335 y 398, la facultad de que el Juez de Control (respecto del auto de vinculación a proceso) como el Ministerio Público (respecto de la formulación de la acusación y de los alegatos de apertura y de clausura) puedan realizar una reclasificación jurídica de los hechos materia de la investigación u acusación en su caso.

Dicha facultad permite que se pueda llegar a castigar a las personas que han cometido un hecho que la ley señala como delito, y que en la mayoría de los casos es una gran herramienta para conseguir ese fin. Lamentablemente, por las costumbres tan arraigadas a vicios del poder del que gozaban tanto el Ministerio Público como el Juez de la causa en el sistema de justicia penal mixto o tradicional, en el cual se les permitía reclasificar el delito prácticamente en cualquier momento del procedimiento, inclusive al resolver el recurso de apelación (sin importar si era en perjuicio del indiciado o sentenciado) se permeó en el procedimiento penal acusatorio adversarial, lo que es una clara violación a los derechos humanos del acusado, así como las violaciones a los principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica, contradicción y debido proceso.

Como ya se ha hecho mención el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos penales establece la facultad que tiene el Ministerio Público de cambiar la clasificación jurídica dada a los hechos materia de la imputación tanto en los Alegatos de Apertura como en los Alegatos de Clausura, debiendo de cumplir el Tribunal de Enjuiciamiento con el requisito de dar vista al acusado y su defensor para que, en su caso, se suspenda la Audiencia de Juicio hasta por 10 días para preparar

su nueva defensa a través del ofrecimiento de nuevas pruebas así como su intervención en la audiencia con la nueva clasificación jurídica expresada.

De la sola redacción del mencionado precepto, se evidencia la clara tendencia proteccionista en favor del representante social, ya que entre líneas lo que nos deja ver es que es la audiencia de juicio la puede acomodar a su modo para poder obtener un resultado positivo, es decir, un fallo condenatorio. Pero esto solo desvela la contradicción que existe entre esta facultad en la Audiencia de Juicio con los principios rectores de un sistema penal de corte acusatorio adversarial, en tanto que no permite una real igualdad entre las partes en el juicio, mas aún socaba el verdadero acceso a la justicia puesto que el acusado y su abogado defensor deberán de prever todos los posibles escenarios jurídicos que pueda presentar el Ministerio Público a su discreción y luego de conocer las pruebas que va a poder desahogar o peor una vez desahogadas las probanzas adecuar su acusación a su propio capricho para conseguir un fallo condenatorio.

No podemos dejar de mencionar que lo anterior abre otras interrogantes puesto que, no obstante, que da la posibilidad al acusado y su defensor de ofrecer nuevas pruebas, no nos dice que sucede con las pruebas que en su momento fueron excluidas ¿podrán volverse a ofrecer?, ¿bajo qué parámetros se admitirán las nuevas pruebas? ¿Qué sucede con el acceso a los mecanismos alternos de solución de controversias o de terminación anticipada del proceso?, ¿se deberán de volver a desahogar todas las pruebas ya desahogadas ante el mismo tribunal por el enfoque realizado con una clasificación jurídica diversa? ¿Cómo se va garantiza la imparcialidad de los testigos si estos ya fueron liberados y se quiere volver a interrogarlos por la nueva clasificación jurídica?

Lo cierto es que lejos de ser innovador y generador de certeza jurídica para dar una adecuada impartición de justicia, provoca mayores dudas y agravios a los ciudadanos que se encuentren sujetos a un juicio penal, en aras de dar una real y adecuada justicia (la cual es ciega e imparcial) y que dicha disposición deja en control

del Ministerio Público el poder adecuar los hechos materia de la acusación al tipo penal que le haya alcanzado probar, aún y cuando haya acusado por otro. Y esto es muy importante porque no debemos olvidar cual es la responsabilidad que tiene el Ministerio Público, y es que en primer lugar debe de procurar la justicia, es decir, investigar los hechos que se le hagan de su conocimiento y que a su consideración y con las pruebas que recabe durante su investigación pueda llegar a la certeza de que la ley los señala como delito y que el ciudadano investigado participo en la realización de dichos hechos; en segundo lugar una vez concluida su investigación debe de realizar la acusación correspondiente y es aquí en donde debe de ser responsable y objetivo obligaciones imperativas establecidas en el artículo 129 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en base a esa objetividad es con la que debe de acusar y asumir su responsabilidad puesto que el propio artículo 130 del mencionado cuerpo legal establece claramente que la carga de la prueba es del Ministerio Público para demostrar la culpabilidad conforme a lo que establezca el tipo penal.

Pero esto tiene sus límites y que es la certeza jurídica que se delimita en la acusación y el debido proceso que es una vez desahogadas las pruebas en la audiencia de juicio, el Tribunal de Enjuiciamiento delibere si se cumplieron o no con los extremos de la acusación, es decir, la existencia del hecho y la participación del acusado ambos conforme a la clasificación jurídica materia de la acusación, de lo contrario se estaría violentando las mencionadas garantías procesales de condenar o absolver mediante un juicio justo.

IV. 2 Principios Procesales vulnerados.

El mencionado artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a consideración del autor del presente trabajo es una norma procesal inconstitucional puesto que la misma violenta diversos principios constitucionales y procesales como son los principios de:

- a) Legalidad.

- b) Igualdad.
- c) Seguridad jurídica.
- d) Contradicción.
- e) Debido proceso.

Aunado a ello violenta los derechos consagrados tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en Tratados Internacionales tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, derechos como son los de:

- a) A que se le considere inocente durante todo el procedimiento.
- b) Comunicación previa y detallada de la acusación que se le formula.
- c) Concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa.

Y es que al otorgarle la facultad al Ministerio Público para que después de que quedó firme su acusación, (la cual ha sido avalada por un Juez de Control que en el ejercicio de sus atribuciones salvaguardó el respeto a los derechos de cada una de las partes dentro del procedimiento como son la víctima u ofendido, al imputado, al Ministerio Público y a la Defensa) mediante la emisión del auto de apertura a juicio, es totalmente desventajoso para el acusado y contrario a sus derechos el que se le permita al Ministerio Público cambiar la clasificación jurídica por la que acuso, puesto que ello implica en si mismo un cambio de la acusación vulnerando así su derecho al acceso a la justicia, a la certeza jurídica de su acusación y a la violación del debido proceso, para ello se explicarán cuales son las consideraciones respecto de cada uno de los principios vulnerados.

IV.2.1 Principio de Legalidad.

Este principio consagrado en los artículos 14 y 19 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establecen que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, además que en los juicios del orden criminal queda

prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Aunado a ello ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; debiendo seguirse todo proceso forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso reforzándolo con la limitación de que si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Asimismo el artículo 1° de la carta magna nos establece que "...En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En este orden de ideas podemos precisar que la reclasificación jurídica en la etapa de juicio transgrede el principio de legalidad puesto que si bien es cierto, que la norma que faculta al Ministerio Público a solicitarla se encuentra debidamente establecida en una ley que cumplió todos los requisitos necesarios para su debate, aprobación y promulgación, no menos cierto es que la misma va en contra de los preceptos señalados puesto que deja de cuidar los derechos humanos del acusado al

cambiar la acusación con la cual se le pretende juzgar una vez depurado el procedimiento o peor aún en los alegatos de clausura una vez ya desahogadas las pruebas.

