

Revista Mexicana de Ciencias Penales

ISSN 0187-0416

Año 2

Número 6

octubre-diciembre de 2018

\$100.00

Seguridad y terrorismo



- Las fuerzas armadas y sus funciones policiales
Israel Alvarado Martínez
- Terrorismo y proceso penal acusatorio en México
Arturo de Villanueva Martínez Zurita
- La declaración de Doha. A tres años
Luis Rodríguez Manzanera
- Credibilidad del testimonio en casos de abuso sexual infantil
Denise Meade Gaudry



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES es una publicación del INACIPE, cuyo objetivo es dar a conocer investigaciones, análisis, reflexiones y opiniones acerca de las ciencias penales en México y en el mundo. En esta revista se dan cita los autores más reconocidos en estas disciplinas.

Año 2 • Número 6 • octubre-diciembre de 2018
ISSN 0187-0416



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

CONTENIDO

Carta editorial _____ VII

TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS ACTUALES

Israel Alvarado Martínez

● *Las fuerzas armadas y sus funciones policiales. Fuero de guerra, guardia costera, apoyo a las autoridades civiles y operaciones para el mantenimiento de la paz* _____ 3

Arturo de Villanueva Martínez Zurita

● *Terrorismo y proceso penal acusatorio en México* _____ 39

Eduardo Alberto Herrera Montes y

Alberto Herrera Pérez

● *Reflexiones en torno a la Ley de Seguridad Interior* _____ 59

Manuel Jorge Carreón Perea y

Jerónimo del Río García

● *¿Derechos humanos y terrorismo?* _____ 83

RETOS EN LA PROCURACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Martín Alejandro Paz Campos

● *Análisis jurídico del terrorismo en el México posmoderno* _____ 97

José Andrés Sumano Rodríguez

● *La medición del desempeño de los programas de seguridad ciudadana en México* _____ 111

Moisés Omar Ramírez Torres

- *Artículo 19 Constitucional y vinculación a proceso* _____ 129

Héctor Ivar Hidalgo Flores

- *La investigación penal en la era digital.
A propósito del caso carpenter vs. Estados Unidos* _____ 155

VISIONES PARA EL FUTURO

Luis Rodríguez Manzanera

- *La Declaración de Doha. A tres años* _____ 177

Denise Meade Gaudry

- *Credibilidad del testimonio en casos de abuso sexual infantil* _____ 189

ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL Y VINCULACIÓN A PROCESO

© Moisés Omar Ramírez Torres*

*Maestro en Ciencias Jurídico Penales por la Universidad de Guanajuato.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

- Derechos humanos
- Terrorismo
- Violación a derechos humanos
- Protección a derechos humanos

Human rights

Terrorism

Human rights violation

Human rights protection

Resumen. El auto de vinculación a proceso se encuentra fundamentado en el artículo 19 constitucional, el cual establece que para que opere es necesario expresar el hecho que se impute al acusado, el lugar, el tiempo y circunstancias de ejecución.

Pero ¿qué se entiende por el auto de vinculación a proceso?, ¿qué diferencia existe entre este y el auto de formal prisión? Este artículo busca dar algunas respuestas a tales preguntas.

Abstract. The auto linking process is in founded in the constitutional article 19, which establishes that for it to operate it's necessary to express the fact that the defendant is charged, the place, the time and circumstances of execution. But what is meant by linking process? What difference exists between this and the formal prison? This article seeks to give some answers to such questions.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Preceptos constitucionales y legales que reglamentan el auto de vinculación a proceso. III. La dogmática penal en la discusión del enunciado constitucional: "hecho que la ley señala como delito". IV. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la interpretación jurisprudencial actual. V. Propuesta de reforma al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. VI. Nuestra postura. VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué es lo que debemos entender por *hecho* en lo que la ley señala como delito?

La probabilidad de la que habla la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 19, ¿qué autoriza?

El fundamento del auto de vinculación a proceso en el nuevo sistema de justicia penal emana de lo previsto en el artículo 19 constitucional. A partir de ahí, los estatutos secundarios reglamentan, o intentan reglamentar, dentro de los límites constitucionales otorgados por la norma fundamental, los requisitos y situaciones por los cuáles una persona puede y debe ser

vinculada a proceso. Lo cierto es que la Constitución no define el hecho, no define el delito y tampoco menciona en qué ley debemos encontrar su definición. Nuestro problema nos lleva a cuestionar: ¿Qué se entiende o debe entenderse por "hecho que la ley señala como delito"? ¿qué es el hecho?, ¿en qué ley se encuentra señalado como delito?, ¿cuál es esa ley en la que se señala el delito? y ¿qué es delito?

II. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGLAMENTAN EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

A. ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo primero establece:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado fue puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito, y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

B. CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Artículo 311. Procedimiento para formular la imputación:

Una vez que el imputado esté presente en la audiencia inicial, por haberse ordenado su comparecencia, por haberse ejecutado en su contra una orden de aprehensión o ratificado de legal la detención y después de haber verificado el Juez de control que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del procedimiento penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, se ofrecerá la palabra al agente del Ministerio Público para que este 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, salvo que, a consideración del Juez de control sea necesario reservar su identidad en los supuestos autorizados por la Constitución y por la ley.

El Juez de control a petición del imputado o de su Defensor, podrá solicitar las aclaraciones o precisiones que considere necesarias respecto a la imputación formulada por el Ministerio Público.

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 establezcan 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.

C. LEY DEL PROCESO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

Requisitos para pronunciar auto de vinculación a proceso:

A petición del Ministerio Público, el Juez de Control decretará la vinculación a proceso del inculcado, cuando se reúnan los siguientes requisitos:

Artículo 282.

I. Que se haya formulado la imputación e informado al inculcado su derecho a declarar o abstenerse de hacerlo, y en su caso, que se le haya dado oportunidad para declarar;

II. Que de los antecedentes de la investigación preliminar expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el inculcado lo cometió o participó en su comisión;

III. Que en la resolución se exprese el delito que se impute al inculcado, lugar, tiempo y circunstancias de su ejecución; y

IV. Que no se encuentre demostrado una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de delito.

III. LA DOGMÁTICA PENAL EN LA DISCUSIÓN DEL ENUNCIADO CONSTITUCIONAL: "HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO"

Hay autores quienes, a mi consideración, abordan con mayor profundidad el tema y apuntan que la Constitución se refiere a lo que en el código penal se establece como tipo penal o hipótesis típica, dejando de

lado, que, para hablar de delito, no solo se requiere de la actualización del tipo, además de otras tantas categorías como se ha expuesto.

