

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver la instancia en el proceso penal mexicano

*José Luis Eloy Morales Brand**

Sumario: **I.** Introducción **II.** Jurisdicción, derechos e intervenciones en el proceso penal **III.** Garantía a la resolución total del procedimiento **IV.** Prohibición de absolver la instancia y el fraude de etiquetas de la “reclasificación” del delito en el juicio oral **V.** Reclasificación después de acusación en apertura y/o clausura del juicio oral: fraude de etiquetas para absolver la instancia **VI.** Conclusiones

Resumen: A partir de la reforma de 2008, el sistema de justicia penal en México es acusatorio y oral, con la finalidad de esclarecer los hechos, proteger al inocente, y que el culpable no quede impune. En el presente trabajo, se analizan los presupuestos del sistema de justicia penal en México. En concreto, se hace un análisis sobre los distintos derechos inmiscuidos en el proceso penal, y sobre los límites que debe observar la función jurisdiccional. Finalmente, con base en dicho análisis, se denuncia la facultad que la fiscalía de reclasificación del delito durante el proceso penal, por considerarla violatoria de derechos, con base en la ley procesal vigente.

Abstract: Since the 2008 reform, the criminal justice system in Mexico is accusatory and oral, with the purposes of clarifying the facts, protecting the innocent, and ensuring that the guilty does not go unpunished. This paper analyzes the premises of the criminal justice system in Mexico. Specifically, an analysis is made of the different rights involved in the criminal process, and the limits that the jurisdictional function must observe. Finally, based on this analysis, the reclassification of the crime during the criminal process is condemned as a violation of rights, based on the current procedural law.

Palabras clave: Sistema acusatorio, sistema inquisitorio, jurisdicción, fiscalía, reclasificación del delito, derechos fundamentales, derecho penal.

* Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México.

Key words: Accusatory system, inquisitorial system, jurisdiction, prosecutor's office, reclassification of the crime, fundamental rights, criminal law.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la línea de investigación “Sistema Penal y Administración de Justicia”, que desarrollo desde el año 2007 **en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, he buscado** conocer, explicar y precisar los elementos esenciales del sistema de justicia penal acusatorio como un mecanismo que tiene la finalidad de lograr una disminución de las violaciones a derechos humanos en la aplicación de la reacción punitiva, las cuales se dan mayormente en las fases de investigación y ejecución, por parte de investigadores, acusadores y administrativos ejecutores.

El sistema de justicia penal, como mecanismo de control social, opera en el caso de que la conducta exterior del sujeto afecte a otro. Este sistema tiene como objetivo la protección de la convivencia de los seres humanos en la comunidad mediante la represión de la criminalidad; sistema que debe sujetarse, invariablemente, al Garantismo Penal de un Estado Constitucional de Derecho, que implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana de todo involucrado en un delito (imputado, víctima, sociedad), provocando un acceso a la justicia con respeto a sus derechos humanos.

En México, anterior a la creación de la Constitución de 1917, el sistema punitivo imperante era inquisitivo que se basaba en la presunción de culpabilidad y, por ende, la prueba de confesión era la más importante, pues obteniéndose, el procedimiento era de mero trámite, y buscaba darle oportunidades infinitas al juez de instrucción y acusadores para que la persona siempre fuera condenada. A partir de 1917 nuestro sistema penal está basado en el principio acusatorio, de la carga probatoria, de contradicción y, en consecuencia, de la presunción de inocencia, pero las leyes secundarias y la práctica penal han contradicho a la Constitución, y los tribunales han emitido criterios respaldando hechos violatorios de esos derechos constitucionales, y regularmente olvidando al afectado del hecho delictivo.

De ahí surgieron reclamos para una reforma del sistema de justicia penal, y se genera la reforma Constitucional de 18 de junio de 2008, donde se implementó un Sistema de Justicia Penal Acusatorio en nuestro país, con el fin de esclarecer los hechos para determinar si son punibles y declararlos como delito, proteger al inocente del Estado y los particulares, procurar que no se genere impunidad contra el culpable, que los daños causados se reparen, asegurar el acceso a la justicia, mantener el orden jurídico y restablecer la armonía social, en un marco de respeto a los derechos humanos, fundamentales y garantías previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos del que el Estado Mexicano sea parte, y toda normatividad que derive de ellos.

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

En virtud de que en los modelos inquisitivos la búsqueda de información y actividades probatorias se sustentaban en encontrar “verdad histórica”, ese fin justificaba cualquier medio. La cuestión es que, a pesar de las modificaciones normativas, en la práctica del sector operativo del sistema penal se sigue repitiendo esa dinámica y se permite que los involucrados se conviertan en objetos del proceso, y que las deficiencias de los sujetos procesales acusadores sean subsanadas en cualquier momento, con tal de “evitar” la “impunidad”.

A pesar de que el nuevo modelo procesal penal acusatorio trata de garantizar el mayor ejercicio de las libertades frente a su menor afectación, se siguen generando normas e interpretaciones que buscan mantener vigente las disposiciones del modelo inquisitivo, con la validación de actividades ilícitas con tal de lograr la afectación de los derechos de las personas acusadas en los procesos. Una de esas figuras es permitir la reclasificación del delito en alegatos de apertura o clausura, una vez que la defensa ha mostrado sus cartas, y la fiscalía se ha dado cuenta que no podrá sostener su acusación acorde al delito propuesto, y en consecuencia la absolución es evidente, ya que el hecho no encuadrará en el delito atribuido, y por ello el “desistirse de la instancia” a través de la figura de reclasificación, usando el derecho de defensa en perjuicio del propio acusado para lograr su condena a toda costa.

La finalidad de este trabajo es resaltar y visualizar ese fraude de etiquetas a la Constitución y al derecho internacional, con el fin de provocar una mejor profesionalización de los sujetos jurídicos involucrados en el proceso, y que los resultados nos guíen a que los procedimientos penales trabajen desde la perspectiva de protección de derechos de los sujetos procesales y la misma sociedad, con la finalidad de resolver el conflicto de intereses de la forma más efectiva y menos lesiva para ellos.

II. JURISDICCIÓN, DERECHOS E INTERVENCIONES EN EL PROCESO PENAL

Antes de hablar sobre la garantía de prohibir la absolución de la instancia, y su vigencia disfrazada en el proceso penal mexicano, es necesario puntualizar en qué casos es factible afectar los derechos de una persona, para con ello verificar si en nuestro sistema jurídico, está permitida esta intervención de derechos humanos y fundamentales. Para ello, debo precisar que, en un Estado Constitucional de Derecho, el poder se encuentra limitado y se asegura una serie de libertades y derechos a las personas; así, tanto los particulares como las autoridades se encuentran sometidos a esos límites, con la finalidad de garantizar y hacer efectivo el goce de los derechos de los seres humanos.

El Sistema de Justicia Penal integra, por un lado, la normatividad sustantiva o definitoria, y por otro la normatividad adjetiva o procedimental para llevar las acciones de procuración y administración de justicia, y la de ejecución de sanciones,

por lo que su funcionalidad y sistematización se refleja en el momento en que una persona realiza una conducta penalmente relevante, y se analiza si aquella lesiona un bien jurídico tutelado por la norma penal; si es así, inicia el procedimiento donde el sector policial y fiscal o ministerio público, como entidades investigadora y acusadora, deberán verificar si la conducta es delictiva, respetando el derecho de defensa del imputado; luego, si así lo considera y no existe forma alterna de resolver el conflicto, formulará acusación ante el juez o jueza quien, en audiencia, declarará la existencia del delito, dando oportunidad al imputado de refutar cualquier prueba de acusación. En este sentido, si el juzgador considera que la conducta típica y antijurídica del imputado es reproachable, lo declarará culpable de la comisión del delito y le impondrá las sanciones correspondientes, acorde a los principios de reinserción y protección victimal, pasando a la fase de ejecución que deberá llevarse a cabo para que el sentenciado cumpla con las sanciones y sea reinsertado a la sociedad.