No olvidemos que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos nos señalan claramente que es un derecho que gozan todas las personas sujetas a un proceso criminal de que se les haga saber la acusación que se les formula con la anticipación necesaria para preparar su defensa situación que se incumple al momento de que el Ministerio Público modifica su acusación ya sea al inicio de la audiencia de juicio o al final de la misma, puesto que no permite tener la certeza jurídica de que se le va a acusar.

Como ya se ha comentado este es un problema de vicios y costumbres arraigadas a las viejas prácticas del sistema de justicia penal mixto, en tanto que la materia del juicio eran los hechos de manera independiente de la norma jurídica, puesto que lo único necesario era que se comprobara la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado para que después se buscara en que norma jurídica podían encuadrar y de esta forma condenar a una persona. Y esta situación la entendió muy bien el legislador al momento de hacer el estudio y proyecto de las reformas constitucionales en materia de justicia para introducir el sistema acusatorio nuevamente en México, por lo que estableció la forma de la acusación, indicando que se perseguirían los hechos delictivos y a su vez que en la vinculación a proceso se le indicará el delito por el que se le investiga, todo ello en la reformas publicadas el 18 de junio del 2008, lo cual es una correcta aplicación del sistema de justicia penal acusatorio, puesto que los hechos no pueden estar desvinculados de la norma específica que sanciona como delito. Lamentablemente, los legisladores al momento de aprobar el Código Nacional de Procedimientos Penales cometieron el error de dejar ciertos vestigios del sistema de justicia mixto o tradicional, permitiendo que en la etapa de juicio pudiera corregir su acusación para poder obtener una sentencia condenatoria ad hoc a sus pretensiones, lo que a todas luces es contrario a las normas vinculantes establecidas tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales.

IV.2.2 Principio de Igualdad.

Dicho principio es fundamental en el reconocimiento de los Derechos Humanos, el cual se encuentra plasmado en nuestra Constitución en diversos artículos puesto que el mismo es un principio que tiene aplicación en diversas formas desde su visión general y abstracta como lo establecen los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 13, 14, 17, 19 y 31 entre otros en los cuales todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a un trato igual y justo bajo las mismas condiciones y circunstancias. Aunado a ello se reconoce la pluralidad cultural por lo que a su vez dicho principio protege a los desiguales al establecer que se tratará igual a los iguales y desigual a los desiguales todo ello con el objeto de que se les de la protección correcta y en igualdad de condiciones a todas las personas.

De igual forma el principio de igualdad será aplicado de manera específica a determinadas materias y en específico en materia penal encontramos lo señalado en el artículo 20 apartado A fracción V el cual nos dice que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente. A su vez el Código Nacional de Procedimientos Penales reafirma el reconocimiento y el respeto al principio de igualdad al establecer en el artículo 10 que todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa.

Por lo que el dejar la figura jurídica de la reclasificación del delito en la etapa de juicio es totalmente contradictoria a dicho principio, puesto que el permitir al Ministerio Público que pueda modificar la acusación formal realizada en contra del acusado y establecida en el auto de apertura a juicio, da una clara preferencia y trato especial al Representante Social frente al ciudadano común y su defensa, vulnerando así el imperativo de establecer una actuación de igualdad entre las partes.

Es necesario señalar la consecuencia de reclasificar el delito en la etapa de juicio, la cual es dar una ventaja al Ministerio Público, varios autores pretenden justificar esa facultad atendiendo al bien mayor que es representar a la sociedad y responder a ella mediante la obtención de un fallo condenatorio y de esta forma no se deje impune un hecho delictivo, enfocándose en que lo que se persigue y se sanciona es el hecho y que la autoridad debe encuadrar el hecho a la norma que sea aplicable, por lo que su reclasificación es solamente una mera modificación de forma pero que no afecta al fondo puesto que lo castigado es el hecho. Pero no es así de simple ni de sencillo, puesto que permitir que la simple modificación a la calificación jurídica del hecho es un cambio sustancial de fondo de la acusación, en tanto que se puede llegar al punto en que se encuadre en un tipo penal diferente al establecido en la acusación, lo que trae como consecuencia que los elementos del tipo penal que debe de probar el Ministerio Público cambien sustancialmente, dejando así en desventaja al acusado y su defensor puesto que no se encuentra en igualdad de armas para procurar una defensa adecuada.

Cierto es que el propio precepto materia del estudio establece que para el caso de la reclasificación se dará vista a la defensa y al acusado quienes podrán suspender la audiencia para ofrecer nuevas pruebas así como preparar su intervención, plazo que no podrá exceder de 10 días, tiempo que no es suficiente para preparar una adecuada defensa.

De igual forma el permitir la reclasificación en los alegatos de apertura es una desventaja puesto que le permite al Ministerio Público no asumir su responsabilidad de probar la acusación que formula, en el entendido de que el Ministerio Público puede tener una primera e inclusive una segunda oportunidad para modificar su acusación, situación que es una clara ventaja frente al acusado que le permite corregir sus errores ya que al momento de formular su acusación y ofrecer sus medios de prueba en igualdad de condiciones que la defensa se procede al debate para depurar el procedimiento y de esta manera lleguen a juicio las pruebas debidamente ofrecidas y debidamente preparadas, de ahí que si al Ministerio Público se le excluyen medios de

prueba por no haber sido obtenidos u ofrecidos conforme a derecho, situación que puede generar que ya no alcance a probar las calificativas o agravantes señaladas en su acusación, se le proteja y se le dé un trato preferencial al darle la opción de modificar su acusación y adecuarla a sus intereses de conseguir un fallo condenatorio, dejando en clara desventaja al acusado puesto que su defensa se basa en lo que conocerá el Tribunal de Enjuiciamiento y que es precisamente lo vertido en el auto de apertura a juicio el cual contiene la acusación misma que como ya se ha dicho varias veces esta está compuesta por los hechos y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar; la participación del acusado en la realización de los hechos así como del tipo penal que lo sanciona.

La desigualdad entre las partes es mayor cuando se presenta reclasificación jurídica la realiza el Ministerio Público en los alegatos de clausura, puesto que en ese momento procesal, el Tribunal de Enjuiciamiento ya ha tenido conocimiento de los hechos objeto de la acusación y el nivel de participación que posiblemente haya tenido el acusado en la realización de los hechos y ha percibido la producción de los medios de prueba con los cuales se pretendió justificar la clasificación jurídica con la que se sustentó la acusación, y que al ver que las pruebas desahogadas no provocarán la convicción del Tribunal de Enjuiciamiento el cual a estas alturas ya se ha formado un criterio sobre lo acontecido y lo probado, deja en una clara desventaja a la defensa que para ese estadio procesal ya ha defendido su Teoría del Caso en base a la acusación, quien en ese momento ya sabe que ha quedado probado y hasta que punto le alcanza para conseguir un fallo condenatorio sin que la defensa pueda modificar sustancialmente su estrategia para procurar una defensa técnica y adecuada en protección de los derechos del acusado. Aunado a que una reclasificación jurídica por considerar el Ministerio Público que no va a llegar a probar la conducta realizada por el acusado en la forma originalmente planteada, es decir, una conducta dolosa y por consiguiente reclasifica a una conducta culposa, violenta el derecho a tener acceso a la justicia de manera igual para todos, en tanto que en dicho supuesto el acusado en las etapas anteriores posiblemente pudiera haber accedido a los mecanismos alternos de solución de controversias o haberse acogido a un procedimiento abreviado por ser

mas favorable para sus intereses, situación que el Ministerio Público durante todo el procedimiento se lo impidió al clasificar su conducta de una manera que no le daba acceso a dichos medios de terminación anticipada.