En este sentido Díaz Aranda, señala:

El problema es tan importante que, después de diversas investigaciones previas, me dediqué dos años extras exclusivamente a su estudio y análisis en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, en Friburgo, Alemania, para llegar a la conclusión de que el hecho que la ley señala como delito es propiamente el hecho prohibido por el Derecho penal, ello se basa en una interpretación sistemática, histórica y teleológica del sistema jurídico mexicano. Así, el hecho prohibido por la ley penal se puede identificar con claridad si lo visualizamos desde la perspectiva de la víctima y/o sujeto pasivo, por ejemplo, el hecho que la ley prohíbe en un homicidio es el que: una persona sea privada de la vida; en el robo: el que una persona sea despojada de su bien sin su consentimiento; en la violación: el que a una persona le sea imputada la copula por medio de la violencia física o moral sin su consentimiento, etc. Por otra parte, será al momento de determinar quién cometió el delito cuando se analice si el imputado/acusado realizó la conducta (acción u omisión) típica (con sus tres elementos: objetivos, normativos y subjetivos) antijurídica y culpable, si comprobamos lo anterior podremos sostener que el acusado cometió el delito, pero si falta alguna de las tres categorías (por alguna causa de atipicidad, justificación o inculpabilidad) deberá absolverse, pero esto último no excluye el hecho prohibido por la ley penal. Los alcances de la

propuesta anterior se pueden establecer con el siguiente ejemplo: si una persona fue privada de la vida (hecho prohibido) por un niño de diez años, éste último deberá quedar absuelto, pese a que cometió la conducta típica y antijurídica, por una excluyente de la culpabilidad, pero ello no excluiría la condena de quienes participaron (coautores, autores mediatos, partícipes, etc.) en la comisión del injusto (Díaz Aranda, 2015: 622).

José Daniel Hidalgo Murillo, al referirse al 19 constitucional y la audiencia de vinculación a proceso, sobre los hechos que imputa el Ministerio Público, señala:

Si al Formular Imputación el Ministerio Público no acusa un hecho que se adecue a un tipo penal no se puede continuar con la audiencia (Hidalgo Murillo, 2015: 99).

El mismo Hidalgo Murillo precisa, en otra de sus obras, que:

Algunos consideran casi imposible comprobar el hecho con datos de prueba. Considero, con todo respeto, que el hecho y la probable participación se puede comprobar, a título de probabilidad como se exige para la orden de aprehensión y la vinculación a proceso, con un solo testigo, posiblemente con la sola denuncia, siempre y cuando, los jueces de Distrito –en amparo directo– y los Tribunales de Circuito –en amparo indirecto– no quieran exigir sentencia donde la ley requiere un simple auto.

Desde una teoría de la prueba, la definición de hecho delictivo no deja de ser importante porque, por un lado supera el

concepto de "cuerpo del delito" y, por otro lado, es la frase que para el delito como adecuación de la conducta al tipo penal utiliza la Constitución Federal después de la reforma de junio del 2008. Debo aclarar, sin embargo, que la prueba demuestra la existencia del hecho, en tiempo, modo, lugar y circunstancias. Queda luego por demostrar si esa conducta se subsume al tipo penal (Hidalgo Murillo, 2013: 56-58).

El citado autor, bajo las premisas transcritas, concluye que la frase "hecho que la ley señala como delito" exige determinar probatoriamente un hecho, solo así surge más propiamente el concepto de tipo penal. Señala que el 19 constitucional exige la comprobación del hecho para luego debatir y comprobar que se trata de una conducta típica y antijurídica.

Miguel Ángel Ruíz Sánchez precisa, sobre el "hecho señalado por la ley como delito", después de separar los requisitos de fondo del 19 constitucional en existencia del hecho en el mundo real, que el hecho sea señalado por una ley como delito, que el hecho se haya cometido por el indiciado, o bien, que exista la probabilidad de que el indiciado participó en el hecho, lo siguiente:

En cambio, el hecho que la ley señalado por una ley como delito, es aquel acontecimiento previsto hipotéticamente en una norma que protege el bien jurídico preponderante a favor de las personas

físicas y morales, de la naturaleza o de animales, cuya norma contiene una sanción privativa de libertad, multa y reparación del daño, aplicable o exigible al que lo cometió o participó en él (Ruíz Sánchez, 2016: 22).

De esa forma, al analizar los requisitos del auto de vinculación a proceso, de acuerdo a lo que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, concluye que:

De lo anterior desprendemos, que para dictar un auto de vinculación a proceso el Juez de control no debe atender a los elementos del tipo penal (objetivos, normativos y en su caso subjetivos) ni a la justificación de la probable responsabilidad del imputado, más bien únicamente a la existencia del hecho señalado por la ley como delito y a la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión (CNPP: 299 y 300).

Culmina citando la tesis jurisprudencial bajo el rubro y datos de ubicación como sigue:

Primer Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, amparo en revisión 22/2010, con fecha 16 de abril de 2010, por unanimidad de votos, decima época, registro: 160330:

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, SINO QUE SOLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO YA LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO

COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).

Alfredo Dagdug Kalife, al referirse al auto de vinculación a proceso y sus requisitos, señala:

Si el Juez de Control, dicta un auto de vinculación a proceso, ello significará que para el citado órgano jurisdiccional si es razonable continuar con la investigación, pues derivado de las fuentes de prueba que hasta ese momento obran en la causa, haciendo un juicio de probabilidad, debido a que se desprende que es probable que se ha cometido un hecho delictivo y que el inculcado lo realizó o participó en el mismo y, por ende, es razonable continuar con la investigación criminal (Dagdug Kalife, 2016).

Hesbert Benavente Chorres (2018), cuando se ocupa de los requisitos para emitir un auto de vinculación a proceso, sobre el hecho que la ley señala como delito, dice:

Por otro lado, estos datos de prueba, en el caso concreto de la solicitud del auto de vinculación a proceso, deberán referirse, en primer lugar, a la existencia de un *hecho delictuoso*.

En ese escenario, la autoridad ministerial deberá identificar los elementos objetivos, subjetivos y normativos señalados en el tipo penal que, de acuerdo con su análisis, encuadra la conducta del imputado. En ese orden de ideas deberá explicarlos al órgano jurisdiccional y detallar el contenido de aquellos datos de prueba que establecerá la existencia de los citados elementos.

IV. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL

Tesis: XXVII.3o.20 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 19 de febrero de 2016.

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA QUE EL JUEZ DE CONTROL PUEDA DETERMINAR SI EL HECHO IMPUTADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO AL ACUSADO ES O NO CONSTITUTIVO DE DELITO, DEBE ANALIZAR LOS ELEMENTOS DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL ILÍCITO CORRESPONDIENTE, ESTO ES, SUS ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS.