Por lo anterior, el procedimiento penal es una garantía que se refleja en todos los lineamientos que deben seguirse en la investigación, imputación, acusación, preparación, juzgamiento, imposición y ejecución de sanciones por la comisión de un hecho punible; es decir, requisitos para la creación de las normas, realización de actividades desde que se tiene conocimiento de la comisión de un hecho que puede ser calificado como delictivo, su verificación y declaración jurídica, hasta que el culpable cumpla la sanción impuesta y se logre su reinserción.

En este sentido, el procedimiento penal tiene por finalidad esclarecer los hechos para determinar si son punibles y declararlos como delito, proteger al inocente del Estado y los particulares, procurar que no se genere impunidad contra el culpable, que los daños causados se reparen, asegurar el acceso a la justicia, resolver el conflicto creado por el delito, mantener el orden jurídico y restablecer la armonía social, en un marco de respeto a los derechos humanos, fundamentales y garantías previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos del que el Estado Mexicano sea parte, y toda normatividad que derive de ellos.

El sistema acusatorio adversarial busca resolver un conflicto de intereses, no reconstruir el hecho para llegar a la “verdad histórica” como ocurre en el inquisitivo, pues en estricto sentido ningún mecanismo procesal ayuda a demostrar el hecho “tal y como ocurrió”, sino que el proceso es una herramienta para tratar de aclarar, lo más objetivamente posible, lo que pudo haber ocurrido, y con la legitimidad de los medios llegar al objetivo de resolver su conflicto.

Así, los modelos acusatorios responden a un sistema de justicia penal garantista, es decir, a un modelo criminológico basado en el respeto a los derechos humanos,¹

¹ Alesandro Baratta es uno de los principales precursores del Derecho Penal de Garantías, en un artículo publicado en los años ochenta, enumeraba una serie de principios que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

que se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el Sistema de Justicia Penal.²

Ahora bien, en un Estado Constitucional de Derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la Jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.³

Siguiendo esta idea, y en virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de la Política Criminal;⁴ y en un Estado Constitucional de Derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los Derechos humanos y fundamentales de las personas a las que va dirigido,⁵ al someterse a normas de actuación diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto.⁶ Así, el Estado contará con mecanismos para proteger derechos, pero también para afectarlos en defensa de terceros, pues ningún derecho es absoluto, pero tampoco es absoluto el poder para afectarlos, como se analiza a continuación.

Para saber si un derecho se protege o se afecta, debemos conocer qué son los derechos. Los Derechos Fundamentales son los componentes estructurales básicos del

problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal actual. Anitua, Gabriel Ignacio. "Historias de los pensamientos criminológicos". Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 452.

² Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. "Teoría del garantismo penal". Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 336.

³ *Ibidem*, p. 584.

⁴ Bergalli, Roberto. "La instancia judicial", en *El pensamiento criminológico*. Vol. II Estado y Control, Editorial Temis, Colombia, 1983, p. 73. En el mismo sentido Santiago Mir Puig, cuando afirma que "todo Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde". En "Constitución, Derecho penal y Globalización", en *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995–*, Editorial B de F, Argentina, 2006, p. 116.

⁵ Por ejemplo, para el Estado absoluto, la política criminal buscaba proteger al sistema, reestableciendo el orden jurídico afectado, para el Estado intervencionista, la política criminal pretende la defensa del orden social, pues el infractor era una persona anormal y peligrosa –ejemplos de esta política criminal son los estados autoritarios y dictatoriales, donde el delito se identifica como una traición al jefe de Estado, por lo que hay que defenderlo de esos traidores–, para el Estado de bienestar, el objetivo es obtener el consenso a su sistema de valores, por lo que se trata de reincorporar al consenso al desviado.

⁶ García-Pablos de Molina, Antonio. "Tratado de criminología". Tirant lo Blanch; Valencia, 2003, pp. 197 y 198.

orden jurídico, debido a que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los Derechos Fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.⁷

Los Derechos Fundamentales son importantes en un Estado Constitucional de Derecho, y en consecuencia son los pilares básicos del ejercicio adecuado de la Política Criminal, en virtud de que su mera incorporación a una Constitución implica que gozan del mayor nivel de garantía o protección⁸ pues vinculan directamente al legislador ordinario al momento de realizar las leyes, y al ejecutivo al aplicarlas o tomar decisiones (control de constitucionalidad y no de simple legalidad); su limitación sólo puede darse por motivos realmente serios y racionales expresamente establecidos en la Constitución; y son aplicables por cualquier tribunal, por lo que cuentan con una genérica garantía judicial directa, que no requiere la intermediación del legislador ordinario (control de constitucionalidad y convencionalidad).

Lo anterior se encuentra claramente establecido en el artículo 1º Constitucional de México, al ordenar a todas las autoridades la protección y garantía de estos derechos; es decir, no sólo las autoridades judiciales federales tienen el deber de hacer operativos los derechos constitucionales o internacionales, sino que cualquier autoridad, al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poder poner como pretexto que son autoridades que sólo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho fundamental (Interpretación Conforme).

Los Derechos Humanos influyen dentro de la Constitución y los Derechos Fundamentales⁹ al determinar su catálogo y abrirlo a través del principio de dignidad de la persona y el Derecho internacional, por lo que derechos humanos no reconocidos en la Constitución se convierten en fundamentales;¹⁰ así como en su interpretación para determinar su contenido y lograr su efectividad.

⁷ Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.

⁸ Escobar Roca, Guillermo. "Derechos humanos", cátedra dentro del curso Democracia y Derechos Humanos, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver los casos *Costa-Enel* y *Simmmenthal*, determinó que las disposiciones comunitarias prevalecen sobre las nacionales, incluso las constitucionales, si contradice derechos de una norma comunitaria, ya que son de aplicación inmediata a favor de las personas. Reyna Alfaro, Luis Miguel. "Fundamentos del derecho penal económico". México: Ángel Editor, 2004, p. 100.

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

Las garantías son mecanismos jurídicos específicos de protección de un derecho humano o fundamental, o las técnicas para no restringir indebidamente el goce de ese derecho. Se traducen en las obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce del derecho y con ello verificar la legitimidad de la intervención. En un Estado Constitucional de Derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la Jurisdicción (tribunales judiciales), ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado y los particulares, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.

Ahora bien, los derechos no son absolutos, sino que pueden ser restringidos o afectados cuando el propio sistema lo permita. Al hablar de intervenciones a los derechos (afectaciones o restricciones) nos referimos a aquellas conductas, activas u omisivas, realizadas por un obligado (particular o público) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido.¹¹

De entrada, los derechos se encuentran limitados por el respeto a los derechos de los demás; los derechos se restringen cuando el hombre deja de ser social, lo que implica que conscientemente agrede o afecta los derechos de los demás.

Si los derechos fundamentales están en la Constitución, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de sus límites,¹² y su intervención debe seguir las siguientes reglas:

- a) *Adecuación o idoneidad*: El sacrificio del derecho es adecuado para proteger otro derecho. La intervención debe estar establecida en la norma constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad. De ahí que los derechos no sean absolutos, pero su intervención sólo puede ser permitida por la Constitución, y no por otro tipo de normatividades;
- b) *Necesidad o indispensabilidad*: La afectación es necesaria por ser el mecanismo menos dañoso para el derecho intervenido. Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido; y
- c) *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*: Cuando entran en conflicto los derechos de las personas, debe intentarse, en la medida de lo posible, equilibrio entre ambas (afectar lo menos posible), o en su caso ponderar (dar mayor peso a uno de los derechos y afectar el otro), procurán-

¹¹ Escobar Roca, Guillermo. "Derechos humanos", cátedra dentro del curso Democracia y Derechos Humanos, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.