IV.2.3 Principio de Seguridad Jurídica.

Uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento constitucional democrático es la seguridad jurídica, debido a la necesidad de que los ciudadanos sepan, en todo momento, a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares.

El principio de seguridad jurídica, en consecuencia, debe entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes.

La seguridad jurídica se asienta sobre el concepto de predictibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos, al dar certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad.

La seguridad jurídica garantiza la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Por ello, cuando se permite al Ministerio Público variar una acusación una vez depurado el procedimiento o peor aún una vez desahogadas las pruebas con las que sustenta su acusación se rompe esa confianza que se tiene en el sistema jurídico puesto que, no le brinda al acusado la seguridad y certeza de cual va a ser las normas que se le van a aplicar para juzgarlo.

Y es que el permitir al Ministerio Público poder modificar su acusación a través de la reclasificación jurídica que haga del delito, provoca que una persona a la cual se le ha imputado un hecho, quede en incertidumbre total puesto que nunca va a tener la certeza y la seguridad sobre que delito se le va a terminar juzgado, puesto que el Ministerio Público de manera discrecional va a poder variar el mismo en cualquier parte del procedimiento incluyendo sus alegatos de clausura, situación que trastoca sensiblemente el principio de seguridad jurídica consagrado en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como el propio Derecho Humano a conocer desde el inicio la acusación que se hace en su contra establecido en el artículo 8 punto 2 inciso b) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Existen tratadistas y juristas que sostienen que el poder reclasificar no provoca una vulneración a sus derechos y garantías, puesto que el trabajo del Ministerio Público consiste en procurar la justicia y de esta manera cumplir con una de las finalidades que dieron origen a la reforma constitucional por el que se implementó el sistema de justicia penal acusatorio adversarial en México y que es precisamente que el culpable no quede impune de los delitos cometidos, además de que no se deja en estado de indefensión porque la Constitución y el Código señalan claramente que se juzgará a una persona por el hecho o los hechos que haya cometido, por lo que la clasificación jurídica es una simple adecuación del hecho a la norma y si el Ministerio Público considera al final del proceso que las normas que había aplicado no son las idóneas para encuadrar los hechos por los que se juzga a una persona, es totalmente válido que las modifique para que si se sancionen dichos hechos, dando total certeza al imputado y posteriormente al acusado porque precisamente desde el momento de la formulación de la imputación se le va a decir cuales son los hechos por los que se le investiga.

En este orden de ideas, no comparte la visión antes señalada, puesto que el hecho en si mismo no genera el reproche social, ya que necesariamente para que un hecho pueda ser investigado, juzgado y en su momento sancionado necesariamente

debe de existir una norma que lo califique como delito, de ahí que forzosamente van concatenados el hecho con la norma jurídica penal y que en su conjunto forman la imputación que se le realiza a una persona, tan es así que el párrafo tercero del artículo 16 en relación con la fracción III del apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen que debe de proceder denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito y que se le informen los hechos que se le imputan, y en base al artículo 311 establece como se deberá de formular la imputación la cual deberá ser la manifestación que realice el Ministerio Público al imputado del hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador, es así que todos estos elementos son los que conforman la imputación, pero al ser una etapa de investigación es el motivo por el cual la clasificación jurídica es preliminar y que la misma pueda ser modificada por el Juez de Control en el auto de vinculación a proceso o por el Ministerio Público en el escrito de acusación formal, sin embargo, el propio auto de apertura a juicio ya debe de contener la acusación que se realiza y esta es necesariamente los hechos concatenados con las normas jurídicas aplicables para sancionarlos como delito, de ahí que el permitir dicha modificación sea una violación a la seguridad jurídica del acusado.

IV.2.4 Principio de Contradicción.

El Principio de Contradicción establece la existencia de una controversia que se sujetará entre dos partes una como accionante y otra como reaccionante, por lo que para que el mismo pueda ser respetado y aplicado debe necesariamente exigirse que ambas partes puedan tener los mismos derechos de ser escuchados y de practicar pruebas, con la finalidad de que ninguna de las partes se encuentre indefensa frente a la otra, es decir, que se encuentren en igualdad de armas.

Para tal efecto tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como el Código Nacional de Procedimientos Penales establecen los mecanismos

necesarios para cumplir con dicho principio a través de que todo lo relacionado con la investigación, acusación y materia del juicio penal se encuentre concentrado en la carpeta de investigación que para tal efecto debe de llevar el Ministerio Público el cual una vez que hace del conocimiento de la investigación a una persona ya sea porque fue detenida por la citación que se le haga llegar para formularle imputación o por solicitar su comparecencia debe de dar total acceso a los registros que se tengan de la investigación (con las excepciones que marca la ley en materia de reserva de datos).

Sin embargo, este principio no se limita única y exclusivamente al acceso a los registros, sino a todas las actuaciones que se realizan dentro del procedimiento, para encontrarse en un plano de igualdad y poder contradecir lo que el accionante alegue, es decir, la acusación podrá ser controvertida por el acusado, para ello debe de estar en igualdad de condiciones en el sentido de que debe de conocer sobre que se le va a acusar y en base a que norma jurídica se le está acusando, lo cual se cumple con el dictado de Auto de Apertura a Juicio.

Lamentablemente, el legislador violentó la aplicación y el respeto al principio de contradicción al otorgar en el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales la facultad al Ministerio Público de poder reclasificar el delito materia de la acusación tanto en los alegatos de apertura como en los de clausura, ya que dicha facultad rompe la posibilidad de encontrarse en una igualdad de armas entre las contrapartes puesto que, no obstante, que establece un periodo de gracia de 10 días al acusado y su defensor para preparar su caso nuevamente, se coloca en una seria desventaja al acusado puesto que en esta etapa del procedimiento ya se realizó la depuración del proceso o posiblemente ya se desahogaron las pruebas ofrecidas por las partes de las que ya tuvo conocimiento el Tribunal de Enjuiciamiento.

Esto es de trascendental importancia porque deja de permitir que el acusado tenga el pleno conocimiento del actuar del accionante lo que le impediría controvertir adecuadamente la nueva postura del Ministerio Público, máxime que el propio Ministerio Público tuvo todas las herramientas a su alcance para poder realizar una

acusación de manera correcta, seria y responsable, de ahí que la responsabilidad que tiene el Ministerio Público es precisamente el de dar cumplimiento a uno de los objetivos del sistema de justicia penal acusatorio que es precisamente el de que el culpable no quede impune, pero ello siempre debe de ser de manera honesta, seria y responsable, respetando en todo momento los derechos fundamentales del acusado así como los principios que rigen el procedimiento y si por realizar una mala o defectuosa acusación o por tratar de impedir que el acusado pueda acceder a un beneficio hace una clasificación para después poder reclasificar y de esta manera conseguir un fallo condenatorio, dicha actuación va en contra del principio de contradicción puesto que no permite que su contraparte tenga todos los elementos para poder tener una adecuada defensa y en consecuencia un acceso efectivo a la justicia.

IV.3 Las desventajas en perjuicio del acusado.

El artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales al establecer la facultad al Ministerio Público para modificar la calificación jurídica ya sea en los alegatos de apertura o en los alegatos de clausura, lesionan los derechos y las garantías procesales de las que goza un acusado, dejándolo en clara desventaja frente a su acusador, y es que el Ministerio Público al poder modificar la clasificación jurídica que le da a los hechos materia del juicio produce como efecto que se cambie su acusación.