De la interpretación armónica de los artículos 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 316, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales, se colige que para el dictado de un auto de vinculación a proceso, es necesario que de los antecedentes de investigación expuestos por el Ministerio Público se adviertan datos de prueba (indicios razonables) que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Ahora bien, lo anterior no puede lograrse sin antes determinar el delito, es decir, la conducta típica, antijurídica y culpable prevista por el legislador como merecedora de una sanción penal. Esto es así, porque si no se establece con precisión el ilícito con todos los elementos normativos y subjetivos específicos que lo integran, esa circunstancia provoca que no se esté en aptitud de determinar si el hecho extraído de los datos de prueba encuadra como delito, pues es necesario

que el Juez de control conozca cuál es el ilícito materia de la imputación, lo que implica -inmediata o intrínsecamente- que éste efectúe un análisis de los elementos de la descripción típica del delito correspondiente, esto es, sus elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos previstos en la ley, que le permitan calificar si los hechos que el Ministerio Público imputa al acusado son o no constitutivos de delito y, posteriormente, determinar con base en aquéllos si se desprenden indicios razonables que permitan suponer que efectivamente se cometió, lo que no se logra, sin antes analizar los elementos mencionados; máxime que este estudio contribuye al respeto del derecho de defensa del inculcado y crea seguridad jurídica, incluso, conlleva que se prepare adecuadamente la defensa para desvanecer la imputación o la pena que pretenda imponerse en la etapa del juicio correspondiente.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 175/2015. 7 de septiembre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Ramón Rodríguez Minaya. Secretario: José Luis Orduña Aguilera.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de febrero de 2016 a las 10:15 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

Tesis: XVII.1o.P.A. J/25 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t 3, p. 1942.

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE

RESPONSABILIDAD DEL INculpado, SINO QUE SOLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).

De los artículos 16, tercer párrafo, 19, primer párrafo y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados el dieciocho de junio de dos mil ocho, se advierte que el Constituyente, en el dictado del auto de vinculación a proceso, no exige la comprobación del cuerpo del delito ni la justificación de la probable responsabilidad, pues indica que debe justificarse, únicamente la existencia de "un hecho que la ley señale como delito" y la "probabilidad en la comisión o participación del activo", esto es, la probabilidad del hecho, no la probable responsabilidad, dado que el proveído de mérito, en realidad, solo debe fijar la materia de la investigación y el eventual juicio. Consecuentemente, en el tratamiento metódico del llamado auto de vinculación a proceso, con el objeto de verificar si cumple con los lineamientos de la nueva redacción del referido artículo 19, no es necesario acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos, en el caso de que así los describa el tipo penal, es decir, el denominado cuerpo del delito, sino que, para no ir más allá de la directriz constitucional, solo deben atenderse el hecho o los hechos ilícitos y la probabilidad de que el indiciado los cometió o participó en su comisión; para ello, el Juez de Garantía debe examinar el grado de razonabilidad (teniendo como factor principal, la duda razonable), para concluir si se justifican o no los apuntados extremos, tomando en cuenta como normas rectoras, entre otras, la legalidad

(si se citaron hechos que pueden tipificar delitos e información que se puede constituir como datos y no pruebas), la ponderación (en esta etapa, entre la versión de la imputación, la información que la puede confirmar y la de la defensa), la proporcionalidad, lo adecuado y lo necesario (de los datos aportados por ambas partes) para el dictado de dicha vinculación.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 22/2010. 16 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 110/2010. 2 de julio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 147/2010. 19 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 267/2010. 13 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 282/2010. 27 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Juan Fernando Luévano Ovalle.

Nota: Por ejecutoria del 19 de septiembre de 2012, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 176/2012

derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que no son discrepantes los criterios materia de la denuncia respectiva.

En nuestra opinión, el máximo tribunal de la nación confunde los elementos del delito con los elementos del tipo, así mismo, da pauta a considerar que la probabilidad se da en los hechos, y por ende, en la actualización del delito cuando la probabilidad solo existe, según el texto constitucional y nuestra postura, en la figura de la autoría (comete) o participación.

V. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. (JUEVES 15 DE DICIEMBRE DE 2016 GACETA: LXIII/2PPO-71/68239)

(RUBRO: "LOS QUE SUSCRIBEN, CRISTINA DÍAZ SALAZAR, ANGÉLICA DE LA PEÑA GÓMEZ, FERNANDO YUNES MÁRQUEZ, ROBERTO GIL ZUARTH, DIMA HADAMIRA GASTÉLUM BAJO, ARMANDO RÍOS PITER, MARTHA TAGLE MARTÍNEZ, MARÍA DEL PILAR ORTEGA MARTÍNEZ, MARTHA ELENA GARCÍA GÓMEZ, MARIANA GÓMEZ DEL CAMPO GURZA, SYLVIA LETICIA MARTÍNEZ ELIZONDO, HÉCTOR DAVID FLORES ÁVALOS, ENRIQUE BURGOS GARCÍA, LILIA MERODIO REZA, RAÚL GARCÍA GUZMÁN, Senadoras y Senadores de la República

de la LXIII Legislatura del H. Congreso de la Unión (...) INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA, DEROGA Y ADICIONA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN MATERIA PENAL).

A. CONTENIDO DE LA INICIATIVA

Dentro de la iniciativa en cuestión, se propone eliminar por completo la figura de la vinculación a proceso.

Sin embargo, dentro las razones visibles en la exposición de motivos de la iniciativa en cuestión, no aparece la complejidad, aquí planteada, respecto al "hecho que la ley señala como delito" y la "probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión".

En el contenido de la iniciativa se aprecian como principales razones para eliminar la figura por completo de la vinculación a proceso:

1. El auto de vinculación a proceso se adhirió a las formalidades del antiguo auto de formal prisión del sistema tradicional, ajustándose al modelo constitucional del sistema inquisitivo.
2. Arroja resultados desalentadores para la evaluación del sistema, esto es:

- a) Vuelve a formalizar la investigación, la cual se consolida como una etapa más del procedimiento penal. El Código Nacional de Procedimientos Penales y la doctrina hablan de la investigación complementaria y su duración.
- b) Resulta innecesario que en un sistema procesal de corte acusatorio que descansa en una metodología de investigación no formalista y en el que la libertad durante el proceso es la regla, exista formalmente un plazo para que el juez determine el mérito de la investigación del Ministerio Público. Su existencia se traduce en la creación de un cuello de botella del sistema que produce ineficiencia en la persecución penal, y en consecuencia, impunidad.
- c) Produce retardos y audiencias prolongadas en las que los intervinientes, sobre todo el Ministerio Público, se limitan a leer constancias escritas para que el juez determine si la investigación tiene suficiente mérito. Existen casos en los que las audiencias llegan a durar 17 horas.
- d) En América Latina, con las reformas procesales desde la década de los 90, no tienen audiencias preliminares que decidan el mérito de la investigación del Ministerio Público.