¹² *Idem*.

dose el respeto esencial de los intereses enfrentados (lo cual puede llegar a ser un ejercicio subjetivo atribuir mayor o menor peso a cada uno de los intereses en conflicto).¹³

Este test o filtro de proporcionalidad se encuentran reguladas en el artículo 1º Constitucional, al obligar a la autoridad a interpretar siempre en un sentido de protección amplio de los derechos de las personas.¹⁴

Así, las reglas de proporcionalidad para la intervención de un derecho nos pueden dar una definición actual de Justicia como la dignificación de los derechos, satisfacción de las necesidades humanas y resolver o aminorar los problemas sociales, al equilibrar y hacer efectivos los derechos humanos y fundamentales. Justicia que, relacionada con el sistema penal, nos muestra un modelo criminológico de protección que tiene como base o característica esencial la protección de la Jurisdicción.

En el Sistema de Justicia Penal, una vez que los hechos son investigados, deben ser verificados y reconocidos por la autoridad judicial como actos punibles, para aplicar la consecuencia jurídica. En este sentido hablamos de un sector jurisdiccional, la autoridad encargada de la aplicación de la norma al caso concreto.

La jurisdicción es una función pública establecida en la Constitución, que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre partes con intereses opuestos, y deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, que decidirá en forma imperativa e imparcial.

El subsector jurisdiccional protege al imputado y la víctima de la actuación de las autoridades; valora los hechos que son puestos a su conocimiento, y es el único subsector que puede declarar a una persona como culpable.¹⁵ En un Sistema Penal Acusatorio Oral, el acusador y la defensa se encuentran controlados por la jurisdicción, quien es el único que puede dar valor lo que se le presente, que puede autorizar afectación a derechos fundamentales, y por lo tanto, el único que puede declarar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona.

La principal garantía procesal es la de jurisdiccionalidad, ya que el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia, que el Juez tiene la tarea de dirimir, pues la carga de la prueba, en apoyo de la acusación, resulta

¹³ **RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE LA JUEZA O EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.** Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.). Primera Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁴ **RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE LA JUEZA O EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.** Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Época: Décima Época. Registro: 160267.

¹⁵ “La criminalidad, como realidad social, ... es una cualidad atribuida por los jueces a ciertos individuos, los cuales resultan así seleccionados y luego incluidos en las formas de registro habitual de la criminalidad (estadísticas oficiales)”. Bergalli, Roberto. “La instancia...”, *op. cit.*, p. 79.

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

integrada por la carga de la contrapueba o refutación de las hipótesis en competencia.¹⁶

En síntesis, el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contra poder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, frente a las lesiones que pudieran provenir del Estado.¹⁷

Se trata de una búsqueda de seguridad jurídica de la persona, al saber que en caso de que se le impute la comisión de un delito, el Estado observará todos y cada uno de los requisitos y elementos previos, tendientes a generarle una afectación válida en su esfera jurídica; es decir, tendrá la certeza de que será acusado por un órgano distinto aquel que deberá juzgarlo, una vez que haya sido oído en el proceso, y haya aportado los medios de prueba que permitan fortalecer su inocencia. Esto permite una garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles.¹⁸

III. GARANTÍA A LA RESOLUCIÓN TOTAL DEL PROCEDIMIENTO

Dentro de las garantías del proceso penal, tenemos una que busca establecer límites al poder del Estado, de tal manera que siempre resuelva de forma definitiva, cualquier procedimiento en el que se haya acusado a una persona: la resolución total del procedimiento; esto ya que en los modelos inquisitivos, con tal de lograr la verdad histórica y demostrar que las características del proceso lo hacían infalible, permitían tener múltiples oportunidades para lograr la condena de una persona, iniciando con tener varias instancias o etapas para llegar a ese fin, juzgar en varias ocasiones o, inclusive, dejar suspendidos los procesos de forma indeterminada hasta que el juez estuviera en posibilidad de lograr esa condena.

Esta garantía de resolución total del procedimiento se encuentra prevista en los artículos 23 de la Constitución mexicana, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 14 del Código Nacional de Procedimientos Penales en México, y busca otorgar certeza para el imputado, la víctima y la sociedad, al garantizar que siempre existirá una resolución total del procedimiento penal, a través de una determinación de absolución (no se supera la presunción de inocencia) o condena (declaración de culpabilidad). En términos no técnicos implica que el imputado y la víctima no se conviertan en conejillos de indias de los operadores penales, y se evite que la causa de mantenga abierta de forma

¹⁶ Ferrajoli, Luigi. "Derecho y razón". Trotta, Madrid, 2011., p. 152.

¹⁷ *Ibidem*, p. 580.

¹⁸ *Ibidem*, p. 569.

constante e indefinida, y en la misma situación su estado de sujetos procesales en un proceso penal.¹⁹

Esta garantía incluye tres aspectos: el límite de instancias, garantizar el *Non Bis In Idem*, y la prohibición de absolver la instancia.

El primer antecedente de referencia al actual artículo 23 de la Constitución mexicana, está en la Constitución de Cádiz de 1812, donde su artículo 285 indicaba que en todo negocio habría a lo más tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas;²⁰ así mismo, el artículo 243 prohibía mandar abrir los juicios “fenecidos”.²¹ Posteriormente, la constitución de 1857 fijó en su artículo 24 el texto que en la actualidad mantiene el artículo 23 de la Constitución Federal, y fue la primera vez en que apareció en México la prohibición de la práctica de absolver la instancia.²²

La “absolutio ab instancia” fue una institución de la legislación posterior a la “Constitutio Criminalis Carolina” de Carlos V, en donde se indicaba que, si la prueba formal no conseguía demostrar plenamente la culpabilidad, pero quedaban dudas sobre la inocencia del reo, se le imponía una “poena” extraordinaria (por sospecha) más leve, o se le absolvía temporalmente, ya que en cualquier momento se podía reanudar el procedimiento.²³

En este sentido, ningún juicio penal puede tener más de tres instancias (garantía de límite de instancias), o etapas principales de tramitación o decisión procesal;²⁴ es decir, deberá resolverse en juicio oral (primera instancia) y la decisión podrá revisarse por un tribunal superior (segunda instancia), y si bien persiste el juicio de amparo como mecanismo de control constitucional de la decisión, no se considera una instancia más del juicio. La idea es que, si no se logra una condena en el proceso instado, el acusador sólo tenga oportunidad de revocar esa determinación en una instancia más, pero no proseguir de forma indefinida hasta lograr una condena.

Por otro lado, los mecanismos de control internacional en materia de derechos humanos, pueden emplearse al ser mecanismos de control internacional, no instancias del juicio, además de que la prohibición del límite de instancias es cuando se pretende perjudicar al imputado, pero no cuando éste busca una absolución o

¹⁹ Morales Brand, José Luis Eloy. “Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación”. Troispublient, México, 2018, p. 504.

²⁰ Carmona Tinoco Jorge Ulises. “Derechos del pueblo mexicano”. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, p. 351.

²¹ *Ibidem*, p. 352.

²² *Ibidem*, p. 370.

²³ Horvitz, María Ines. “Derecho procesal penal chileno”. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2004, p. 56.

²⁴ Carmona Tinoco Jorge Ulises. “Derechos...” *op. cit.*, p. 355.

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

indemnización, conforme al principio *pro homine* o en beneficio del derecho (por ejemplo, la revisión de condena o reconocimiento de inocencia, que es un juicio para la nulidad de otro juicio).

Así, quedó cerrada la primera puerta de la indeterminación que usaban los acusadores con tal de lograr una condena, pero, en lugar de reforzar su profesionalización y hacer un trabajo de calidad en la investigación, optaron por abrir nuevos procesos, aparentemente independientes de aquellos en donde se había absuelto al acusado, para presentar cargos por delitos de nombre diverso, aunque fueran los mismos hechos.

Por ello, esta garantía también incluye el *Non Bis In Idem* (no volver a lo mismo), o que ninguna persona pueda ser juzgada dos veces por el mismo “delito”, siempre y cuando en el juicio se le absuelva o se le condene (cosa juzgada parcial, cosa juzgada total y prohibición de recalificación). Lo que busca esta figura es proteger al imputado del riesgo de una nueva persecución penal simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida en una persecución penal anterior.²⁵ Esto significa que los hechos puestos a consideración de un juzgador no pueden ser motivo de otro procedimiento penal o nuevo análisis, pues se valoran hechos punibles no denominaciones jurídicas; de lo contrario se iniciaría nuevo procedimiento alegando que se absolvió de “determinado delito”, y se juzgarían los mismos hechos con distinto nombre.