Para tal efecto nada tiene que ver el grado de la modificación o cambio en la clasificación jurídica, puesto que aun y cuando esta sea mínima, es decir, que solo se modifique el tipo de calificativa o de agravante o sea sustancial por que se modifique totalmente el tipo penal por el que se está enjuiciando, la desventajas que provocan son las mismas, romper con los principios de igualdad, seguridad jurídica y contradicción, así como impedir una adecuada defensa y un acceso efectivo a la impartición de la justicia.

Como ya se ha hecho mención el modificar la base de la acusación vulnera el debido proceso puesto que la finalidad de que existan etapas para el adecuado desarrollo de proceso es precisamente de que se respeten los derechos de todas las partes que en él intervienen, de ahí que en la primera etapa denominada como de Investigación, es en la cual el Ministerio Público realizará todas las actuaciones necesarias y convenientes (dentro de sus facultades) para reunir todos los indicios y datos de prueba que le permitan llegar a la convicción de si un hecho que se le hizo de su conocimiento es constitutivo de un delito y cual fue el grado de participación de una persona en la realización de dicho hecho o no. Es aquí donde el Ministerio Público tiene esa libertad de poder ir identificando y determinando la clasificación jurídica que le va a atribuir al hecho materia de la investigación.

Por su parte al llegar a la segunda etapa conocida como Etapa Intermedia, esta es precisamente en la cual el Ministerio Público ya tiene la convicción de la existencia del hecho y la participación de la persona sujeta al proceso, ya recabo todo el material que considera necesario para poder acusar a una persona, siendo aquí en donde el Ministerio Público bajo su entera responsabilidad debe de decidir cual es la clasificación jurídica que le va a atribuir al hecho y por la cual va a acusar formalmente a una persona, aún así y no obstante al término de esta etapa que tiene como finalidad depurar el procedimiento el Ministerio Público conoce cuales son los medios de prueba que se le admitieron para probar su acusación, de ahí la importancia y la responsabilidad con la que debe tomar la decisión en base al principio de objetividad y presunción de inocencia para realizar una acusación formal en contra de una persona y no de manera ligera y aventurada por contar con una protección y ventaja otorgada por la ley para modificar la acusación al momento de ver que sus pruebas no le van a alcanzar para acreditar su dicho.

Obviamente, en la tercera y última etapa es en la cual el Tribunal de Enjuiciamiento va a conocer de los hechos objeto de la investigación y de la acusación mismos que el Ministerio Público bajo su más estricta responsabilidad ha decidido clasificar jurídicamente en un delito específico junto con sus calificativas y/o

agravantes, siendo de lo que conocerá el Tribunal para que, después de recibir toda la información vertida por las pruebas desahogadas puedan llegar a la convicción si el hecho que se juzga y la participación del acusado se encuadran en la clasificación jurídica que consideró el Ministerio Público que era el adecuado o no es suficiente y con ello dictar un fallo absolutorio o condenatorio. Por lo que permitir que el Ministerio Público pueda alterar la acusación modificando la clasificación jurídica deja en total desventaja al acusado, puesto que este y su defensor entonces para que sea adecuado su actuación, deberán de preparar una estrategia de defensa que cubra todas las posibles clasificaciones jurídicas que se le puedan ocurrir al Ministerio Público, desventaja que crea una incertidumbre y falta de seguridad jurídica a la que tiene derecho toda persona a la que se le sigue un juicio penal y que desemboca en una negarle el acceso a la justicia en igualdad de circunstancias.

IV.4 La falta de aplicabilidad de oportunidades procesales.

El sistema de justicia penal acusatorio en México estableció entre otras cosas la posibilidad de que una persona que se encuentra sujeta a un procedimiento pueda optar por ser juzgado por un Tribunal de Enjuiciamiento imparcial, o también acceder a los métodos alternativos de solución de controversias y formas de terminación anticipada del proceso como son los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso o bien el procedimiento abreviado, estableciendo dentro de las reglas del procedimiento que contempla el Código Nacional de Procedimientos Penales que en cualquiera de esos casos se podrá acceder a ellos en diferentes supuestos pero con una misma característica, que se ejercite dicho derecho antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

Siendo este un derecho consagrado a nivel constitucional en el artículo 17 y la fracción VII del apartado A del artículo 20, el imputado o acusado tienen el derecho de acceder a ellos, bajo el principio de objetividad con el que debe de realizar sus funciones el Ministerio Público.

Para el caso de poder acceder a un acuerdo reparatorio (que son aquellos acuerdos celebrados entre el imputado y la víctima y que tienen por objeto la reparación del daño y la extinción de la acción penal) los artículos 187 y 188 del Código Nacional de Procedimientos Penales establecen los requisitos de procedencia los cuales son:

1. Cuando se traten de delitos:

I. Delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido;

II. Delitos culposos, o

III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.

2. Los acuerdos reparatorios procederán desde la presentación de la denuncia o querrela hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio.

Por su parte la suspensión condicional del proceso consiste en el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

Para que proceda la suspensión condicional del proceso, esta deberá de ser solicitada por el imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, siempre y cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- I. Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años;
- II. Que no exista oposición fundada de la víctima y ofendido, y
- III. Que hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento, de una suspensión condicional anterior, en su caso.

Ahora bien, por lo que respecta al Procedimiento Abreviado el cual es aquel procedimiento por virtud del cual se podrá decretar su terminación anticipada siempre y cuando no exista oposición del inculpado y si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, y que tiene como finalidad que desde ese momento sea juzgado y con ello acceder a los beneficios que se le pueden otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

En este supuesto el artículo 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece los requisitos de procedencia y verificación que debe de realizar el Juez de Control y para poder autorizar el procedimiento abreviado, el Juez de control verificará en audiencia los siguientes requisitos:

- I. Que el Ministerio Público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño; de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño;
- II. Que la víctima u ofendido no presente oposición. Sólo será vinculante para el juez la oposición que se encuentre fundada, y
- III. Que el imputado:

- a)** Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado;
- b)** Expresamente renuncie al juicio oral;
- c)** Consienta la aplicación del procedimiento abreviado;
- d)** Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;
- e)** Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

Como se ha visto, tanto los mecanismos alternos de solución de controversias como el procedimiento abreviado como forma de terminación anticipada del procedimientos, tienen 3 grandes finalidades, la primera de ellas que se evite llegar a un Juicio, segundo que se le repare el daño a la víctima y tercero que el imputado obtenga un beneficio por su colaboración dentro del proceso ya sea a través de la extinción de la acción penal o ya sea con una reducción en la pena que se le imponga.

El derecho de acceder a estas salidas alternas del proceso penal son un derecho a favor del imputado, como ya se ha visto consagrado y protegido por nuestra Carta Magna, salidas que tienen diversos requisitos de procedencia como son la media aritmética de la pena a aplicar; o la conducta desarrollada ya sea dolosa o culposa y en todos los caso que sea antes de que se dicte el Auto de Apertura a Juicio es aquí en donde se materializa una vez mas la inconstitucionalidad de la reclasificación jurídica en la etapa de juicio establecida en el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales, puesto que al haberse dictado el Auto de Apertura a Juicio, el imputado se ve imposibilitado de acceder a dichas salidas alternas con los beneficios que conllevan ya que el Ministerio Público en el momento de realizar manifestar sus Alegatos de Apertura ya conoce el material probatorio con el que cuenta para probar su acusación o al exponer sus Alegatos de Clausura ya conoce lo que alcanzó a probar durante el juicio y en esos momentos el que pueda realizar una reclasificación jurídica atribuida a los hechos puede provocar que la media aritmética de la pena a aplicar cambie o la conducta sea modificada de dolosa a culposa, situación que le provocaría un perjuicio y una total desventaja al acusado puesto que de haber sido la nueva

clasificación jurídica planteada originalmente hubiera podido optar por cualquiera de las salidas alternas a su alcance y que por falta de lealtad procesal, objetividad y responsabilidad del Ministerio Público le impidió tener acceso a ellos para poder de manera irresponsable o inclusive de manera dolosa obtener una fallo condenatorio sin que pudiera acceder a dichos beneficios.