- e) La investigación es una actividad desformalizada y cuando el Ministerio Público determina que no puede continuar con la investigación o su caso, sin que se ponga en riesgo la integridad del procedimiento o la salvaguarda de las víctimas, tiene la potestad de solicitar la aplicación de alguna medida cautelar a efecto de que el imputado comparezca ante la autoridad judicial.

Solo en esos casos, la parte acusadora debe justificar que existe información para vincular al imputado con un hecho y que se requiere la aplicación de alguna medida cautelar de carácter personal o real para salvaguardar la integridad de la información o la seguridad de las víctimas.

Bajo esas razones, afirman, el plazo que media entre la aplicación de la medida cautelar y la acusación formal de la parte acusadora se reduce considerablemente. Esa solución —eliminar la figura de vinculación a proceso— permite acortar los tiempos del procedimiento y limita la duración de la prisión preventiva.

5.2. EL HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO Y LA INICIATIVA

La iniciativa de reforma, bajo las razones apuntadas, propone la eliminación del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La consecuencia es que ello supondría eliminar el análisis, en audiencia inicial o de vinculación a proceso, de lo que hoy aún se establece como “hecho que la ley señala como delito” y “la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

Sin embargo, el problema subsiste, ya que se traslada al momento en que el Ministerio Público decide solicitar la aplicación de medidas cautelares, donde debe justificar la probabilidad de la existencia del hecho que la ley señala como delito y de la intervención de la persona en él.

En la iniciativa apuntada, se propone derogar, como ya se dijo, el primer párrafo del artículo 19, en tanto todos los relacionados con la prisión preventiva donde se agrega la aplicación de las medidas cautelares.

5.3. EL PROBLEMA NO SE RESUELVE

Es cierto que la iniciativa de reforma propone eliminar la figura de

vinculación a proceso. También es verdad que, en la eliminación de la figura en cuestión, no subsiste la audiencia en que deba justificarse (por el Ministerio Público) y analizarse (por el Juez de Control), el “hecho que la ley señala como delito” y la “probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

Pero la misma problemática, planteada en el presente estudio debe resolverse al momento en que, según la iniciativa, el Ministerio Público debe solicitar alguna medida cautelar.

Ahí, en ese momento procesal, de acuerdo a la exposición de motivos de la propuesta, debe analizarse la *probabilidad* del hecho y la intervención de la persona en él, bajo el mismo rango.

De esa forma:

1. Los retardos y audiencias prolongadas en las que los intervinientes, sobre todo el Ministerio Público, se limitan a leer constancias escritas para que el juez determine si la investigación tiene suficiente mérito. El problema subsiste y solo se traslada.
2. El juez debe ponderar la procedencia de las medidas con base en los requisitos señalados, por lo que su análisis debe realizarse

a la luz de lo que la "ley" considera delito.

Bajo ese esquema, la iniciativa de reforma, si bien elimina la figura de vinculación a proceso, traslada el problema a otro ámbito procesal, y no propone, aclara ni soluciona el tema relativo al hecho que la ley considera como delito, por el contrario, lo aumenta, al anteponer ahora la probabilidad en el hecho, dando razón al objeto del presente estudio respecto a la confusión existente y cómo y qué debe probar el Ministerio Público.

3. Se agrega un problema más, en el que la probabilidad se permite en el hecho, lo que implicaría que los datos de prueba por el Ministerio Público ni siquiera lleven a establecer con claridad el hecho que investiga.

Y se agrega la subjetividad, el estado de indefensión y la falta de seguridad jurídica. Es un tema al que corresponde un estudio diverso.

4. La resolución, consecuencia de la solicitud, será sin duda un acto de autoridad, una tarea que implica un ejercicio de contradicción, donde, al igual que el Ministerio Público, el destinado a la aplicación de la medida cautelar debe encontrar

métodos efectivos para la defensa de sus derechos, para contradecir la postura del Ministerio Público, en tanto, tener la oportunidad de allegar datos de prueba a su favor.

A lo anterior deben sumarse recursos efectivos, y, por involucrarse garantías individuales, debe darse la posibilidad de acudir ante la autoridad constitucional o de amparo.

5. Los hechos base para la solicitud, fijan la *litis* y no la acusación, como se propone en la iniciativa, si es que se desea salvaguardar la seguridad jurídica, la legalidad y el debido proceso.
6. Persiste el problema, en cuanto a descubrir cuál es el "hecho que la ley señala como delito", y se agrega uno más para descubrir si la *probabilidad* en el hecho violenta la garantía de seguridad jurídica.

VI. NUESTRA POSTURA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 19, aún exige como requisito de fondo para dictar un auto de vinculación a proceso los datos que establezcan que se ha cometido un "hecho que la ley señale como



delito". También sucede lo mismo en los preceptos 286 de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato y en los diversos 311 y 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Lo sustancial es: "hecho que la ley señala como delito". A partir de entonces, podremos establecer y analizar la existencia de la probabilidad de que alguien lo cometió o participó en su comisión.

A. HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO

¿A qué se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 19) cuando señala "hecho que la ley señale como delito"?

En el intento por entender el enunciado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *retomado* en las leyes que lo reglamentan (Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato y Código Nacional de Procedimientos Penales), es necesario acudir y conceptualizar cada palabra que utilizó el legislador para ese efecto, no desde un punto meramente personal o dogmático, sino a raíz de lo que la propia ley establece.

Por ello, lejos de coincidir con las opiniones de quienes analizan dicho requisito constitucional, incluidas las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

respecto al tema, y que nos hemos ocupado de citar en los apartados que preceden, consideramos que el análisis del enunciado requiere un estudio separado: hecho, su existencia, y que este sea señalado por la ley como delito.

B. HECHO

Para entrar en análisis del enunciado u oración constitucional "hecho que la ley señala como delito", es necesario dividirlo, como lo mencionamos, para su estudio.

Un hecho, por sentido común, es cualquier suceso que se ejecuta en la realidad que es provocado por el hombre, por los animales o por la naturaleza.

Una definición jurídica, eminentemente penal, nos lleva a la misma conclusión: "Un hecho, es un suceso de la realidad provocado por el hombre, por los animales o por la naturaleza". Lo que interesa al derecho penal, es *el hecho provocado por el hombre*. Ello implica que no todos los hechos de la vida diaria y del mundo en general son importantes para el derecho penal. Esa es la principal razón por la que la Constitución exige *que el hecho a tratar esté considerado como delito*.

Un hecho, para que nazca a la realidad, requiere de un ejecutor o ejecutores, siempre y cuando

provenga del hombre y no de la naturaleza. Por ejemplo: derramar una taza de café requiere de una conducta previa, como empujarla, tocarla, etc., si es que proviene de una acción humana. Pero, si tal suceso deviene por la naturaleza, podríamos suponer que esa taza de café se derramó a consecuencia de un terremoto, lo que nos lleva a concluir que no es un hecho provocado por el hombre.