En este sentido, si los hechos ya fueron materia de procedimiento, no pueden volverlo a ser (*Non Bis In Idem*). Ninguna persona que haya sido absuelta o condenada por sentencia firme o por resolución que tenga efectos de absolución, puede ser procesada, juzgada o sancionada nuevamente por los mismos hechos (Cosa Juzgada Total); y los procesos concluidos con condena sólo podrán ser reabiertos mediante la revisión o reconocimiento de inocencia, para efecto de beneficiar al sentenciado.

Dentro de esta misma prohibición del “*Non bis in idem*”, también encontramos la “Cosa juzgada parcial”, o aquellas decisiones previas de los jueces relativas a la protección de derechos humanos o fundamentales, relacionadas con el proceso²⁶ (por ejemplo, la exclusión de evidencia).

A diferencia de la jurisprudencia, en los modelos acusatorios existe también la justicia de precedente, que implica que el derecho se crea a partir de la aplicación de normas al caso concreto (*case law*); así, un juzgador podrá generar un criterio relevante a favor de los derechos humanos en la resolución de un caso, el cual podrá ser tomado en cuenta por otro juez o jueza en la solución de un asunto similar sin necesidad de que sea una jurisprudencia; por ello, el litigante podrá invocar el precedente, para que el juez o jueza lo aplique al resolver, ya que las sentencias son

²⁵ Horvitz, María Ines. “Derecho ...”, *op. cit.*, p. 88.

²⁶ Morales Brand, José Luis Eloy. “Juicio...”, *op. cit.*, p. 505.

derecho creado, y el derecho se invoca, no se prueba (salvo que sea extranjero); pero se sugiere llevar copias auténticas de la resolución del precedente, y entregar copias al juez o jueza y las demás partes.

En consecuencia, si un juez o jueza ya tomó decisión sobre actividades de autoridad que llevan a la obtención de una evidencia, y lo excluye por violación a derechos humanos y fundamentales, ¿otro juez o jueza podrá valorar nuevamente la actuación o deberá sujetarse a lo que ya resolvió el anterior juzgador?; esto es la Cosa Juzgada Parcial, que se traduce en que si ya existe una decisión que declare ilegal o lícita un dato o medio de prueba, por violación a un derecho fundamental o humano, no se puede revalorar la actividad, porque hay cosa juzgada de esa situación, y no se puede revocar en perjuicio de las partes, pues si bien todos los jueces son revisores al ser controladores de garantías²⁷ con base en el juez o jueza no prevenido, también lo es que las revisiones sólo se permiten para favorecer un derecho, no para perjudicarlo (*non reformatio in peius*).²⁸

La garantía de *Non bis in idem* también se traduce en la prohibición de la recalificación de una misma conducta; es decir, el revalorar para sancionar varias veces un mismo supuesto de hecho: cuando un “aparente delito autónomo” es un medio necesario para cometer otro que es el principal en la mente del autor, el primero se subsumirá al segundo, es decir que formará parte de su descripción típica, siempre y cuando el hecho pueda enmarcarse, y sólo se sancionará el último delito o principal (por ejemplo, las lesiones dolosas ocasionadas para cometer un robo calificado con violencia, o el uso de documentos falsos como medio engañoso para obtener un lucro indebido en el fraude), pues de lo contrario se sancionaría dos veces una sola voluntad delictiva, al recalificarse una misma conducta.

Con esto quedó cerrada una segunda puerta a la indeterminación de conclusión de un proceso, pero ocurrió exactamente lo mismo que respecto del límite de instancias: los acusadores, en lugar de mejorar en sus actividades y lograr investigaciones y acusaciones de éxito, decidieron que en los casos donde fuera evidente que no lograrían la condena, con tal de que no se agotara la instancia, ni se resolviera con una decisión de condena o absolución, la solución era desistirse de la instancia, es decir del proceso, y mantener a salvo los derechos de la acción penal para, posteriormente, recabar nuevas evidencias o modificar las acusaciones y accionar nuevamente para lograr una condena; es por ello que surge la prohibición de absolver la instancia.

²⁷ Morales Brand, José Luis Eloy. “Proceso penal y tutela de derechos. Audiencias, privacidad y medios de comunicación”. Tirant lo Blanch, México, 2022, p. 77.

²⁸ Por ejemplo, si nos encontramos en un concurso real de delitos por portación de arma de fuego y homicidio, y el juzgador federal declara ilegal la detención y en consecuencia excluye la obtención del arma, ese instrumento y actividad no puede usarse para el caso de homicidio, al existir cosa juzgada parcial que deberá invocarse en el otro proceso.

IV. PROHIBICIÓN DE ABSOLVER LA INSTANCIA Y EL FRAUDE DE ETIQUETAS DE LA "RECLASIFICACIÓN" DEL DELITO EN EL JUICIO ORAL

Dentro de la garantía de resolución total, en un procedimiento penal siempre se determinará la absolución o condena del imputado, puesto que se prohíbe la práctica de absolver la instancia. Pero ¿qué es absolver la instancia?, concretamente es desistirse de la jurisdicción del juez o jueza que lleva la causa; es decir, pedir que concluya el proceso ante ese juez, pero el acusador tenga la posibilidad de continuar con su derecho a ejercer la acción de nueva cuenta de forma posterior o, en otras palabras, desistirse de la jurisdicción cuando el acusador se dé cuenta que no puede ganar el caso y debe reformularlo, ya sea por falta de evidencia o porque el hecho fue mal clasificado y acusado, dejándolo abierto indefinidamente sin una resolución definitiva, provocando incertidumbre al imputado, la víctima y la sociedad.

Absolver la instancia permite dejar abierta la posibilidad de que una persona sea enjuiciada posteriormente, ante la insuficiencia de evidencia que demuestre su culpabilidad en el proceso desistido.²⁹ Concretamente lo que se busca es evitar que el tribunal resuelva el fondo el procedimiento, para recabar las evidencias faltantes y solicitar un nuevo juicio con una imputación y acusación diversa, para ahora al fin lograr una condena, lo cual puede realizarse en numerosas ocasiones, ya que el procedimiento seguirá vigente mientras no opere la prescripción de la acción penal, la cual de cualquier forma se vería interrumpida al realizarse actos de investigación o llevarse a cabo actuaciones judiciales.

Según José María Lozano,³⁰ cuando no había datos suficientes para condenar al acusado, se le absolvía de la instancia, es decir, se dejaba abierto el proceso para continuarlo luego de que hubiera mejores datos. En 1883, un Juzgado de Distrito en Veracruz, concedió el primer amparo, confirmado por la Suprema Corte, contra una resolución de sobreseimiento "en espera de mejores datos en la causa" seguida al quejoso. Indicó que el sobreseimiento no era tal, sino que sustancialmente fue una absolución de la instancia para luego continuarlo.³¹ En la actualidad, los tribunales de la Federación en México se han pronunciado poco sobre el tema, pero han coincidido en que ante la insuficiencia probatoria está prohibido postergar la resolución definitiva hasta un mejor momento (quedar abierto hasta tener nuevos elementos), y debe absolverse en forma definitiva.³²

²⁹ Carmona Tinoco Jorge Ulises. "Derechos...", *op. cit.*, p. 370.

³⁰ *Ibidem*, p. 371

³¹ *Ibidem*, p. 372.