Lo anterior, es muy importante, puesto que una persona que se encuentra sujeta a un procedimiento penal y decide no utilizar cualquiera de las salidas alternas, ya sea porque no cumple con los requisitos de procedencia o porque considera que el Ministerio Público no va a llegar a probar su acusación, decidiendo someterse a un Juicio ante un Tribunal de Enjuiciamiento, establecerá su teoría del caso y su estrategia de defensa precisamente en base a la acusación planteada por el Ministerio Público, acusación que como ya se ha hecho mención contiene como elemento fundamental la clasificación jurídica que se le atribuyen a los hechos materia de la imputación. Por lo que al acudir al momento en el que se le modifica la acusación el acusado queda en estado de indefensión y total desventaja frente al Ministerio Público, puesto que su estrategia de defensa originalmente planteada puede convertirse en inoperante o peor aún, no poder combatir la falta de los elementos del tipo penal originalmente planteado y que de haber sido de esa manera hubiera podido optar por una salida alterna.

Esta situación es tan clara como para el caso de que se esté juzgando a una persona, en el cual el Ministerio Público acusa y clasifica los hechos como homicidio calificado (que tiene una pena de 25 a 50 años de prisión) y una vez que llega a la audiencia de Juicio y sabe o se da cuenta de que no va a poder probar la conducta dolosa del acusado y decide (ya sea en los alegatos de apertura o en los de clausura) realizar una reclasificación jurídica atribuida a los hechos materia del juicio para establecer que fue un homicidio culposo (que tiene una pena de 12 a 20 años de prisión), y con ello asegurar conseguir un fallo condenatorio, vulnera y lesiona los derechos humanos y las garantías procesales consagradas y protegidas por la constitución del acusado, puesto que de haber sido esa clasificación jurídica en primer

lugar, el acusado pudiera haber llegado a un acuerdo reparatorio con los ofendidos y en consecuencia extinguir la acción penal o bien acogerse a un procedimiento abreviado y de esta manera obtener una reducción en su sentencia pudiendo ser de hasta 4 años de prisión y no de 12 a 20 años de prisión.

Otro caso que puede presentarse y que impide su correcta aplicación es el otorgamiento del perdón por parte de la víctima (el cual en Baja California Sur solo procede en delitos de querrela), ya que por ejemplo si el Ministerio Público realiza una clasificación de un delito de daños por hechos de tránsito por conducir en estado de ebriedad, conforme al Código Penal en el Estado, esta situación genera que el delito se persiga de oficio, lo que impediría que pudiese otorgarse el perdón en las etapas de preparación del juicio y una vez llegada la Audiencia de Juicio y al darse cuenta que no va a poder probar que el acusado conducía en estado de ebriedad, procede a modificar su clasificación jurídica, lo que provoca que se convierta en un delito de querrela y proceda el perdón pero para ese momento ya la víctima y el acusado han sufrido un desgaste físico, emocional, económico y de tiempo que si se hubiera clasificado correctamente desde el inicio de la investigación probablemente no se hubiera llegado hasta esa etapa del procedimiento.

Es claro que permitir la reclasificación jurídica en la etapa de juicio es una ventaja que se le otorga al Ministerio Público para cubrir sus errores o falta de criterio o responsabilidad, ya que el sistema como su nombre lo dice es acusatorio, la acusación que se haga es la que se debe de probar y no premiar o consentir la falta de capacidad o de criterio del Ministerio Público en detrimento de los derechos humanos y las garantías procesales de una persona, máxime que la fijación de la Litis quedó establecida en la formulación de la acusación, es decir, los puntos controvertidos que serán llevados a Juicio y con la aplicación del principio procesal de que el que afirma tiene la carga de la prueba es así que el Ministerio Público tiene que hacerse responsable y probar lo que afirma en la acusación.

JUSTIFICACIÓN.

Con la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México, se abre una nueva etapa en la impartición de justicia, con la cual se busca cambiar los paradigmas y los grandes vicios que se habían generado a lo largo de 100 años de la aplicación de un sistema de justicia penal de naturaleza mixta en donde al Ministerio Público le se habían otorgado diversas facultades que impedían una real impartición de justicia de manera transparente e imparcial, es por ello y con la finalidad de que el llevar a una persona ante la justicia para determinar si ha cometido un delito, esto sea de una manera clara y transparente pudiendo defenderse en igualdad de condiciones frente a su acusador y con la certeza y la garantía que se le respetarán todos sus derechos consagrados a nivel nacional en la Constitución como en el Código Nacional de Procedimientos Penales como a nivel internacional establecidos en diversos tratados como en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La reclasificación jurídica atribuida a los hechos materia del Juicio Penal en la etapa de juicio establecida en el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales, es una figura jurídica que viene del sistema de justicia penal mixto y para ello es importante conocer su función y su finalidad así como el conocer los efectos y las consecuencias que se producen como resultado de su aplicación y si esta respeta tanto los principios que rigen al sistema de justicia penal acusatorio como los derechos y las garantías procesales de las que goza toda persona sujeta a un procedimiento penal.

De igual manera, se ha observado que la reclasificación jurídica atribuida a los hechos materia del Juicio Penal en la etapa de juicio, lejos de hacer un bien a la sociedad provoca desconfianza en el sistema de justicia penal acusatorio, por generar incertidumbre respecto de la acusación que se le hará así como la imposibilidad de poder acceder a salidas alternas para la terminación anticipada del procedimiento.

La importancia de establecer la inconstitucionalidad del artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales radica en la protección que se le debe de dar a las personas que se encuentran sujetas a un juicio penal y que cuenten con la certeza de que la acusación que se les hizo y con la cual se les va a juzgar no pueda ser cambiada, puesto aún y cuando la modificación pueda ser en su beneficio la misma le generaría un perjuicio ya sea por denegarle el acceso a la justicia al tener necesariamente que modificar su estrategia de defensa como por haberse impedido que accediera a una salida alterna, para no llegar al juicio y gozar de los beneficios que estas le otorgan.

Es de gran interés para la sociedad que se elimine dicha disposición, puesto que de esta manera se garantizará a la sociedad un proceso penal acusatorio efectivo y equilibrado, que de certeza jurídica y respeto a los derechos del acusado, lo que generará confianza y credibilidad en el sistema de justicia penal acusatorio.

OBJETIVOS GENERALES.

Determinar la naturaleza de la reclasificación jurídica atribuida a los hechos materia del Juicio Penal en la etapa de juicio, así como la conveniencia de su aplicación.

Determinar la constitucionalidad del artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales, respecto a los principios procesales establecidos en los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Determinar la vulneración y la afectación a los derechos humanos y a las garantías procesales de las que goza toda persona sujeta a un procedimiento penal.

Determinar los efectos que puede llegar a producir la aplicación de la reclasificación jurídica en la etapa de juicio y sus consecuencias en perjuicio del acusado.

METODOLOGÍA.