Si el suceso deriva de una conducta humana, popularmente podríamos afirmar que esa conducta fue intencional o no intencional, es decir, de acción u omisión. Lo que en el ámbito del derecho penal se denomina jurídicamente como acción u omisión (como especie del género conducta, criterio dominante en la doctrina) dolosa o culposa.

Lo que interesa dejar claro es que a todo hecho le precede una conducta humana de hacer o de no hacer. Siempre y cuando, reitero, no esté involucrada la naturaleza. En la doctrina, la posición dominante considera que todo hecho que nace al mundo real procede del hombre o de la naturaleza.

En palabras de Porte:

Un hecho es el resultado de la conducta humana de hacer o no hacer. De esa forma nace al mundo real. Por hecho, entendemos a la conducta, el resultado y el nexa causal (Porte Petit, 2012).

Así, según Porte Petit, un hecho, como resultado material, es una consecuencia de la conducta (acción u omisión) y elemento constitutivo del hecho, y a su vez, es elemento material del delito cuando se describe un resultado material.

En su concepción, a la que nos unimos, un hecho que interesa al derecho penal nace de la conducta. Ese hecho a su vez constituye el resultado material, en su caso, que absorbe el tipo y así se convierte o es un elemento del delito, lo que podemos conocer como tipo.

De esa forma, la conducta es provocadora del hecho en la vida real, como lo hemos dicho, que a su vez puede conformar el resultado acaparado dentro del tipo penal.

Bien, bajo ese parámetro, el hecho es consecuencia de una conducta y no todo hecho puede estar señalado como delito por la ley, por lo cual, como se advierte, debe estudiarse qué es lo que la ley señala como delito.

C. EL HECHO Y SU EXISTENCIA

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como requisitos de fondo, establece, en primer término, que exista un hecho señalado por la ley como delito. La existencia del hecho, como ya se advierte, es



medular para analizar si ese hecho está o no considerado como delito. Desde la Constitución se advierte que, al menos en la etapa de investigación, debe establecerse o probarse, con datos de prueba, que ese hecho existe.

La probabilidad, contrario a lo que sostienen Hidalgo Murillo y Ruiz Sánchez y demás citados en el presente, *no se da en el hecho*, sino en diversa figura y en otro momento, como lo explicaré más adelante.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 19) y las normas secundarias que lo reglamentan exigen la existencia de un hecho señalado por la ley como delito y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

El texto constitucional no permite que los hechos tan solo sean probables. Son supuestos distintos. Es cierto que los datos de prueba, procesal y constitucionalmente, no son prueba jurídica propiamente hablando desde la perspectiva procesal. Un dato de prueba se convierte en prueba, hasta que sea desahogado en audiencia de juicio oral. Mientras tanto, los datos de prueba le sirven al Ministerio Público, para establecer, en la investigación inicial, que el hecho existe en el mundo real. En ese punto, *no se puede pensar que ese hecho ha de ser probable*, puesto que, insisto, nuestra Constitución

no señaló la probabilidad de la existencia del hecho.

Lo anterior, quiere decir que, en la investigación inicial, con determinado o sin él, el Ministerio Público debe avocarse a recabar todos los datos de prueba para establecer que existe *un hecho*. Saber si es o no delito es un trabajo eminentemente jurídico, que se realizará una vez que se obtengan todos los datos de prueba para establecer que existe un hecho. El trabajo posterior versará en establecer si es o no delito. Y en ese mundo, el delito será como una receta de cocina y el hecho serán los ingredientes.

Así las cosas, si el Ministerio Público inicia una investigación en razón de que le es reportado que en un determinado lugar se encuentra una persona sin vida, a consecuencia de que una diversa persona le disparó, dicha autoridad, debe recaudar datos de prueba que establezcan la existencia de ese hecho. A saber:

1. El cuerpo.
2. Las evidencias en el cuerpo (orificios, sangre, ropas, etc.).
3. Los casquillos en el lugar (armas, objetos, etc.).
4. Testigos de los hechos.

Por lo tanto, el Ministerio Público investiga ese hecho y no propiamente el homicidio como tipo o figura típica, aunque comienza con esa sospecha, por así decirlo.

Podemos señalar que la investigación que realiza el Ministerio Público sobre el hecho es el medio para llegar al fin, ese fin que precisamente es encuadrar el hecho en lo que la ley señala como delito.

Es cierto que desde que recibe la noticia criminal, en su mente se forma un parámetro de un posible delito, una simple sospecha o apariencia, como lo sostiene Díaz Aranda, y bajo esa idea actúa e inicia la investigación, pero esta se encamina a obtener todos aquellos datos de prueba que le ayuden a establecer la existencia del hecho.

La exigencia constitucional lo conmina a investigar y a probar, antes de todo, el hecho, para después determinar si ese hecho está o no considerado por la ley como delito. Clasificarlo será trabajo jurídico del Ministerio Público que debe realizar, insisto, una vez que establezca, con los datos de prueba que recabó, que ese hecho existe y que a la persona que encontró sin vida, le disparó una diversa persona con un arma de fuego, *determinado lugar, por determinados motivos y bajo determinadas circunstancias. Es decir, en que es consecuencia de una conducta.*

De esa forma, podremos afirmar que los datos de prueba que obtuvo durante la investigación acreditan la existencia de un hecho: *que una persona murió, que su muerte se dio a consecuencia de un disparo de arma de fuego, que otra persona hizo en su contra, por determinado motivo, en determinado lugar y circunstancias.*

D. EL DELITO SEÑALADO EN LA LEY A LA LUZ DEL HECHO INVESTIGADO. ANÁLISIS JURÍDICO QUE COMPETE AL MINISTERIO PÚBLICO (PARA SOLICITAR LA VINCULACIÓN A PROCESO) Y AL JUEZ DE CONTROL (PARA DETERMINAR SI VINCULA A PROCESO O NO A DETERMINADA PERSONA)

La exigencia constitucional, para vincular a proceso a determinada persona, radica, en esencia, en la existencia, primero, del hecho, después en que ese hecho esté señalado como delito por la ley penal (artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Para ello, es necesario descubrir ¿cuál es la ley que señala el delito? Así encontraremos varios inconvenientes: ¿Cuál es la ley?, ¿qué es el delito? y ¿qué podemos entender por este? La doctrina mayoritaria ha definido al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable, en algunos casos, no la mayoría de la dogmática, también punible. Luis

Felipe Guerrero Agripino coincide en ese punto y señala:

sin entrar en mayores disquisiciones teóricas, podemos decir que la sistemática del delito se construye con los siguientes elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (Guerrero Agripino, 2011: 60).

Ello representa un avance histórico desde los inicios del derecho penal con las teorías clásica, neoclásica y finalista, hasta llegar al funcionalismo de Roxin, Jakobs y en México el funcionalismo social de Enrique Díaz Aranda.

El punto de coincidencia entre los cuatro sistemas penales radica en considerar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable. El primero de estos enunciados es considerado como el presupuesto de todo delito (conducta), mientras que los restantes son considerados como elementos, categorías o escalones. Dichos vocablos son sinónimos y, por tanto, se pueden utilizar de manera indistinta. Así, tenemos un presupuesto (conducta) y tres categorías (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Solo cuando hemos constatado la existencia del presupuesto y las tres categorías podemos sostener la existencia de un delito (Díaz Aranda, 2008: 571).

No obstante lo anterior, y los puntos de coincidencia de las teorías en cuestión sobre las categorías

mencionadas, cada sistema o teoría tiene o tenía una forma distinta de integración sobre cada categoría del delito.

Bajo ese panorama, la Constitución, en nuestro análisis, en los artículos 16 y 19 no hace precisión y no define lo que debemos entender por delito, el punto crítico es que nos remite a la ley para establecer ¿qué es delito? pero, ¿qué ley?

De esa forma establece que delito es aquello que “señale” la ley. La Constitución no clarifica, en qué ley debemos encontrar qué es delito. Dogmáticamente, como ya se apuntó, delito es: una conducta típica, antijurídica y culpable.

En fin, las únicas leyes, por así decirlo, donde se contemplan las hipótesis típicas y reglas para considerar un hecho como delito son: el código o códigos penales vigentes en los estados de la república mexicana.

Para el estado de Guanajuato, por ejemplo, en el código penal vigente, no existe una definición de lo que debemos entender como delito.

Pero dicha definición, *a contrario sensu*, la podemos obtener de lo señalado en el artículo 33, dentro de las fracciones que lo componen.

El nuevo Código Penal del Estado de Guanajuato no establece definición de delito, pero en su artículo 33 señala las causas de exclusión. Este precepto, siguiendo el planteamiento de Sauer, se refiere

al aspecto negativo del delito. Será a partir del conocimiento de dichos elementos negativos que, interpretado *a contrario sensu* dicho precepto, podemos conocer el aspecto positivo del delito, es decir, sus elementos, y con ello estructurar un concepto estratificado del delito (Murillo de la Rosa, 2002: 89).

Los elementos del delito que se desprenden del Código Penal del Estado de Guanajuato, coincide Guerrero Agripino, son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, contemplados de manera negativa en el artículo 33 y las fracciones que lo integran (2011: 61-64).

Así pues, con ese grado de razón, la única forma de analizar una conducta, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad es a la luz del artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato.

Dentro de las fracciones: (I) se puede determinar, que existe o no ausencia de conducta (acción u omisión); (II) ausencia de tipicidad; (III a VI) alguna causa de justificación o que el hecho a pesar de ser típico y no existir ausencia de conducta no es antijurídico, y (VII, VIII y IX) causas de inculpabilidad.

Bajo ese esquema, si la Constitución nos remite a la ley para clarificar qué es lo que se señala como delito, en el caso del estado de Guanajuato (y así debe hacerse en cada estado de la República Mexicana)

debe clarificarse, qué es delito según el código penal.

En el Código Penal del Estado de Guanajuato, puede determinarse que cierto hecho es delito, si y solo si encuadra en cada una de las categorías: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, contempladas de manera negativa en el artículo 33.

Razón que lleva a concluir que la Constitución *no se refiere solo a la hipótesis típica señalada en la parte especial del código penal o en otras leyes especiales, esto es, no se refiere solo al tipo y esa parte de la realidad que lo conjuga, sino a la constatación de todas las categorías del delito: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.*

De otra forma, no habría manera de que el Ministerio Público, durante la investigación, ni el juez de control, durante la audiencia de vinculación a proceso, invoquen una causa evidente (con dato de prueba) de ausencia de conducta, tipicidad, causa de justificación o culpabilidad.

Está afirmación tiene sustento en un análisis armónico y sistemático de lo que se establece en el artículo 282 fracción IV de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato y en los diversos 316 fracción IV del Código Nacional de Procedimientos Penales, donde, parte de los requisitos para dictar un auto de vinculación a proceso son: que no se actualice una causa excluyente



del delito. Y las causas que excluyen el delito, según el artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato, son: *ausencia de conducta, de tipo, causa de antijuridicidad y culpabilidad.*

Y en el caso de que aún nos encontremos en la investigación preliminar, para el Ministerio Público, en los artículos 226 fracciones I y II de la Ley del Proceso Penal del estado de Guanajuato; y 255 en relación con el 327 fracción I y II del Código Nacional de Procedimientos Penales, en las que se establece la facultad del Ministerio Público de no ejercicio de la acción penal bajo los parámetros de que el delito no exista o que el delito investigado no constituya delito. Por lo que las únicas formas de descubrir si el hecho investigado es o no delito, es mediante la constatación de que no existe ausencia de conducta, tipo o causas de antijuridicidad o culpabilidad, esto es, a la luz de lo que “la ley considera o señala como delito”, el cual, reitero, no es solo el tipo penal.

Por ejemplo, puede que no exista ninguna causa de ausencia de conducta, pero si se analiza a la luz del tipo descubrimos que no existe dolo o culpa, o bien que algún elemento subjetivo requerido por el tipo no se actualiza, como en el caso del ánimo de lucro en el fraude.

En el caso anterior, la conducta existe, pero no el tipo al actualizarse

una causa de atipicidad (artículo 33 fracción II del Código Penal del Estado de Guanajuato), cuestión que excluye la existencia del delito ante la ausencia del elemento tipicidad. Puede suceder que la conducta exista y también el tipo, pero existe una causa de antijuridicidad, como la legítima defensa. En el ejemplo citado, existe una excluyente de delito, y aunque persiste una conducta y un tipo penal, no hay delito.

En fin: ese fundamento legal permite al Ministerio Público, en la investigación preliminar, y al juez de control, una vez que se judicializó la investigación, analizar las ausencias de conducta, tipo, causas de antijuridicidad y culpabilidad, de esa forma estar en posibilidad de determinar, si en base a los datos de prueba se actualizó alguno de esos supuestos, que, de ser el caso, dará pauta a estimar que no hay delito.

El delito, según el código penal (Guanajuato) solo existe cuando ninguna de las causas de ausencia de conducta, tipo, causas de justificación o culpabilidad saltan a la luz dentro de la investigación o del proceso mismo, hasta la etapa de juicio oral.

De esa forma, debemos interpretar que la Constitución en su expresión “hecho que la ley señale como delito”, para efectos de que ese requisito de fondo se vea actualizado, contempla necesario analizar que el

hecho investigado y corroborado en el mundo real mediante los datos de prueba, hasta esa etapa, actualizó o, mejor dicho, no actualizó ninguno de los aspectos negativos señalados en el artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato.

Esa razón lleva necesariamente a considerar el análisis de la conducta, quién la realizó y cómo la realizó, del tipo (bajo sus elementos objetivos, normativos y subjetivos), de la antijuridicidad y la ausencia de causas que lo justifiquen, así como la culpabilidad y la ausencia de causas de inculpabilidad.

Por ello, contrario a lo que sostienen los autores citados en relación al tema, la constatación del hecho no se refiere solo al tipo y a sus elementos, sino a los elementos que integran el delito: según la Constitución, ese "hecho debe estar señalado como delito" y para que sea delito, es necesario que exista una conducta, un tipo, antijuridicidad y culpabilidad, no se centra solo en el análisis típico, de lo contrario, solo la ausencia de tipicidad daría lugar a su exclusión.

Pensar de otra forma nos llevaría al yerro de que sería imposible, pese a existir una causa evidente de ausencia de conducta o alguna causa de justificación o culpabilidad, que se resolviera no vincular a proceso, o bien, que la investigación no se judicialice por el Ministerio Público.

Retomando lo que señala Díaz Aranda, en relación al punto, pese a que no difiero con ella del todo, se encuentra fuera de lo que la propia Constitución establece, que como hemos dicho, hace alusión a lo que "la ley señale como delito" y para que un delito sea delito, ya se dijo y se expuso, debe estar precedido de la actualización de una conducta, tipo, antijuridicidad y culpabilidad, según los códigos penales de cada estado de la república mexicana. Así, en Guanajuato, por ejemplo, ya se dijo y se insiste, deben estar corroboradas las categorías del delito en referencia.

En nuestra perspectiva, la Constitución nos remite a la ley para descubrir qué es delito. Lo que, a nuestro parecer, al no estar homologado o no existir un código nacional penal, en cada estado de la república mexicana es necesario explorar cada código penal y desde ahí identificar lo que es delito.

Se trata de un problema que debe resolverse a partir de las disposiciones de los códigos penales de cada estado de la república mexicana. El texto constitucional, artículo 19, no define el delito, la Constitución remite, para definirlo, a la ley. Es en la ley (códigos penales existentes en la república mexicana) donde se debe definir o donde se encontrará la definición de delito.

Bajo esa razón, el Código Penal del Estado de Guanajuato, como ya se expuso, no define lo que debe entenderse por delito, sin embargo, sí establece, en el artículo 33, los supuestos de ausencia de conducta, de tipo, las causas de exclusión de antijuridicidad y culpabilidad, solo de esa forma puede definirse el delito.

Con esa perspectiva, si el código penal (Guanajuato), ley aplicable para verificar lo que se señala como delito, establece bajo qué rangos y circunstancias (artículo 33) se llega a establecer un delito, es razonable que para que un hecho pueda ser considerado como delito, deben constatarse todas las categorías del delito. Desde la conducta hasta la culpabilidad.

Es cierto que el hecho prohibido es matar, imponer cópula sin consentimiento, pero ello es parte del tipo y no de todo el delito, bajo la arista del artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato, el tipo es solo de una de las categorías del delito, una parte de la realidad que se conjuga en el tipo por el legislador.

De esa forma, si la Constitución no ha definido lo que debe entenderse como delito y por el contrario nos remite a la ley para verificar lo que esta señala, es indispensable verificar, como lo hemos hecho, qué es lo que, en este caso, el Código Penal

del Estado de Guanajuato, señala como delito. A partir de ahí, lo que el Ministerio Público debe conjugar y el juez de control analizar es: que ese hecho actualizó todas las categorías del delito.

Sería un error suplir lo que la ley no dice a partir de una interpretación dogmática, cuando lo que toca es analizar la ley.

No obstante, reitero, para que este requisito (constitucionalmente exigido) se actualice, "hecho que la ley señale como delito" debe estar precedido de la existencia, en el mundo real del hecho, mediante la investigación del Ministerio Público y los datos de prueba que este recabe; después, para que se afirme que ese hecho está señalado en la ley como delito, deben actualizarse la conducta, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, desde luego constatando la inexistencia de los supuestos negativos para su ausencia y causa de exclusión.

Lo que, desde la Constitución, obliga al Ministerio Público y al juez de control a realizar un análisis sobre la existencia de cada categoría, y desde entonces, cómo es que la persona actuó para establecer por qué no existen causas que ameriten la inexistencia del delito.

En ese análisis, contrario a lo que expone Díaz Aranda, es donde se constata y se verifica si ese

hecho prohibido (matar, apoderarse de algo ajeno, imponer cópula sin voluntad, etc.) corresponde o no a una conducta humana, qué tipo de conducta, si no existen causas para su ausencia, el tipo, causas de su ausencia, la antijuridicidad y la culpabilidad y sus causas que la excluyan, todo, desde ahí, está relacionado con quién lo cometió o participó en su comisión.

Veamos, en el ejemplo citado donde se localizó a una persona sin vida por disparo de arma de fuego, el ideal nos diría que el Ministerio Público recabó todos los datos de prueba necesarios para establecer a qué hora murió, quién le disparó, cómo le disparó, por qué le disparó, etc., habrá, desde luego, evidencias que señalen a un autor, autores o partícipes. En fin, esos datos de prueba corroboran el hecho.

Para su análisis jurídico, el Ministerio Público, desde entonces, tendrá que la conducta de quien lo cometió, carece, hasta ese momento, de causas de su ausencia, lo mismo con el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Es decir: posiblemente, el Ministerio Público tenga datos de prueba que identifiquen que determinada persona estuvo en el lugar, otros que lo vieron ahí y otros que lo vieron disparar. O puede suceder que solo tenga datos de prueba para descubrir, hasta ese momento, que

estuvo ahí y que lo vieron con un arma.

Los datos de prueba referidos, en ambos casos, apuntan a la existencia de una conducta y en ambos casos, sirven también para establecer que no existe ninguna causa de su ausencia. Podemos hacer el mismo ejercicio con el tipo penal, la antijuridicidad y la culpabilidad. Para ese entonces, el Ministerio Público, debe tener datos de prueba que establezcan, con certeza, que el hecho existe: que una persona falleció y que alguien lo provocó.

De esa forma, el análisis jurídico lo llevará a considerar que existió un homicidio doloso o culposo. O bien, que existe alguna causa de ausencia de conducta, tipo, antijuridicidad o culpabilidad. Pero el hecho debe estar constatado.

Cometer o participar en el delito, otro requisito de fondo del 19 constitucional, es una figura relacionada, pero bajo otro análisis. Porque este se realiza bajo el ámbito de la probabilidad.

Desde nuestra óptica, no hay razón para separar a su autor del hecho, puesto que el autor lo provoca, y es desde la investigación que realiza el Ministerio Público donde se aprecia quién o quiénes lo provocaron y quién y quiénes participaron. Eso nos lleva a considerar que la probabilidad no está en el hecho, ni en el delito, sino en los datos de

prueba que señalen a su autor o participe.

E. QUE EXISTA LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN

La propia expresión constitucional nos señala que debe existir ya un indiciado previamente identificado, eso —como ya se dijo— se obtiene de la propia investigación, donde el hecho se verifica, se establece, se recaban los datos de prueba para corroborar su existencia. Es desde ahí, donde se identifica el autor y a los partícipes. No desde una perspectiva jurídica, sino de modo particular cómo Juan o Chano lo mató y por qué y con qué lo mató.

Si desde entonces, y al realizar el análisis jurídico de si ese hecho, está señalado como delito o no, bajo las categorías que lo integran, es donde se desprende si efectivamente lo cometió o participó en su comisión. Los datos de prueba dotarán al Ministerio Público, y en su caso al juez de control, de las herramientas necesarias para establecer si en su actuar existió o no alguna causa de ausencia de conducta, de atipicidad, causa de justificación o inculpabilidad.

Sin embargo, como ya se dijo, en los apartados que preceden es factible que los datos de prueba

recabados por el Ministerio Público establezcan la existencia del hecho, y por ende, del delito sin que de ellos se desprenda alguna causa que elimine sus categorías, en consecuencia, el delito. Es ahí donde debe entrar al análisis de la probabilidad de quién lo cometió o quién participó.

De esa forma, si el Ministerio Público cuenta con entrevistas que señalan a X como quien portaba un arma de fuego y se encontraba en el lugar con el occiso, además de localizar uno de sus zapatos en el lugar de los hechos, esos datos de prueba hacen probable y razonable que X estando en el lugar de los hechos pudo haber disparado, ajustándonos a la permisión constitucional.

Bajo ese panorama, es claro que nos alejamos de las opiniones que sostienen que el hecho debe ser probable y en suma el delito, puesto que la probabilidad a la que alude la Constitución, solo se permite al momento de analizar la autoría o participación del causante del hecho por medio de su conducta. Aunque de sí, consideramos que esa sospecha, por sí misma, va en contra, agrede y transgrede el principio de presunción de inocencia.

Por tal circunstancia, tampoco coincidimos con la propuesta de iniciativa de reforma, puesto que, lejos de solucionar el problema constitucional planteado en el presente

estudio, lo traslada a una etapa posterior y lo aumenta, al agregar la probabilidad en el hecho.

De esa forma, lejos de proteger las bondades de un sistema garantista, estas se trastocan, se vulneran, y se daría vida al absurdo de que, por el simple dicho de una persona—como ya sucede en la actualidad—, otra podría permanecer en prisión preventiva sin tener la oportunidad de ser escuchado y vencido en juicio.

Entendamos: sin el análisis exhaustivo de los datos de prueba que respaldan los hechos, y de si esos hechos constituyen o no delito. Bajo ese rango, como se ha dicho, en razón de la Constitución, la probabilidad solo es aplicable en esta figura y no en los hechos, de acuerdo a la permisión constitucional.

En el ejemplo citado, es claro que el Ministerio Público cuenta con datos de prueba que señalan que una persona murió y que fue a consecuencia de un disparo que otra persona realizó. Ese simple razonamiento nos lleva considerar la existencia de un hecho no probable, sino constatable con la investigación del Ministerio Público y los datos de prueba obtenidos a consecuencia.

La probabilidad a la que se refiere, y que permite, atentando contra otros principios del sistema (como el debido proceso y la presunción de inocencia), la constitución se da, no

en los hechos, sino precisamente en los datos de prueba recabados para establecer quién o quiénes pudieron cometerlo o quién o quiénes pudieron haber participado, no obstante, esos datos de prueba deben ser razonables para establecer que es probable la participación de determinada persona.

Como se ve y de acuerdo con Morales Brand:

El auto de vinculación a proceso no es una simple determinación de lectura de cargos y de derechos, e inicio de judicialización de la investigación, sino que se trata de una resolución que fija los hechos materia del juicio, los que, contradictoriamente, aún se seguirán investigando (Morales Brand, 2015: 87).

El auto de vinculación a proceso es una tarea del juez de control. Su emisión, motivación y fundamentación son tarea de este, bajo el rango probatorio y datos aportados por el Ministerio Público quien deberá demostrarle que existe un hecho, que ese hecho está considerado por la ley como delito—de acuerdo a los códigos penales de cada estado de la república mexicana— y que tal o cual dato de prueba hace probable que “alguien” lo cometió o participó en su comisión.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- Benavente Chorres, H. (2018). *Guía para el Estudiante del Proceso Penal Acusatorio*. México: Flores Editor y Distribuidor.
- Dagdug Kalife, A. (2016). *Manual de Derecho Procesal Penal. Teoría y práctica*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales/Ubijus.
- Díaz Aranda, E. (2008). *Proceso Penal Acusatorio y Teoría del Delito*. México: Straf.
- Díaz Aranda, E. y Claus, R. (2015). *Teoría del Caso y del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. México: Straf. Instituto Internacional de Excelencia e Instituto Profesional Educativo del Sureste.
- Guerrero Agripino, L. F. (2011). *Teoría del Delito y Argumentación Jurídica*. México: Azafrán y Cinarbrijo.
- Hidalgo Murillo, J. D. (2015). *Audencias Preliminares*. México: Flores.
- . (2013). *Hacia una Teoría de la Prueba para el Juicio Oral Mexicano*. México: Flores.
- Murillo de la Rosa, M. A. (2002). “El Concepto del Delito en el Nuevo Código Penal para el Estado de Guanajuato”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Lic. Enrique Cardona Arizmendi*. Universidad de Guanajuato.
- Morales Brand, J. L. (2015). *Proceso Penal Acusatorio y Litigación Oral*. México: Rechhtikal.

- Porte Petit, C. C. (2012). *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal*. 2a ed. 1ª reimpr. México: Porrúa.
- Ruíz Sánchez, M. A. (2016). *Derecho Procesal Penal Acusatorio*. 2a ed. México.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.

OTRAS FUENTES

- Iniciativa con Proyecto de Decreto que Reforma, Deroga y Adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia Penal, consultable en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=68239>
- Tesis: XXVII.3o.20 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 19 de febrero de 2016.
- Tesis: XVII.1o.P.A. J/25 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t 3, P. 1942.