³² **PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** Instancia: Primera Sala, Novena Época, Materias(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a. LXXIV/2005. Registro digital: 177538. **SOBRESEIMIENTO EN EL JUICIO DE NULIDAD. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 203, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO FISCAL DE**

En la mayoría de los anteriores procedimientos penales latinoamericanos, existía la figura del sobreseimiento provisional o temporal cuando en el proceso de investigación no existieran indicios suficientes para acusar, por lo que la suspensión se mantenía hasta que se tuvieran mejores datos para ir a juicio.³³ En Honduras sigue subsistiendo la figura, ya que el juez de letras puede decretar el sobreseimiento provisional antes de comenzar el proceso penal,³⁴ hasta en tanto el Ministerio Público recabe nueva evidencia para continuar con el proceso (5 años). Por otro lado, en Chile cambió su denominación a la “decisión de no perseverar” en el procedimiento penal que tiene la misma naturaleza, ya que en ausencia de evidencia para acusar y llegar a juicio, deja sin efecto una formalización de la investigación ya formulada, y pudiera plantearse una nueva formalización, podría contarse con nuevo plazo de investigación e inclusive interrumpirse otra vez la prescripción de la acción penal, por lo que podría utilizarse más de una vez con el fin de mantener abierta la investigación de un determinado delito, mientras no prescriba.³⁵

Ante estas reales incertidumbres personales donde las causas penales quedaban abiertas de forma indefinida hasta en tanto el acusador pudiera “ganar” el caso, es que en México contamos con la garantía de prohibición de absolucón de la instancia, y figuras como el “sobreseimiento provisional” o la “decisión de no perseverar” en el procedimiento, se regulan como archivo temporal de la investigación, que sólo puede realizarse antes de ejercitar la acción penal, y no cuando el proceso ha iniciado. Por ello se deberá absolver o condenar, ya sea mediante sentencia de juicio oral, procedimiento abreviado, o cualquier otra determinación que decrete el sobreseimiento con base al no ejercicio de la acción penal, la falta de acusación, el cumplimiento de salidas alternas o el desistimiento de la acción penal, con efectos de absolucón, sin

LA FEDERACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2005, NO VIOLA LA SUBGARANTÍA DE JUSTICIA COMPLETA NI CONSTITUYE ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA, CONTENIDAS, RESPECTIVAMENTE, EN LOS ARTÍCULOS 17 Y 23 CONSTITUCIONALES. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materias(s): Administrativa, Tesis: XXI.1o.P.A.51 A. Registro digital: 175756. **ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA. LOS PRECEPTOS 203, FRACCIÓN IV Y 215, AMBOS DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN Y 36, FRACCIÓN V, DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA RESOLUCIÓN QUE DECRETA EL SOBRESEIMIENTO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL POR HABERSE REVOCADO LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, NO LA ACTUALIZAN Y, POR ENDE, NO TRANSGREDEN LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materias(s): Administrativa, Tesis: XXI.2o.P.A.28 A. Registro digital: 176410. **ABSOLUCION DE LA INSTANCIA. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.** Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima Época, Materias(s): Administrativa, Registro digital: 256043.

³³ Correa Robles, Carlos “Uso y abuso de la decisión de no perseverar en el procedimiento penal”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47 N° 1, 2020, p. 161.

³⁴ Artículo 295 del Código Procesal Penal de Honduras.

³⁵ Horvitz, María Ines. “Derecho procesal penal chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2004, p. 586.

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

permitirse que el acusador se reserve la acción y la retire, o se le dejen “a salvo sus derechos” para ejercerla nuevamente.

La cuestión es que en México la prohibición de absolver la instancia está permitida por el Código Nacional de Procedimientos Penales de forma enmascarada con la reclasificación del delito en el juicio oral, cuando el Fiscal puede variar la clasificación delictiva tanto en el alegato de apertura o el de cierre, pues técnicamente lo que está realizando es desistirse de las instancias de la acción plasmada en acusación previa por un delito determinado, y la reformula en otros delitos con la finalidad de ganar a toda costa.

V. RECLASIFICACIÓN DESPUÉS DE ACUSACIÓN EN APERTURA Y/O CLAUSURA DEL JUICIO ORAL: FRAUDE DE ETIQUETAS PARA ABSOLVER LA INSTANCIA

¿Por qué comenzamos este apartado señalando que la reclasificación del delito en el juicio oral es un fraude de etiquetas para permitir la absolución de la instancia?

Primero hablemos de la acción penal como un mecanismo de protección de intereses de una persona, a través de tutela judicial efectiva; se trata entonces de todos aquellos actos procesales con los que se dirige a un órgano jurisdiccional (obligado a atender), proponiendo una pretensión (restablecer el derecho afectado/sanción), y solicitando su protección (resolver el conflicto). Tanto el fiscal, como la víctima en el caso de la acusación particular, podrán ejercitar esta solicitud para lograr que se ejecute la pretensión punitiva de un Estado. Esta acción penal se ejercita con la primera solicitud para llegar a audiencia inicial que comience el proceso, y se impulsa su avance en cada solicitud que se hace al Juez o Jueza.

Ahora bien, cuando se ejercita la acción, el fiscal propone al tribunal que, en su momento, declare la existencia de un hecho, que ese hecho es punible, y que alguien intervino en su comisión; también propone que declare una clasificación jurídica aplicable, que no es simplemente una cita de un artículo del Código o ley penal, sino que se trata de un ejercicio reflexivo de cómo la hipótesis fáctica coincide con la jurídica y porque tiene que ser declarada así por el Tribunal y, por último, se compromete a demostrar con evidencia ese hecho punible.

Así, clasificar jurídicamente un hecho no es simplemente fijar o modificar cuantas veces se quiera un fundamento legal, pues el hecho punible es la base del ejercicio de la acción penal, ya que se integra por un resultado, una conducta, el nexo, y los factores que concurren para su existencia;³⁶ de ahí que, por ejemplo, una conducta de apoderamiento no es similar a la de entrega de un objeto y posterior desvío, u entrega por medio de engaño. Al clasificar no se cita sólo un artículo, sino que

³⁶ Morales Brand, José Luis Eloy. “Juicio...”, *op. cit.*, p. 412.

se crea una realidad fáctica jurídica de un hecho punible específico, el hecho penalmente relevante, pues de lo contrario no sería la vía penal la adecuada para resolver tal conflicto. Así, un hecho delictivo es una conducta lesiva que está descrita en la norma penal, un hecho punible; no es simplemente lo que pasó en la realidad, pues en la realidad no hay delitos, sino eventos antisociales. Los hechos delictivos son los fijados por los jueces en sus resoluciones; y esta fijación en la vinculación, no podrá variarse en las etapas posteriores a la investigación, pues de lo contrario se violenta la litis cerrada, y la defensa del imputado.

Partiendo de estas ideas, es necesario establecer en qué momento queda ejercitada la acción penal (abierta la instancia para la presentación del caso) y cuándo queda concretizada en forma definitiva (se hace la propuesta final del caso para su presentación ante el tribunal). Si bien el Código Nacional de Procedimientos Penales en México establece en su artículo 211 que la acción penal se inicia con la solicitud de la audiencia inicial, a través de citación, comparecencia, aprehensión o puesta a disposición de detenido, también lo es que la acción realmente se concretiza hasta que el juez o jueza dicte una vinculación a proceso, pues de lo contrario, si niega las peticiones de presentación de la persona, decreta de ilegal la libertad del detenido y dicta la no vinculación a proceso, el Código Nacional permite que la investigación inicial regrese al fiscal para que la continúe, por lo que se devuelven los derechos de la acción y no se tiene por interpuesta; de lo contrario, tendría que fijarse un término para reformular la acción, pues ésta ya se tendría por ejercitada ante el juez o jueza.

Esto, en un momento dado, podría interpretarse como una violación al principio de resolución total del proceso, concretamente a la prohibición de la práctica de absolver la instancia prevista en el artículo 23 Constitucional, pues si ya se ejercitó la acción, y el juzgador la rechazó con las negativas correspondientes, no podría regresarse al fiscal o acusador particular, y debería entonces fijarse un término perentorio bajo la jurisdicción del juez o jueza, para recabar los datos que permitieran reformular la petición, y si en ese término no se modificara la situación jurídica de la negativa, debería sobreseerse el caso.

En segundo término, pasemos ahora a la vinculación a proceso, prevista en el artículo 19 Constitucional, que es un residuo del anterior sistema penal mexicano, pero que en el esquema acusatorio no es una simple determinación de lectura de cargos y de derechos para la judicialización de la investigación, sino que se trata de una resolución que fija los hechos materia del juicio que, contradictoriamente, aún se seguirán investigando. La garantía de “litis cerrada”,³⁷ prevista en el mismo artículo 19 Constitucional, implica que todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación, y si en la secuela del 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 es procedente.

³⁷ Zamora Pierce, Jesús. “Garantías y proceso penal”. Porrúa, México, 1996, p. 137.

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

En sentido estricto, en los modelos realmente acusatorios, la litis se fija en la audiencia intermedia, dentro de la etapa de preparación, pero en nuestro híbrido mexicano se fijan los hechos punibles del acusador en el auto de vinculación, con posibilidad de variar las clasificaciones jurídicas, siempre y cuando no se modifique el hecho punible de la vinculación, para fijarlo de forma definitiva en la acusación y así se precise en la audiencia intermedia. La parte final del artículo 316, y el diverso 318 del Código Nacional procesal nos dan la razón, al indicar que el proceso se llevará por los hechos delictivos establecidos en la vinculación a proceso, y de lo contrario deberá iniciarse una investigación separada y promoverse la acumulación. Se insiste en que un hecho delictivo es una conducta lesiva que está descrita en la norma penal, un hecho punible; no es simplemente lo que pasó en la realidad, pues en la realidad no hay delitos, sino eventos antisociales. Los hechos delictivos son los fijados por los jueces en sus resoluciones; y esta fijación en la vinculación, no podrá variarse en las etapas posteriores a la investigación, pues de lo contrario se violenta la litis cerrada, y la defensa del imputado.

Es decir, ¿por qué la acción penal comienza a concretizarse con la vinculación? Ya que en ese momento queda abierta la instancia para la presentación del caso ante los tribunales, ¿cuál caso? concretamente el que se conforma con los hechos punibles por los cuales se ejercitó la acción y que quedan fijados en la vinculación como inicio del proceso penal. Esto es así, ya que la vinculación a proceso produce efectos concretos:³⁸ sujetar al imputado al proceso; es decir, provocar que tenga conocimiento de que existe la investigación y ejerza su derecho de defensa e investigación en esta etapa; *fijar los hechos punibles por los que continuará el proceso, con el fin de que se prepare la acusación con información complementaria, pero también la defensa comience con su formulación de hipótesis o teorías del caso, y busque la evidencia que apoye sus versiones*; y también esta fijación de hechos punibles ayudar a tomar decisiones sobre medios alternos de solución del conflicto, o la continuación del proceso.

La segunda pregunta que debemos responder es cuándo queda concretizada en forma definitiva la acción penal; es decir, en qué momento se hace la propuesta final del caso para su presentación ante el tribunal; y esto ocurre con la formulación de la acusación y la fijación del caso en la etapa intermedia.

La fase Intermedia o de preparación del juicio oral, es la segunda etapa del procedimiento penal acusatorio, y comprende los actos procesales realizados desde la formulación de la acusación hasta el dictado del auto de apertura del juicio oral. Tiene como objetivo que, una vez formulada la acusación, el juez o jueza de control en función de preparación resuelva cualquier incidencia previa al juicio oral; precise los hechos que se darán por ciertos y no serán discutidos o sujetos a debate, por acuerdo de las partes; *depure y establezca aquellos hechos punibles que serán materia de las teorías del caso de acusación y defensa en el juicio oral*; vigile el ofrecimiento

³⁸ Morales Brand, José Luis Eloy. "Juicio...", *op. cit.*, p. 420.

de los medios de prueba y admita solamente los que sean válidos; y resuelva sobre la posibilidad de terminar anticipadamente el proceso. En síntesis, lo que se busca en esta etapa es depurar todos los vicios y errores del procedimiento que puedan ser subsanados, para que el Tribunal de Juicio oral se dedique exclusivamente en recibir la prueba, analizar el hecho punible y determinar si existe o no el delito, y si la persona acusada es o no culpable, y en su caso imponga las sanciones, sin distraerse en otros temas que no se relacionen con el fondo del asunto.³⁹

De acuerdo con el artículo 335 del Código Nacional Procesal mexicano, el Fiscal formulará acusación para iniciar la etapa intermedia, y en ella plasmará la Teoría del Caso definitiva del ejercicio de su acción; es decir los hechos punibles por los que acusa a una persona, con congruencia a los hechos y personas señaladas en el auto de vinculación a proceso. Relacionado con lo que previamente expuse en el sentido de que en los sistemas acusatorios el caso se fija hasta la acusación, este artículo permite que se haga una clasificación jurídica distinta a la indicada en la vinculación a proceso, siempre y cuando no modifique los hechos punibles y se informe oportunamente al imputado para que ejerza su derecho de defensa. Esta sería la única opción Constitucional y Convencionalmente válida para reclasificar la figura jurídica, ya que la defensa no se vería afectada como se expone a continuación.

Dentro de la etapa intermedia o de preparación, el Código Nacional incluye un apartado de “descubrimiento probatorio” (artículo 337), similar a los procedimientos penales colombianos⁴⁰ y estadounidenses⁴¹. El descubrimiento probatorio implica la obligación de las partes de dar a conocer toda la información o medios de prueba que intentan llevar a juicio.

En estricto sentido, el descubrimiento es la obligación de las partes de mostrar sus pruebas, para lograr el cumplimiento efectivo de la publicidad, la igualdad y la contradicción;⁴² por lo que tales datos estarán descubiertos desde que el imputado se encuentra detenido, o cuando se le cite para ser entrevistado o iniciar la investigación formalizada. Este descubrimiento probatorio se hace en forma constante y continua durante todo el procedimiento, no solo en la etapa intermedia, al existir la “prohibición de la sorpresa injusta”, que implica el aportar argumentos, fundamentos

³⁹ Morales Brand, José Luis Eloy. “Proceso...”, *op. cit.*, p. 183.

⁴⁰ En la fase de transición, los extremos del debate (acusador y acusado) ya están preparados y se presentan ante el Juez o Jueza para aproximarlos al objeto de la discusión y definir la dinámica de desarrollo del juicio. Las partes descubren los elementos de convicción recaudados durante la investigación y se define cuáles de ellos tienen aptitud legal y pertinencia para llevarlos al juicio. CEJA, Reporte Sobre el Estado de la Justicia en las Américas, 3ª edición, 2006-2007. <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol>

⁴¹ El fiscal debe descubrir no solo las pruebas o informaciones exculpatorias, sino además otros tipos de evidencias, incluso declaraciones del acusado, sus antecedentes, etc. Avella Franco, Pedro. *Estructura del proceso penal acusatorio*. Fiscalía General de la Nación. Primera Edición. Colombia, 2007, p. 35.

⁴² Morales Brand, José Luis Eloy. “Proceso...”, *op. cit.*, p. 186.

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

e información que no estuvieron a disposición oportuna de las partes para su preparación en el procedimiento.

Así, la acción penal queda concretizada en forma definitiva al momento de presentarse la acusación y hacerse el descubrimiento probatorio, pues con ello se hace la propuesta final del caso para su presentación, junto con determinada evidencia, ante el tribunal del juicio.

Al concretizarse la acción, el imputado y su defensa conocen la versión final de los hechos punibles, así como la evidencia en la que se sustentará lo que pretende el fiscal. De hecho, la falta de acusación y su indebida presentación por falta de fijación o variación de los hechos punibles, provocará el sobreseimiento del caso, ya que no se concretiza la acción por los hechos que motivaron el proceso en la vinculación. También, cualquier medio de prueba que se ofrezca fuera del tiempo específico que se tiene para ello (salvo prueba superveniente o nueva), será excluido por ilegal incorporación, lo cual opera a cualquiera de los sujetos procesales.⁴³ Lo mismo ocurrirá por la falta de descubrimiento probatorio en tiempo (inmediatamente después de presentarse el escrito de acusación), pues esto no es un vicio formal subsanable en el proceso, al no existir disposición normativa que así lo permita, y además violentar la publicidad y generar “sorpresa injusta” al no conocerse los elementos de prueba y su contenido para poder responder a las acusaciones y prepararse para el debate en audiencia.⁴⁴

Con lo anterior tengo sustento para afirmar que la reclasificación del delito en el juicio oral es un fraude de etiquetas para permitir la absolución de la instancia.

Si bien la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recientemente resolvió que la facultad de reclasificar el delito en el alegato de apertura no genera incertidumbre ni desigualdades, ya que el acusado tiene la oportunidad de ser escuchado sobre la reclasificación, y además puede suspenderse la audiencia para ofrecer nuevas pruebas o separar su defensa,⁴⁵ también lo es que el problema de la vulneración a la defensa no es por el motivo de ser escuchado o simplemente aportar evidencia, sino de permitirle al Fiscal que se separe de la acción penal concretizada,

⁴³ **OFRECIMIENTO DE MEDIOS DE PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. EL QUE REALIZA EL IMPUTADO RESPECTO DE AQUELLOS QUE PRETENDA DESAHOGAR EN JUICIO ORAL, DEBE FORMULARLO EN LA FASE ESCRITA DE LA ETAPA INTERMEDIA DENTRO DE LOS DIEZ DÍAS SIGUIENTES A QUE FENEZCA EL PLAZO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 340, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES PUES, DE LO CONTRARIO, DEBEN EXCLUIRSE.** Época: Décima Época, Registro: 2020653, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 70, Septiembre de 2019, Tomo III, Materia(s): Penal, Tesis: I.9o.P.252 P (10a.), página: 2039.

⁴⁴ Lo mismo ocurre en el juicio oral cuando un testigo aporta información que no se encuentra en los registros de sus entrevistas, pues se trata de un descubrimiento fuera de tiempo, que no permitió preparar la forma de refutarlo o controvertirlo, anulando la declaración del testigo por falta de credibilidad, siempre y cuando se realice técnica de evidencia contradicción por omisión en la audiencia de juicio.

⁴⁵ Amparo directo en revisión 2489/2023. Primera Sala. Sesión de 18 de octubre de 2023.

y reformule una nueva acción por la que no existe proceso, y ante las propuestas de defensa ya descubiertas y que evidencian la falta de datos para sostener la acusación, lo que es una absolución de la instancia disfrazada.

En primer término, debemos recordar que la afectación de derechos debe contar con autorización constitucional, y la permisión de reclasificación de los hechos delictivos en alegatos de apertura y clausura (artículo 398 del Código Nacional procesal) no tiene sustento constitucional, y se alejan de la garantía de litis cerrada prevista en el artículo 19 de la Carta Magna.

Por otro lado, la Fiscalía, una vez que la defensa muestre sus armas (evidencias, estrategias de defensa y teoría del caso), podrá variar la clasificación, y en consecuencia el hecho punible, para evitar que se evidencie la carencia de sustento de su acusación, tantas veces sea posible mientras no se cierre la audiencia de juicio (disfrazando una clara violación a la prohibición de absolución de instancia del artículo 23 constitucional); con la supuesta posibilidad de que la defensa pida la suspensión de la audiencia para prepararse de esa sorpresa injusta y sin sustento constitucional.

La reclasificación permitida en los alegatos de apertura y, con mayor gravedad, en alegatos de cierre, no permite el ejercicio adecuado de la garantía de defensa, ni provoca certeza jurídica en un imputado que se convierte en conejillo de indias de la Fiscalía, que tendrá más de una oportunidad para variar su acusación, hasta lograr una sentencia de condena, sin que se dé una oportunidad realmente igualitaria para la defensa del acusado.⁴⁶ De hecho, lo que se está permitiendo es utilizar el ejercicio del derecho de defensa del acusado en su perjuicio, obligándolo a no defenderse con tal de que el acusador no tenga oportunidad de variar los hechos cada que la defensa realice su función; algo similar a lo que ocurre con los argumentos que pretenden castigar el ejercicio del derecho de impugnación del procesado con la prolongación de su prisión preventiva.⁴⁷

Se insiste en que reclasificar jurídicamente un hecho, no es simplemente cambiar un fundamento legal, pues el hecho punible se integra por un resultado, una conducta, el nexo, y los factores que concurren en su existencia. Reclasificar, es una

⁴⁶ En sistemas acusatorios consolidados, si la Fiscalía quiere variar la acusación, no puede hacerlo unilateralmente, pues la defensa debe estar de acuerdo en la nueva clasificación.

⁴⁷ **PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. PROCEDE REVISAR SU DURACIÓN EN EL PLAZO DE DOS AÑOS, A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, FRACCIÓN IX, CONSTITUCIONAL Y, EN SU CASO, DETERMINAR SI CESA O SE PROLONGA SU APLICACIÓN.** Instancia: Primera Sala, Undécima Época, Materias(s): Penal, Tesis: 1a./J. 32/2022 (11a.), Tipo: Jurisprudencia, Registro digital: 2024608. También en **Corte Interamericana de Derechos Humanos**: Caso Lopez Alvarez vs Honduras (sentencia 1 de febrero de 2006); Caso Bayarru vs Argentina (sentencia de 30 de octubre de 2008); Caso Argüelles y otros vs Argentina (sentencia de 20 de noviembre de 2014); Caso Rosadio Villavicencio vs Perú (sentencia de 14 de octubre de 2019); Caso Jenkis vs Argentina (sentencia de 26 de noviembre de 2019); Caso Romero Feris vs Argentina (sentencia de 15 de octubre de 2019); y Caso Hernández vs Argentina (sentencia de 22 de noviembre de 2019).

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

variación no sólo de un artículo, sino de un hecho específico, mismo que provocará una variación de una estrategia de defensa, y quedará ilustrado el este ejemplo: el prepararme para defenderme y aportar pruebas contra una conducta de apoderamiento de un objeto, no es igual que defenderme de una entrega libre del objeto y una distracción posterior, o una entrega a través del engaño.

Se trata entonces de un fraude de etiquetas para desistirse de la instancia y reformular la acción, cuando a la luz de la evidencia el Fiscal sabe que va a perder el asunto. Esto evidencia una carencia técnica en la parte que acusa, y un apoyo a esa deficiencia por el tribunal de juicio oral, violentando la igualdad, la imparcialidad, la contradicción, la defensa, y la certeza jurídica. La permisión de variación de la clasificación del hecho delictivo, incluso en los alegatos de cierre, además de retardar el procedimiento y los términos constitucionales de juzgamiento, implica una sorpresa injusta al aportar argumentos y fundamentos que no estuvieron a disposición oportuna del defensor, y por lo mismo no se puede preparar su refutación adecuadamente, cuando el fiscal tuvo todo el tiempo de la investigación, preparación, y la fase de juicio para proponer una reclasificación, mientras sólo se darán hasta diez días al defensor, para contestar el nuevo cargo no fijado en la vinculación a proceso.

Estas diversas y nuevas oportunidades de la Fiscalía, confirman que se trata de datos y argumentos no conocidos por el imputado y su defensor, que se traducen en restricción de sus derechos contradicción. De hecho, sólo deberían permitirse las reclasificaciones si el acusado está de acuerdo con la variación, en virtud de la incongruencia de la evidencia con los hechos alegados por el acusador, ya que se entiende que esa “nueva” clasificación existía desde los inicios del proceso; es decir, esa “nueva” clasificación de hecho punible no es nueva, pues es el hecho punible es mismo desde el inicio del procedimiento, pero por error del fiscal ha sido indebidamente clasificado.⁴⁸

En consecuencia, ante la prohibición constitucional de absolver la instancia y la contradicción con las disposiciones normativas del Código Nacional procesal, se considera que deben prevalecer los contenidos de la parte final del artículo 316 y el diverso numeral 318, con base al principio pro homine que garantiza la litis cerrada, igualdad y defensa; y no permitir la variación posterior, y constante, de los hechos punibles materia del juicio, con tal de lograr una condena, basándose en el ejercicio de defensa del acusado.

VI. CONCLUSIONES

Aunque muchos afirmen que ya no estamos en un proceso de implementación sino de consolidación y evaluación del sistema penal acusatorio mexicano, en lo personal veo que la implementación sigue sin darse, ya que a pesar de las modificaciones normativas, los “nuevos” recursos humanos y económicos, y los diversos sistemas de

⁴⁸ López Vilanova, Jocelyn. “Procedimiento criminal”. Ediciones Situm, Puerto Rico, 2013, pp. 94 y 124.

gestión, en la práctica del sector operativo del Sistema Penal se sigue repitiendo los criterios del modelo inquisitivo y se permite que los involucrados se conviertan en objetos del proceso, y que las deficiencias de los sujetos procesales acusadores sean subsanadas en cualquier momento, con tal de “evitar” la “impunidad”.

A pesar de que el nuevo modelo procesal penal acusatorio trata de garantizar el mayor ejercicio de las libertades frente a su menor afectación, se siguen generando normas e interpretaciones que buscan mantener vigente las disposiciones del modelo inquisitivo, con la validación de actividades ilícitas con tal de lograr la afectación de los derechos de las personas acusadas en los procesos. Una de esas figuras es permitir la reclasificación del delito en alegatos de apertura o clausura, una vez que la defensa ha mostrado sus cartas, y la fiscalía se ha dado cuenta que no podrá sostener su acusación acorde al delito propuesto, y en consecuencia la absolución es evidente, ya que el hecho no encuadrará en el delito atribuido, y por ello el “desistirse de la instancia” a través de la figura de reclasificación, usando el derecho de defensa en perjuicio del propio acusado para lograr su condena a toda costa.

Ante estas reales incertidumbres personales donde las causas penales quedaban abiertas de forma indefinida hasta en tanto el acusador pudiera “ganar” el caso, es que en México contamos con la garantía de prohibición de absolución de la instancia, por lo que se deberá absolver o condenar, ya sea mediante sentencia de juicio oral, procedimiento abreviado, o cualquier otra determinación que decrete el sobreseimiento con base al no ejercicio de la acción penal, la falta de acusación, el cumplimiento de salidas alternas o el desistimiento de la acción penal, con efectos de absolución, sin permitirse que el acusador se reserve la acción y la retire, o se le dejen “a salvo sus derechos” para ejercerla nuevamente.

La cuestión es que en México la prohibición de absolver la instancia está permitida por el Código Nacional de Procedimientos Penales de forma enmascarada con la reclasificación del delito en el juicio oral, cuando el Fiscal puede variar la clasificación delictiva tanto en el alegato de apertura o el de cierre, pues técnicamente lo que está realizando es desistirse de las instancias de la acción plasmada en acusación previa por un delito determinado, y la reformula en otros delitos con la finalidad de ganar a toda costa. La Fiscalía, una vez que la defensa muestre sus armas (evidencias, estrategias de defensa y teoría del caso), podrá variar la clasificación, y en consecuencia el hecho punible, para evitar que se evidencie la carencia de sustento de su acusación, tantas veces sea posible mientras no se cierre la audiencia de juicio (disfrazando una clara violación a la prohibición de absolución de instancia del artículo 23 constitucional); con la supuesta posibilidad de que la defensa pida la suspensión de la audiencia para prepararse de esa sorpresa injusta y sin sustento constitucional.

La reclasificación permitida en los alegatos de apertura y, con mayor gravedad, en alegatos de cierre, no permite el ejercicio adecuado de la garantía de defensa, ni provoca certeza jurídica en un imputado que se convierte en conejillo de indias de la Fiscalía, que tendrá más de una oportunidad para variar su acusación, hasta lograr

¿Reclasificar el delito en juicio oral? Fraude de etiquetas para absolver...

una sentencia de condena, sin que se dé una oportunidad realmente igualitaria para la defensa del acusado. De hecho, lo que se está permitiendo es utilizar el ejercicio del derecho de defensa del acusado en su perjuicio, obligándolo a no defenderse con tal de que el acusador no tenga oportunidad de variar los hechos cada que la defensa realice su función; algo similar a lo que ocurre con los argumentos que pretenden castigar el ejercicio del derecho de impugnación del procesado con la prolongación de su prisión preventiva.

Reclasificar jurídicamente un hecho, no es simplemente cambiar un fundamento legal, pues el hecho punible se integra por un resultado, una conducta, el nexo, y los factores que concurren en su existencia. Reclasificar, es una variación no sólo de un artículo, sino de un hecho específico, mismo que provocará una variación de una estrategia de defensa, y quedará ilustrado el este ejemplo: el prepararme para defenderme y aportar pruebas contra una conducta de apoderamiento de un objeto, no es igual que defenderme de una entrega libre del objeto y una distracción posterior, o una entrega a través del engaño.

Se trata entonces de un fraude de etiquetas para desistirse de la instancia y reformular la acción, cuando a la luz de la evidencia el fiscal sabe que va a perder el asunto. Esto evidencia una carencia técnica en la parte que acusa, y un apoyo a esa deficiencia por el tribunal de juicio oral, violentando la igualdad, la imparcialidad, la contradicción, la defensa, y la certeza jurídica. La permisón de variación de la clasificación del hecho delictivo, incluso en los alegatos de cierre, además de retardar el procedimiento y los términos constitucionales de juzgamiento, implica una sorpresa injusta al aportar argumentos y fundamentos que no estuvieron a disposición oportuna del defensor, y por lo mismo no se puede preparar su refutación adecuadamente, cuando el fiscal tuvo todo el tiempo de la investigación, preparación, y la fase de juicio para proponer una reclasificación, mientras sólo se darán hasta diez días al defensor, para contestar el nuevo cargo no fijado en la vinculación a proceso.

En consecuencia, ante la prohibición constitucional de absolver la instancia y la contradicción con las disposiciones normativas del Código Nacional procesal, se considera que deben prevalecer los contenidos de la parte final del artículo 316 y el diverso numeral 318, con base al principio pro homine que garantiza la litis cerrada, igualdad y defensa; y no permitir la variación posterior, y constante, de los hechos punibles materia del juicio, con tal de lograr una condena, basándose en el ejercicio de defensa del acusado.

VII. FUENTES

Amparo directo en revisión 2489/2023. Primera Sala. Sesión de 18 de octubre de 2023.

Anitua, Gabriel Ignacio. "Historias de los pensamientos criminológicos". Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2005.

- Avella Franco, Pedro. *Estructura del proceso penal acusatorio*. Fiscalía General de la Nación. Primera Edición. Colombia, 2007.
- Bergalli, Roberto. "El pensamiento criminológico". Vol. II Editorial Temis, Colombia, 1983.
- Carmona Tinoco Jorge Ulises. "Derechos del pueblo mexicano". Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016.
- CEJA, Reporte Sobre el Estado de la Justicia en las Américas, 3ª edición, 2006-2007. <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol>
- Corte interamericana de Derechos Humanos. Sentencias.
- Escobar Roca, Guillermo. "Derechos humanos", cátedra dentro del curso Democracia y Derechos Humanos, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. "Teoría del garantismo penal". Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- García-Pablos de Molina, Antonio. "Tratado de criminología". Tirant lo blanch; Valencia, 2003.
- Horvitz, María Ines. "Derecho procesal penal chileno". Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2004.
- . "Derecho procesal penal chileno". Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2004.
- López Vilanova, Jocelyn. "Procedimiento criminal". Ediciones Situm, Puerto Rico, 2013.
- Mir Puig, Santiago. "Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995–", Editorial B de F, Argentina, 2006.
- Morales Brand, José Luis Eloy. "Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación". Troispublient, México, 2018.
- . "Proceso penal y tutela de derechos. Audiencias, privacidad y medios de comunicación". Tirant lo blanch, México, 2022.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. "Fundamentos del derecho penal económico". México: Ángel Editor, 2004.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia y tesis aisladas.
- Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.
- Zamora Pierce, Jesús. "Garantías y proceso penal". Porrúa, México, 1996.