La metodología utilizada para la elaboración del presente trabajo es la aplicación de los métodos histórico, analítico y lógico-deductivo, esto mediante la aplicación de la siguiente estructura de trabajo:

1. Establecimiento de los conceptos de las instituciones jurídicas relacionadas con la figura de la clasificación jurídica de los hechos materia de un juicio penal.
2. El estudio y descripción de la naturaleza y los elementos que conforman al delito y su forma de expresarse en una norma jurídica penal utilizada para clasificar un hecho.
3. La descripción de los antecedentes históricos en los cuales se realizaba la reclasificación jurídica de los delitos.
4. La descripción de los principios que tienen relación directa con la acusación y la clasificación jurídica de los hechos y su posible reclasificación.
5. Establecimiento de los momentos procesales en los cuales puede realizarse la modificación a la clasificación jurídica de los hechos.
6. El análisis de cada uno de los efectos y consecuencias de la reclasificación jurídica frente a los principios procesales y derechos humanos del acusado.

CONCLUSIONES

Al momento de plantear el problema materia del trabajo, se hicieron varias preguntas que después del análisis y estudio realizado podemos llegar a responder sin lugar a duda que la reclasificación jurídica atribuida al hecho objeto del juicio penal establecida en el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales es inconstitucional y violatorio de los derechos humanos y las garantías constitucionales y procesales de las que gozan las personas que se encuentran sujetas a un juicio penal.

Y es que la clasificación jurídica del delito al ser un acto procesal por virtud del cual la autoridad realiza el encuadramiento del hecho y/o la conducta realizada a la norma penal establecida y que sanciona dicho hecho o conducta y que por un lado permita al Ministerio Público determinar si el hecho que se le está haciendo de su conocimiento la ley lo señala como delito y si la conducta realizada por el sujeto activo produce su responsabilidad en la producción del hecho, situación que se materializa en la clasificación jurídica la cual debe contener la descripción del hecho en cuanto a sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, para establecer ante que delito se encuadra dicho hecho y la forma y grado de participación del sujeto activo para determinar las circunstancias atenuantes o agravantes respecto a su responsabilidad en la comisión de los hechos investigados.

Por su parte la reclasificación jurídica que es el acto procesal por virtud del cual el Ministerio Público o en su caso el Juez, modifican la clasificación originalmente adoptada, es posible hacerse por considerar que es mas conveniente dicha modificación para cumplir con su finalidad de acusar y acreditar la responsabilidad del acusado, esto es, que no se deje de sancionar un hecho que la ley señala como delito y que la persona que haya participado en la realización de ese hecho no quede sin una sanción. Todo esto sin perder de vista que es una finalidad que tiene su debido contrapeso el cual es la seguridad y la certeza que debe de tener toda persona a la que se le sujeta a un proceso penal para saber exactamente los hechos por los que

se ha iniciado una investigación o en su caso se les pretende acusar, garantizando la protección de los derechos que tiene toda persona investigada o acusada y que no son otros que los principios de Legalidad, Seguridad Jurídica, Igualdad, Debido Proceso y Contradicción, aunado a que con ello se permita el acceso a los diferentes mecanismos de solución de controversias o de terminación anticipada del proceso.

Permitir que en el Auto de Vinculación a Proceso se faculte al Juez de Control para modificar la clasificación jurídica preliminar señalada por el Ministerio Público es correcto y por demás conveniente ya que con ello el imputado podrá saber cual es el delito y sus calificativas, agravantes o atenuantes por las cuales se le puede llegar a juzgar, permitiendo al Juzgador cumplir cabalmente con su función que es el de controlar el proceso, puesto que protege tanto al imputado como a la Sociedad de que se esté cumpliendo con los mandatos constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso y acceso a la justicia.

Asimismo, es correcto que en la etapa intermedia el Ministerio Público este facultado para acusar por una clasificación jurídica distinta a la inicialmente imputada, puesto que del resultado de su investigación ha podido llegar a reunir los medios de prueba necesarios para soportar su acusación y con ello poder acreditar que se cometió un hecho que la ley señala como delito y que el imputado (ahora acusado) participó en su comisión, de lo que considero que este es el momento procesal mas importante del Ministerio Público puesto que tiene a la mano todos los antecedentes de la investigación, es decir, realizó todos aquellos actos que consideró necesarios para poder acreditar la existencia del hecho y la participación del imputado, teniendo detalladamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos así como las circunstancias en las que se generaron los mismos y la participación del imputado, por lo que una vez que ha desarrollado su teoría fáctica y la ha enfrentado con su teoría probatoria podrá llegar a determinar su teoría jurídica, que no es otra cosa que la clasificación jurídica que le va a dar a los hechos por ser considerados por la ley como delito.

En consecuencia, es en la etapa intermedia, al momento de realizar la acusación el Ministerio Público que debe de expresar el delito por el cual está acusando a una persona y como lo va a probar, lo que se hace de conocimiento del imputado para que este en ejercicio de su derecho a un debido proceso y a la certeza jurídica conozca el hecho se le está acusando y cual es el delito que recae sobre ese hecho y de esta manera pueda tener un acceso efectivo a la justicia a través de la preparación de su defensa técnica y adecuada por contar con la certeza de que versará el juicio.

Es claro que en la Etapa de Juicio es perjudicial que se permita al Ministerio Público reclasificar el delito tanto en los alegatos de apertura como en los alegatos de clausura por ser una ventaja que se le da al Ministerio Público como representante de la sociedad frente al acusado, puesto que en dicho momento ya conoce que medios de prueba le fueron admitidos y desechados lo que trae como resultado que conozca si le van a ser suficientes para acreditar el delito por el que está acusando o no, de ahí que se le dé la ventaja al Ministerio Público de reclasificar el delito en los alegatos de apertura. De igual forma, una vez desahogadas todas las pruebas nuevamente se le da la ventaja al Ministerio Público, puesto que en ese momento, ya conoce el impacto que produjeron las pruebas de las que conoció el Tribunal de Enjuiciamiento y la posible convicción que generarán las mismas, por lo que podrá modificar su clasificación establecida en la acusación para adecuarla a lo probado en el juicio y con ello obtener un fallo condenatorio. Situaciones procesales que considero violentan diversos principios procesales y derechos humanos, al dar una ventaja indebida a la autoridad y negar un acceso a la justicia real y en igualdad de condiciones al acusado, ya que dicho precepto genera una incertidumbre jurídica y limitando su derecho de defensa a desacreditar la existencia del hecho o de la participación en el mismo, pero no así sobre la norma penal que el Ministerio Público acusa que se violentó, lo que conlleva a ser totalmente contrario a los principios de un Proceso Penal Acusatorio, subsanando las de deficiencias del Ministerio Público y liberándolo de su responsabilidad de acusar adecuadamente.

De la sola redacción de artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se evidencia la clara tendencia proteccionista en favor del representante social, ya que entre líneas lo que nos deja ver es que es la audiencia de juicio la puede acomodar a su modo para poder obtener un resultado positivo, es decir, un fallo condenatorio, lo que evidencia la contradicción que existe entre esta facultad en la Audiencia de Juicio con los principios rectores de un sistema penal de corte acusatorio adversarial, en tanto que no permite una real igualdad entre las partes en el juicio, mas aún socaba el verdadero acceso a la justicia puesto que el acusado y su abogado defensor deberán de prever todos los posibles escenarios jurídicos que pueda presentar el Ministerio Público a su discreción y luego de conocer las pruebas que va a poder desahogar o peor una vez desahogadas las probanzas adecuar su acusación a su propio capricho para conseguir un fallo condenatorio.

Lo cierto es que lejos de ser innovador y generador de certeza jurídica para dar una adecuada impartición de justicia, provoca mayores dudas y agravios a los ciudadanos que se encuentren sujetos a un juicio penal, en aras de dar una real y adecuada justicia (la cual es ciega e imparcial) y que dicha disposición deja en control del Ministerio Público el poder adecuar los hechos materia de la acusación al tipo penal que le haya alcanzado probar, aún y cuando haya acusado por otro. Y esto es muy importante porque no debemos olvidar cual es la responsabilidad que tiene el Ministerio Público, y es que en primer lugar debe de procurar la justicia, es decir, investigar los hechos que se le hagan de su conocimiento y que a su consideración y con las pruebas que recabe durante su investigación pueda llegar a la certeza de que la ley los señala como delito y que el ciudadano investigado participo en la realización de dichos hechos; en segundo lugar una vez concluida su investigación debe de realizar la acusación correspondiente y es aquí en donde debe de ser responsable y objetivo obligaciones imperativas establecidas en el artículo 129 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en base a esa objetividad es con la que debe de acusar y asumir su responsabilidad puesto que el propio artículo 130 del mencionado cuerpo legal establece claramente que la carga de la prueba es del Ministerio Público para demostrar la culpabilidad conforme a lo que establezca el tipo penal.

Pero esto tiene sus límites y que es la certeza jurídica que se delimita en la acusación y el debido proceso que es una vez desahogadas las pruebas en la audiencia de juicio, el Tribunal de Enjuiciamiento delibere si se cumplieron o no con los extremos de la acusación, es decir, la existencia del hecho y la participación del acusado ambos conforme a la clasificación jurídica materia de la acusación, de lo contrario se estaría violentando las mencionadas garantías procesales de condenar o absolver mediante un juicio justo.

En este orden de ideas podemos precisar que la reclasificación jurídica en la etapa de juicio transgrede el principio de legalidad puesto que si bien es cierto, que la norma que faculta al Ministerio Público a solicitarla se encuentra debidamente establecida en una ley que cumplió todos los requisitos necesarios para su debate, aprobación y promulgación, no menos cierto es que la misma va en contra de los preceptos señalados puesto que deja de cuidar los derechos humanos del acusado al cambiar la acusación con la cual se le pretende juzgar una vez depurado el procedimiento o peor aún en los alegatos de clausura una vez ya desahogadas las pruebas.

No olvidemos que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos nos señalan claramente que es un derecho que gozan todas las personas sujetas a un proceso criminal de que se les haga saber la acusación que se les formula con la anticipación necesaria para preparar su defensa situación que se incumple al momento de que el Ministerio Público modifica su acusación ya sea al inicio de la audiencia de juicio o al final de la misma, puesto que no permite tener la certeza jurídica de que se le va a acusar.

Dejar la figura jurídica de la reclasificación del delito en la etapa de juicio es totalmente contradictoria al principio de Igualdad, puesto que el permitir al Ministerio Público que pueda modificar la acusación formal realizada en contra del acusado y establecida en el auto de apertura a juicio, da una clara preferencia y trato especial al

Representante Social frente al ciudadano común y su defensa, vulnerando así el imperativo de establecer una actuación de igualdad entre las partes.

La desigualdad entre las partes es mayor cuando se presenta reclasificación jurídica la realiza el Ministerio Público en los alegatos de clausura, puesto que en ese momento procesal, el Tribunal de Enjuiciamiento ya ha tenido conocimiento de los hechos objeto de la acusación y el nivel de participación que posiblemente haya tenido el acusado en la realización de los hechos y ha percibido la producción de los medios de prueba con los cuales se pretendió justificar la clasificación jurídica con la que se sustentó la acusación, y que al ver que las pruebas desahogadas no provocarán la convicción del Tribunal de Enjuiciamiento el cual a estas alturas ya se ha formado un criterio sobre lo acontecido y lo probado, deja en una clara desventaja a la defensa que para ese estadio procesal ya ha defendido su Teoría del Caso en base a la acusación, quien en ese momento ya sabe que ha quedado probado y hasta que punto le alcanza para conseguir un fallo condenatorio sin que la defensa pueda modificar sustancialmente su estrategia para procurar una defensa técnica y adecuada en protección de los derechos del acusado. Aunado a que una reclasificación jurídica por considerar el Ministerio Público que no va a llegar a probar la conducta realizada por el acusado en la forma originalmente planteada, es decir, una conducta dolosa y por consiguiente reclasifica a una conducta culposa, violenta el derecho a tener acceso a la justicia de manera igual para todos, en tanto que en dicho supuesto el acusado en las etapas anteriores posiblemente pudiera haber accedido a los mecanismos alternos de solución de controversias o haberse acogido a un procedimiento abreviado por ser mas favorable para sus intereses, situación que el Ministerio Público durante todo el procedimiento se lo impidió al clasificar su conducta de una manera que no le daba acceso a dichos medios de terminación anticipada.

La seguridad jurídica garantiza la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Por ello, cuando se permite al Ministerio Público variar una acusación una vez depurado el procedimiento o peor aún una vez desahogadas las

pruebas con las que sustenta su acusación se rompe esa confianza que se tiene en el sistema jurídico puesto que, no le brinda al acusado la seguridad y certeza de cual va a ser las normas que se le van a aplicar para juzgarlo.

Y es que el permitir al Ministerio Público poder modificar su acusación a través de la reclasificación jurídica que haga del delito, provoca que una persona a la cual se le ha imputado un hecho, quede en incertidumbre total puesto que nunca va a tener la certeza y la seguridad sobre que delito se le va a terminar juzgado, puesto que el Ministerio Público de manera discrecional va a poder variar el mismo en cualquier parte del procedimiento incluyendo sus alegatos de clausura, situación que trastoca sensiblemente el principio de seguridad jurídica consagrado en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como el propio Derecho Humano a conocer desde el inicio la acusación que se hace en su contra establecido en el artículo 8 punto 2 inciso b) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es claro que el legislador violentó la aplicación y el respeto al principio de contradicción al otorgar en el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales la facultad al Ministerio Público de poder reclasificar el delito materia de la acusación tanto en los alegatos de apertura como en los de clausura, ya que dicha facultad rompe la posibilidad de encontrarse en una igualdad de armas entre las contrapartes puesto que, no obstante, que establece un periodo de gracia de 10 días al acusado y su defensor para preparar su caso nuevamente, se coloca en una seria desventaja al acusado puesto que en esta etapa del procedimiento ya se realizó la depuración del proceso o posiblemente ya se desahogaron las pruebas ofrecidas por las partes de las que ya tuvo conocimiento el Tribunal de Enjuiciamiento.

Esto es de trascendental importancia porque deja de permitir que el acusado tenga el pleno conocimiento del actuar del accionante lo que le impediría controvertir adecuadamente la nueva postura del Ministerio Público, máxime que el propio Ministerio Público tuvo todas las herramientas a su alcance para poder realizar una

acusación de manera correcta, seria y responsable, de ahí que la responsabilidad que tiene el Ministerio Público es precisamente el de dar cumplimiento a uno de los objetivos del sistema de justicia penal acusatorio que es precisamente el de que el culpable no quede impune, pero ello siempre debe de ser de manera honesta, seria y responsable, respetando en todo momento los derechos fundamentales del acusado así como los principios que rigen el procedimiento y si por realizar una mala o defectuosa acusación o por tratar de impedir que el acusado pueda acceder a un beneficio hace una clasificación para después poder reclasificar y de esta manera conseguir un fallo condenatorio, dicha actuación va en contra del principio de contradicción puesto que no permite que su contraparte tenga todos los elementos para poder tener una adecuada defensa y en consecuencia un acceso efectivo a la justicia.

Obviamente, cuando se presenta ante el Tribunal de Enjuiciamiento va a conocer de los hechos objeto de la investigación y de la acusación mismos que el Ministerio Público bajo su mas estricta responsabilidad ha decidido clasificar jurídicamente en un delito específico junto con sus calificativas y/o agravantes, siendo de lo que conocerá el Tribunal para que, después de recibir toda la información vertida por las pruebas desahogadas puedan llegar a la convicción si el hecho que se juzga y la participación del acusado se encuadran en la clasificación jurídica que consideró el Ministerio Público que era el adecuado o no es suficiente y con ello dictar un fallo absolutorio o condenatorio. Por lo que permitir que el Ministerio Público pueda alterar la acusación modificando la clasificación jurídica deja en total desventaja al acusado, puesto que este y su defensor entonces para que sea adecuado su actuación, deberán de preparar una estrategia de defensa que cubra todas las posibles clasificaciones jurídicas que se le puedan ocurrir al Ministerio Público, desventaja que crea una incertidumbre y falta de seguridad jurídica a la que tiene derecho toda persona a la que se le sigue un juicio penal y que desemboca en una negarle el acceso a la justicia en igualdad de circunstancias.

Finalmente el derecho de acceder a las salidas alternas del proceso penal son un derecho a favor del imputado, como ya se ha visto consagrado y protegido por

nuestra Carta Magna, salidas que tienen diversos requisitos de procedencia como son la media aritmética de la pena a aplicar; o la conducta desarrollada ya sea dolosa o culposa y en todos los caso que sea antes de que se dicte el Auto de Apertura a Juicio es aquí en donde se materializa una vez mas la inconstitucionalidad de la reclasificación jurídica en la etapa de juicio establecida en el artículo 398 del Código Nacional de Procedimientos Penales, puesto que al haberse dictado el Auto de Apertura a Juicio, el imputado se ve imposibilitado de acceder a dichas salidas alternas con los beneficios que conllevan ya que el Ministerio Público en el momento de realizar manifestar sus Alegatos de Apertura ya conoce el material probatorio con el que cuenta para probar su acusación o al exponer sus Alegatos de Clausura ya conoce lo que alcanzó a probar durante el juicio y en esos momentos el que pueda realizar una reclasificación jurídica atribuida a los hechos puede provocar que la media aritmética de la pena a aplicar cambie o la conducta sea modificada de dolosa a culposa, situación que le provocaría un perjuicio y una total desventaja al acusado puesto que de haber sido la nueva clasificación jurídica planteada originalmente hubiera podido optar por cualquiera de las salidas alternas a su alcance y que por falta de lealtad procesal, objetividad y responsabilidad del Ministerio Público le impidió tener acceso a ellos para poder de manera irresponsable o inclusive de manera dolosa obtener una fallo condenatorio sin que pudiera acceder a dichos beneficios.

Lo anterior, es muy importante, puesto que una persona que se encuentra sujeta a un procedimiento penal y decide no utilizar cualquiera de las salidas alternas, ya sea porque no cumple con los requisitos de procedencia o porque considera que el Ministerio Público no va a llegar a probar su acusación, decidiendo someterse a un Juicio ante un Tribunal de Enjuiciamiento, establecerá su teoría del caso y su estrategia de defensa precisamente en base a la acusación planteada por el Ministerio Público, acusación que como ya se ha hecho mención contiene como elemento fundamental la clasificación jurídica que se le atribuyen a los hechos materia de la imputación. Por lo que al acudir al momento en el que se le modifica la acusación el acusado queda en estado de indefensión y total desventaja frente al Ministerio Público, puesto que su estrategia de defensa originalmente planteada puede convertirse en

inoperante o peor aún, no poder combatir la falta de los elementos del tipo penal originalmente planteado y que de haber sido de esa manera hubiera podido optar por una salida alterna.

BIBLIOGRAFÍA.

BARDALES LAZCANO, Erika. *Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México.* México. Ed. Magister. 2010.

GUTIERREZ ORTIZ, Jorge Arturo. *Lineamientos Básicos del Enjuiciamiento Penal en México.* México. Ed. Concaam.2015.

BRAVO, Bernardino. *El Estado constitucional en hispanoamérica 1811-1991.* México. Escuela libre de derecho.1992.

CAZALI, Lilian de, REYES, Virgilio, MOSCOSO, Victor J., *Perspectiva de los jóvenes sobre la democracia en Guatemala. Debate 39.* Guatemala. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Ed. Serviprensa S.A. 1998.

DE COLMENARES CHACÓN, Carmen Josefina. *Introducción al derecho.* Guatemala. Universidad Rafael Landívar. 1995.

DE SECONDAT, Carlos Luis (Montesquieu). *Del espíritu de las leyes,* México, Oxford University Press México, S.A., 1999.

Diccionario de la real academia española. <http://www.rae.es/>
<http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm> Foro sobre gobernabilidad y conflictos.
Secretaría técnica en Managua, Nicaragua.
http://www.gobernabilidad.org/marco_conceptual.htm.

MAIER, j. *Derecho procesal penal, fundamentos.* Del puerto 2ª. Ed., Buenos Aires, 1996.

MATHEWS, David. *Política para la gente.* Guatemala. Biblioteca jurídica DIKE. 2002. Ministerio Público. http://www.ministeriopublico.cl/netscape/interes/glosario_a_c.htm
La facu.com. http://www.lafacu.com/apuntes/politica/part_polit/default.htm. 1999.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* Argentina. Ed. Heliasta S.R.L. 1981.

V. CASTILLO BARRANTES, E. *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal.* (s.e) San José, 1977.

V. CAFFERATA NORES, J. *Conveniencia de la participación del querellante conjunto.* En: *XII Congreso Argentina de derecho procesal.* Rosario. 1983. (s.e).

V. MARABOTTO, J. *Disposiciones generales. Norma procesal penal y acciones en: Curso sobre el Código de proceso penal. Instituto Uruguayo de derecho procesal.* Montevideo, 1983.

ERIC LORENZO PÉREZ SARMIENTO, *“Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal”*, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia, 2005.

JULIO B. J. MAIER, *“Derecho Procesal Penal argentino”*, Tomo 1b 2ª. Edición, Editorial Hamurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989.

ORLANDO MUÑOZ NEIRA, *“Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos”*, Editorial LEGIS, Colombia, 2008.

MANUEL RIVERA SILVA, *“El Procedimiento Penal”*, Trigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

J. CRISTÓBAL NUÑEZ VÁSQUEZ, *“Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

JORGE EDUARDO VÁSQUEZ ROSSI, *“Derecho Procesal Penal”*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2004.

MIGUEL ÁNGEL CASTILLO SOBERANES, *“El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1992.

MATÍAS BAILONE, *“La Acción Penal como el Tema del Derecho de Fondo Argentino”*, Revista Electrónica del Centro de Investigaciones criminológicas, de la USMP-PERÚ, 2ª. Edición.

GERARDO A. CARMONA CASTILLO, ANA MIREYA SANTOS LÓPEZ Y OTROS, *“Juicio Oral Penal, Reforma Procesal Penal”*, Editorial Andrés Bello Mexicana S.A. de C.V.-Jurídica de las Américas, México, 2008.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR.

CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS