



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO DURANTE
LA RECLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL HECHO QUE LA LEY
SEÑALA COMO DELITO EN EL SISTEMA ACUSATORIO
Y ORAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

DIEGO SAN JUAN HERNÁNDEZ

ASESOR: LIC. FÉLIX FERNANDO GUZMÁN GARCÍA





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

En una ocasión que nos visitó – de las tantas visitas que generosamente nos ha hecho – en la casa de mis papás, un tío abuelo paterno de nombre José, durante la plática le dije: “Mi papá no quiso que me quedara a trabajar en el campo porque para él las tierras de cultivo eran insuficientes para vivir dignamente porque son muy pequeñas extensiones, que en su conjunto no son más de dos hectáreas y le pertenecen al Ejido Cochochotla y él solamente es posesionario. De niño solo le acompañaba a la milpa y me pedía que permaneciera en la sombra, protegido por el follaje de los árboles en aquellos días de calor y, siempre, me hacía hincapié, en que el clima cálido húmedo de la Huasteca de Hidalgo hace que la producción sea de temporal y, muchas veces, dicha producción es inviable aunado por los huracanes que azota a la región por los meses de julio, agosto y septiembre. Cuando me disponía a trabajar en el campo nunca accedió a enseñarme sus técnicas de roza, limpia y cultivo (lo aprendí de otras personas), ya que para él era más importante que me dedicara a estudiar”. Me escuchó muy atentamente mi tío abuelo hasta que terminé y me contestó: “Nieto, tu papá quedó huérfano a temprana edad y para él ha de haber sido muy difícil haber aprendido a leer y escribir un poco y, haber logrado, hablar un poco en español” – en mi pueblo Cochochotla, casi todos hablan la lengua Náhuatl y aproximadamente un 50% son bilingües en Náhuatl y Español –, pero lo más importante para mí fue cuando me dijo que, “Es acertado que hayas estudiado, ya que con mi experiencia, con el paso de los años, me he percatado que la tierra al ser de temporal para su cultivo se desgasta, se erosiona y pierde su calidad y se vuelve infértil para producir los alimentos básicos pero con el estudio no pasa lo mismo, no pierde su calidad puesto que el conocimiento mientras más se indaga y se profundiza está en constante evolución y actualización, siempre en constante mejoría, innovándose”.

Agradecimiento

A la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), mi *Alma Mater*, por brindarme la oportunidad de pertenecer a su comunidad universitaria.

A la Facultad de Estudios Superiores Aragón (FES Aragón) por ser una entidad multidisciplinaria, me permitió cursar la carrera de derecho y convivir con compañeros de otras carreras y abrazar la composición multicultural de su comunidad.

Al Programa Universitario de la Diversidad Cultural e Interculturalidad (PUIC) de la UNAM por ser semillero en el apoyo a sus alumnos pertenecientes a una comunidad o pueblo originario de México a través del Sistema de Becas para Estudiantes Indígenas (SBEI). Siendo becario pude complementar mis gastos económicos para así poder terminar la carrera y, posteriormente, titularme.

Al lic. Félix Fernando Guzmán García, por haberme inspirado en tomarle importancia y pasión al Derecho Penal y por su disposición de dirigir y encausar mi investigación.

A mi padre Manuel Santiago San Juan, a quien lo admiro por su disciplina, lealtad y congruencia. Aprendió a leer y escribir así como hablar en español ya de joven sin

haber terminado su primer año de primaria, gracias a su apego a los sacerdotes José Barón Larios, Pablo Hernández Clemente y Samuel Mora Castillo (sus mentores).

A mi madre María Concepción Hernández, hablante solo de la lengua náhuatl (no sabe leer ni escribir), por su compromiso y generosidad con nuestra familia, estaré siempre agradecido por haberme formado con valores y principios. Sobre todo, por habernos sacado adelante en el tiempo que duró el tratamiento de mi padre por la enfermedad que padeció.

A mi compañera de vida Humberta Flores Martínez, a quien le debo toda mi gratitud y mi perpetuo reconocimiento por soportar los días inciertos y claroscuros de nuestra relación y con nuestros hijos.

A mis hermanas Victoria y Francisca, por haber disfrutado juntos nuestra niñez y en mi juventud haber recibido de ellas apoyo económico y/o moral.

A mis hermanos Martín y Bernabé, ambos ingenieros civiles de la Escuela Superior de Ingeniería y Arquitectura Unidad Zacatenco del Instituto Politécnico Nacional y de la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la UNAM respectivamente, por alentarme en concluir mi carrera universitaria y titularme.

A mis amigos:

José Velázquez Hernández, por ser el único amigo de infancia y con él aprendí que todos somos talentosos en algo.

A Pedro Bautista Hernández (Chemo Tlaika), por haber sido tan generoso conmigo. Por haber logrado convencerme a estudiar el nivel Educación Media Superior, en el Telebachillerato plantel Cochochotla a través de sus experiencias truncadas y logramos juntos ser la primera generación de egresados.

A Juan Ignacio Baltazar Hernández, con él logré conformar la Organización Ejido Cochochotla y logramos apoyar a nuestra comunidad de origen Cochochotla.

A Alberto Bautista Bautista y Maura Diego Hernández, por permitirme disfrutar en su momento, un espacio de su vivienda y comida en mi juventud.

A mi amigo mtro. Alejandro Miguel Sánchez Salinas por inspirarme a adentrarme a la praxis profesional con la culminación material de esta obra.

A los profesores (todos laboraron en Cochochotla):

Celerino Hernández Antonia (exdirector de la esc. Primaria indígena Lázaro Cárdenas del Río).

Efraín Bautista Martínez (exdirector de la esc. Primaria indígena Lázaro Cárdenas del Río).

Heliodoro Canales Aquino (profr. de sexto de primaria Lázaro Cárdenas del Río).

Aristeo de la Cruz Alvarado (profr. de tercer grado de la esc. Telesecundaria 260).

Ing. Joaquín Castelán Ramírez (coordinador del Telebachillerato).

Dedicatoria

Al etnólogo José Manuel del Val Blanco por ser incasable y certero en dirigir el Programa Universitario de Estudios de la Diversidad Cultural e Interculturalidad de la UNAM.

A la dra. Evangelina Mendizábal García por trabajar siempre para sacar adelante el Sistema de Becas para Estudiantes Indígenas del PUIC UNAM.

A Ester Carrillo por siempre estar al pendiente del grupo 3 que le corresponde atender y por hacerlo con ahínco dicha encomienda en el SBEI del PUIC UNAM.

A mis hijos Christopher Hidalgo, Dafne Lucía, Nora Victoria y Diego Humberto, por ser ellos los que alimentaron, impulsaron y encumbraron los sueños que tuve desde niño y espero sea una guía para que en el corto tiempo también alcancen con éxito sus metas y sueños.

A mi hermano Salvador, por su tenacidad en el trabajo, su valentía de sobresalir y trascender. Por continuar con sus estudios de electricidad y su decisión de nunca claudicar. Por otra parte, por escuchar y tomar en cuenta mi punto de vista u opinión en nuestras tertulias.

A mi hermano Felipe, por ser tenaz en su carrera de ingeniería en Telecomunicaciones y Sistemas digitales en la Universidad Autónoma de la Ciudad de México para que pronto logre culminar sus estudios.

A mi hermana Isabel para que su hijo agarre algo de lo que nuestra familia ha cultivado y logre su propia cosecha cuando haya alcanzado la edad para ello.

A mis sobrinos Juan Andrés, Marlene, Mariana, Imanol, Jairo, Alexis, Cecilia y Leonardo, aguardando alcancen sus respectivas metas y lo logren con mucho éxito.

Al sr. Jaime Neri Albañil y su esposa la sra. Marta Ángel Aparicio, a ambos por permitirme trabajar y ocupar temporalmente el espacio para vender y costear mis estudios universitarios así como también para solventar los gastos de mi familia. Por la confianza y amistad que me han brindado por más de una década y espero sea para siempre.

Al sr. Fernando Isauro Lozano por su grandeza, a quien lo considero como mi segundo padre. De él aprendí la capacidad de perdonar.

A mi madrina Antonia Baltazar Bustos por haberme dedicado tiempo en mi niñez.

A mi amigo Moisés Bustos Hernández por su valiosa amistad y de quien aprendí que hay que tener voluntad para superar todo tipo de vicio.

A mi primo y amigo Doroteo Hernández Hernández, por sus ganas de trascender, por ser aguerrido y por la confianza que me ha honrado en brindarme y espero en el futuro sus hijos (mis sobrinos) también logren estudiar una carrera universitaria.

A mis tíos Aurelio, Gregorio y Eugenia y Juana de apellidos Rodríguez Hernández, les guardo gratitud y aprecio especial por los cuidados que me brindaron de niño.

A mi primo Anselmo Hernández Antonio y su familia, por su esmero en lograr sus objetivos.

A mi amigo Emilio Martínez Hernández por su dedicación y entrega al Pueblo de Cochoyula y por distinguirme con su valiosa amistad.

A mi ahijada Esmeralda Bautista Bautista para que pronto logre alcanzar sus sueños.

A mis cuñadas Mariana, Ignacia y Paula; a mis cuñados Anselmo y Lázaro; y, para mi cunucña Almadelia.

En memoria de Carlos Montemayor Seguy, quien fue un escritor, defensor y un promotor incansable de las lenguas indígenas. Autor de la "Guerra en el paraíso" y "Las armas del Alba".

En memoria de mi hermana Guadalupe San Juan Hernández de cariño le llamábamos "Cecilia", ya que ella me enseñó que no le importó tener que llegar hasta los cuatro años para "ponerse de pie y caminar" aunque no haya sido por mucho tiempo.

En Memoria de mi sobrina Gabriela Baltazar San Juan, que faltando aproximadamente un mes para graduarse de la licenciatura en Enfermería en la Escuela Superior de Huejutla de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, dejó de existir el 28 de mayo del presente año.

En memoria de mi tía abuela Manuela Hernández, por haberme compartido generosamente su tiempo, techo y comida en mi infancia. Además de haberle aprendido el valor del trabajo lícito y la dedicación a los hijos.

En memoria de mi amigo Silvestre "el fotógrafo", me brindó un apoyo invaluable en mi niñez, de él aprendí la gratitud.

ÍNDICE

Introducción.....	VI
CAPÍTULO I	1
DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO ACTUAL	1
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO ACTUAL.....	3
1.1.1 BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	3
1.1.2 INTERNACIONAL.....	7
1.1.3 NACIONAL	10
1.2 LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	11
1.3 LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL ADJETIVA DEL AÑO 2013..	29
1.4 LA MISCELÁNEA PENAL DEL 17 DE JUNIO DEL AÑO 2016.....	32
1.5 LA RELACIÓN DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO PROCESAL PENAL	43
1.6 LA RELACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL CON OTRAS CIENCIAS	46
CAPÍTULO II	49
LA TEORIA DEL DELITO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL	49
2.1 CORRIENTES SISTEMÁTICAS DE LA TEORÍA DEL DELITO	60
2.1.1 LA CAUSALISTA-NATURALISTA O CLÁSICA	61
2.1.2 LA TEORÍA CAUSALISTA NEOKANTIANA O NEOCLÁSICA, TEORÍA NORMATIVA O CAUSALISMO VALORATIVO	65
2.1.3 LA IRRACIONALISTA.....	68
2.1.4 LA ACCIÓN FINALISTA	68

2.1.5 LA FUNCIONALISTA.....	69
2.2 HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO, TIPO PENAL Y DELITO Y LA PROBABLE COMISIÓN O PARTICIPACIÓN.....	72
2.2.1 EN LA CONSTITUCIÓN	81
2.2.2 EN EL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL	89
2.2.3 EN EL CÓDIGO ADJETIVO	91
2.3 EL MÉTODO DEL DELITO	91
2.4 LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO	91
2.4.1 LA CONDUCTA O COMPORTAMIENTO Y SU AUSENCIA	94
2.4.2 LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD	98
2.4.3 LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	102
2.4.4 LA CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD	103
2.5 ESTRUCTURA MODERNA DEL TIPO PENAL	103
2.5.1 ELEMENTOS NORMATIVOS.....	104
2.5.2 ELEMENTOS OBJETIVOS.....	104
2.5.3 ELEMENTOS SUBJETIVOS	106
CAPÍTULO III	107
EL SISTEMA DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL MEXICANO	107
3.1 PROCESO Y PROCEDIMIENTO.....	107
3.2 LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES	108
3.2.1 EL SISTEMA ACUSATORIO.....	110
3.2.2 EL SISTEMA INQUISITIVO.....	111
3.2.3 EL SISTEMA MIXTO	112
3.3 EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL	112

3.4 PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL	114
3.4.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL	117
3.4.1.1 PRINCIPIOS RECTORES	123
3.4.2 PRINCIPIOS DEL DESAHOGO DE LA PRUEBA O DE LA ETAPA DE JUICIO ORAL	125
3.4.2.1 PINCIPIOS VINCULADOS CON LA ACTUACIÓN PROBATORIA..	125
3.4.2.2 PRINCIPIOS VINCULADOS AL DESARROLLO DE LA ETAPA DE JUICIO ORAL	128
3.5 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL	130
3.6 LAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	133
3.6.1 LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN.....	134
3.6.2 LA ETAPA INTERMEDIA	139
3.6.3 LA ETAPA DE JUICIO	149
CAPÍTULO IV	163
LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE UN HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO	163
4.1 LOS ELEMENTOS DE LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO EN EL CNPP	170
4.1.1 EL TIPO PENAL QUE SE ATRIBUYE	171
4.1.2 EL GRADO DE EJECUCIÓN DEL HECHO	175
4.1.3 LA FORMA DE INTERVENCIÓN.....	178
4.1.4 LA NATURALEZA DOLOSA O CULPOSA	180
4.1.5 CLASE DE CONCURSO	182

4.2	LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA PRELIMINAR	183
4.2.1	EN LA FLAGRANCIA O CASO URGENTE	183
4.2.2	EN LA DENUNCIA O QUERRELLA	192
4.2.3	EN EL CITATORIO, COMPARECENCIA U ORDEN DE APREHENSIÓN.....	195
4.2.4	EN LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN ...	197
4.2.5	FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN	209
4.2.6	EN LA VINCULACIÓN A PROCESO.....	216
4.3	LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN LA ETAPA INTERMEDIA.....	222
4.3.1	EN LA ACUSACIÓN	223
4.4	LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN LA ETAPA DEL JUICIO ORAL	225
4.4.1	EN EL AUTO DE APERTURA A JUICIO	226
4.4.2	EN LA DELIBERACIÓN DEL FALLO DEL TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO	227
4.4.3	EN LA EMISIÓN DEL FALLO	229
4.5	LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN LA SENTENCIA	231
4.5.1	CONDENATORIA.....	232
4.5.2	ABSOLUTORIA	234
4.6	LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	235
	CAPÍTULO V	238
	LA RECLASIFICACIÓN JURÍDICA	238
5.1	PRELIMINAR	238
5.1.1	EN EL CITATORIO, COMPARECENCIA U ORDEN DE APREHENSIÓN	238

5.1.2	EN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN	239
5.1.3	EN LA VINCULACIÓN A PROCESO.....	239
5.1.4	EN LA ACUSACIÓN	239
5.1.5	EN EL ALEGATO DE APERTURA.....	240
5.1.6	EN EL ALEGATO DE CLAUSURA	240
5.1.7	EN EL RECURSO DE APELACIÓN.....	241
5.2	DEFINITIVA	243
5.2.1	EN LA SENTENCIA FIRME	243
5.2.2	EN EL RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA	243
5.2.3	EN LA ANULACIÓN DE LA SENTENCIA.....	244
	Conclusiones.....	246
	Fuentes de consulta	250

Introducción

La presente investigación tiene como propósito mostrar la importancia de conocer, dominar y aplicar correctamente la Teoría del Delito en el Sistema Procesal Penal Acusatorio y Oral del Derecho Procesal Penal Mexicano durante la reclasificación jurídica del hecho que la ley señala como delito, haciendo énfasis en que es propio del Derecho Procesal Penal Mexicano la Clasificación Jurídica y el Auto de Vinculación a Proceso, ya que como se verá es propio del modelo mexicano.

En el capítulo I, se encuentra la génesis del Sistema Acusatorio y Oral del Derecho Procesal Penal Mexicano, comenzando con el Código Tipo y menciona a las Entidades Federativas de Nuevo León y Estado de México y el Código Modelo de la Comisión Nacional de los Tribunales de Justicia de la República Mexicana (CONATRIJ) y llegar así a las reformas constituciones de los años 2008 y 2013 y de la implementación del Código Nacional de Procedimientos Penales comenzando con Durango y con la publicación en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio del año 2016 de la denominada *Miscelánea Penal* y su vigencia en todo el país, sin pasar por alto la Supremacía Constitucional, los Derechos Humanos y la interdependencia del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal.

En el capítulo II, se encuentra la definición, la importancia y la función de la Teoría del Delito y las diferentes corrientes sistemáticas que abordan el delito en la doctrina. También se encuentra las diferencias entre el delito, el hecho que la ley señala como delito, tipo penal, y la comisión o participación del indiciado desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Código Penal para el Distrito Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el capítulo III, se abre con las definiciones y diferencias del proceso con el procedimiento para entrar a estudiar los sistemas procesales del sistema acusatorio antiguo, inquisitivo, mixto y acusatorio y oral actual. Además se asume los principios del proceso que nos indica el artículo 20 de la CPEUM para entender el apartado A, fracción I de dicho artículo. Los principios rectores constitucionales del proceso

penal son distintos a los del desahogo de prueba de la etapa del juicio oral; se tiene la oportunidad de conocer las etapas del sistema procesal penal acusatorio y oral mexicano a través del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el capítulo IV, se aborda la clasificación jurídica, figura jurídica del proceso penal actual que habrán de dominar junto con la Teoría del Delito los operadores jurídicos para que se encuentren en óptimas condiciones para acercar la aplicación del Derecho Penal a la justicia. Primero se analiza qué es la clasificación jurídica y cuáles son sus elementos para posteriormente ser desarrollados y así poder realizar una clasificación jurídica preliminar o provisional o, bien, propiamente una clasificación jurídica. Se analiza desde la perspectiva del Ministerio, Juez de Control o Tribunal de Enjuiciamiento.

En el capítulo V, se explica la reclasificación jurídica preliminar durante las diferentes etapas del proceso que se remonta desde las formas de conducción del imputado al proceso, en la formulación de la imputación, en el auto de vinculación a proceso, en la acusación que realiza el Ministerio Público, en los alegatos de apertura y clausura y la reclasificación jurídica definitiva sólo se observará en la sentencia condenatoria y firme, en el reconocimiento de inocencia o en la anulación de la sentencia.

CAPÍTULO I

DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO ACTUAL

Voy a comenzar diciendo que, las reformas a la Constitución para la implementación del sistema de justicia penal a partir del año 2008 seguido por las reformas en materia de Amparo y de Derechos Humanos del año 2011 y la reforma para la legislación procesal penal única del año 2013, es resultado de los acuerdos que asumieron los partidos políticos dominantes, empresarios y medios de comunicación hegemónicos en nuestro país con la culminación del denominado *Pacto por México* que es “un acuerdo que fue celebrado con fecha dos de diciembre del año dos mil doce en el Castillo de Chapultepec, con la finalidad de impulsar el crecimiento de la nación en los aspectos social, económico, laboral, en seguridad, impartición de justicia, educación y consolidar un Estado democrático”¹, para dar paso al nacimiento del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) aunque le antecedieron otros acuerdos parciales se quedaron en intentos como lo es el *Código Tipo* remontándose con el expresidente de México Vicente Fox Quesada que con fecha 29 de marzo del año 2004 “envió al Senado de la República una iniciativa de reforma estructural al sistema de justicia penal, cuya finalidad entre otras residía en la necesidad de transitar del modelo mixto inquisitorio al acusatorio, través de la instauración de los juicios orales, mencionando que con este sistema los procesos serían más transparentes, breves y reducirían la corrupción incrementando la calidad de la justicia”². “Aquel proyecto de codificación unificada presentada por el Ejecutivo Federal..., iniciado académicamente, nunca dio resultados hasta que fue asumido por PRODERECHO, para la conformación del proyecto de código de procedimientos penales del Estado de Oaxaca, que,

¹ Valadez Díaz, Adriana y Valadez Díaz, Manuel, *Mediación Penal*, México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 167.

² Bardales Lazcano, Erika, *Guía para el estudio del sistema penal acusatorio en México*, 6a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 21.

finalmente, fue implementado por el Estado de Chihuahua con algunas variantes, ciertas de las cuales provienen del código chileno”³.

“En aquel entonces, se dieron los primeros pasos para cambiar el sistema de justicia penal en México y se concretaron primero parcialmente en algunas entidades federativas y luego vinieron las reformas sistemáticas en otras entidades. Y para el año 2008 la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CONATRI) con el modelo CONATRI se gesta realmente el actual Código Nacional de Procedimientos Penales”⁴.

A partir del año 2004 México conoce “el juicio oral penal” a partir de las reformas parciales de los Estados de Nuevo León y Estado de México y, la implementación sistemática iniciando con Chihuahua, continuando con Oaxaca, Morelos, Zacatecas, Estado de México, Durango y Baja California. El 16 de octubre de 2008 CONATRI aprueba por unanimidad un proyecto de código del proceso penal que se va implementando en todas la entidades federativas – código modelo –, iniciando con el estudio de la normativa, continuando con la preparación académica de magistrados, jueces, secretarios proyectistas, algunos profesores universitarios, defensores de oficio y agentes del ministerio público. Con el liderazgo del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, se logran conformar comisiones de estudio y trabajo con legisladores, consejeros y miembros del Poder Ejecutivo, de modo que, ... cuentan con proyecto de codificación, con estudio de los tres ámbitos de gobierno – ejecutivo, legislativo y judicial

³ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Investigación Policial y Teoría del Caso*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 67.

⁴ Hidalgo Murillo, José Daniel, op. cit., p. 67.

– los Estados de Hidalgo, Chiapas, Yucatán, Tabasco, Tamaulipas, Jalisco, Campeche, Guerrero, Veracruz y el Distrito Federal⁵.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO ACTUAL

Cuando queremos estar seguros de conocer algo tenemos que remontarnos a su origen pero, para ello, se torna imprescindible realizar un bosquejo histórico para poder dar una opinión más acertada y, así, poder aportar algo nuevo. Sin embargo, es a través de la Constitución, de los tratados internacionales, del derecho comparado, de la jurisprudencia, de la teoría del proceso, de la teoría del delito (doctrina), de la interpretación y argumentación jurídica y del Código Procesal Penal Adjetivo Único como podemos estar en condiciones de no equivocarnos.

1.1.1 BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los intentos por imponer un sistema de justicia penal para México aunque nos digan que es democrático, plural, transparente y/o por consenso se sabe que el proceso legislativo y la técnica legislativa es poco serio para necesidades tan serias y graves como lo es el sistema de justicia penal y de seguridad pública para nuestro país; si bien es cierto, que se ha logrado unificar el derecho adjetivo penal en México aún no se ha unificado el derecho sustantivo penal, coexistiendo hasta la fecha 33 códigos penales vigentes en la República Mexicana y aunque era el objetivo primario del sistema penal en comento sigue pendiente hasta la fecha para su concretización material. Ahora, siguiendo el razonamiento del Dr. Enrique Díaz Aranda, en el “proceso penal, tendríamos que preguntarnos primero ¿qué se debe probar?, y después resolver la incógnita ¿cómo se debe probar?; para, de esta manera, formular una tercera interrogante ¿en qué momento se debe probar?”⁶, el mismo autor nos sigue diciendo a modo de respuesta a sus interrogantes:

⁵ Ídem

⁶ Díaz Aranda, Enrique y Roxín, Claus, *Teoría del caso y del delito en el proceso penal acusatorio*, México, Straf, 2015, p. XXVII.

En materia penal, la teoría del delito nos ayuda a interpretar las normas sustantivas para saber qué se debe probar, mientras que las normas adjetivas determinan las formalidades y momentos procesales para su desahogo. No obstante, las reformas constitucionales de 2008 y 2011, aunadas al Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014, nos muestra que el legislador mexicano pretende responder a la segunda y a la tercera incógnita con nuevas normas y olvida la primera, sólo así se puede explicar por qué seguimos con 33 códigos penales vigentes, lo cual tendrá efectos no deseados para el nuevo sistema de justicia penal para nuestro país⁷.

Es de sentido común que cuando ya se sabe qué se debe probar, hay que saber cómo probar y por qué se debe probar y contra quién se debe probar.

En nuestro país con la unificación del sistema acusatorio y oral del derecho procesal penal es sólo el primer paso, ya que también sigue pugnándose por la unificación del Derecho Penal Sustantivo como siguiente paso para lograr un sistema penal integral al contarse ya actualmente con la Ley General de Víctimas, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de solución de Controversias en Materia Penal y la Ley Nacional de Ejecución Penal.

“No sólo hace falta un Código Penal Único, sino también es necesaria una guía de interpretación que nos ofrezca criterios claros para aplicar el derecho penal conforme a los parámetros de un Estado social y de derecho protector de los derechos humanos”⁸.

Por otra parte, José Daniel Hidalgo Murillo al hablar del sistema procesal acusatorio mexicano afirma que:

⁷ Díaz Aranda Enrique y Roxín Claus, op. cit., p. XXVII.

⁸ Ídem

No es posible entender esa bella “evolución” del sistema procesal penal acusatorio en México desconociendo aquél proyecto inicial del presidente Fox, para cambiar todo desde una reforma constitucional y, lógicamente, el Código Tipo que nace apenas el año 2004. Igualmente la influencia de esa codificación en las reformas parciales de Nuevo León y el Estado de México y, luego, las reformas sistemáticas en Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas y Baja California⁹.

Por eso, para entender la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 hay que conocer que fue en las entidades federativas donde empezó a fraguarse el modelo de justicia penal. Con el apoyo del presidente CALDERÓN, esos primeros proyectos pudieron influir en Durango, Estado de México, Guanajuato, Yucatán, Chiapas, Tabasco, etc. Hoy, cuando nace una codificación que las aúna a todas, no podemos ignorar lo que se ha hecho, sino por el contrario, entender que la génesis del proceso penal se encuentra en la valentía, inventiva, codificación, puesta en marcha y experiencia de las entidades federativas. No se puede escribir ignorándolas¹⁰.

Pero “desde 2008,... todos los abogados que litigan en Derecho Penal ocupando el Derecho Procesal Penal conocen de sobra muchos de los temas, especialmente de la Teoría del Delito. Sin embargo, tuvieron que escuchar de ‘expertos’ que no sabían mucho y, por ende, ‘injustamente’, que debían superar el conocimiento aprendido, ‘quitarse el chip’, desandar lo andado, y volver a comenzar de nuevo”¹¹.

“El Derecho Procesal Penal Acusatorio no es un algo nuevo, es un algo después, es conducir un vehículo de mejor calidad, de mayores ventajas, pero igualmente, conducir un vehículo parecido al que veníamos utilizando (...) Capacitar es ofrecer

⁹ Benavente Chorres, Hesbert e Hidalgo Murillo, José Daniel, *Manual de derecho procesal penal mexicano*, México, Flores editor y distribuidor, 2014, pp. V y VI.

¹⁰ Benavente Chorres, Hesbert e Hidalgo Murillo, José Daniel, op. cit, p. VI.

¹¹ Ídem

un distinto modelo, un modelo nuevo para lo cual hace falta lo que anteriormente se ha aprendido”¹².

El “(...) proceso acusatorio que se gesta en México, con errores, equivocaciones y aciertos, a partir de la primera codificación en 2004”¹³. Así, es preciso que hay que, “(...) Comprender cada uno de los distintos árboles, sin ignorar los peligros y trochas del bosque. El problema es, cuando sumando los árboles no se conoce el bosque. No queremos enseñar como nuevo una institución vieja y, por ende, mantenerlos en el error, sino apreciar desde lo nuevo lo valioso de lo viejo de las instituciones”¹⁴, tornándose indispensable escribir “conociendo las instituciones del proceso acusatorio y conociendo, igualmente el proceso acusatorio mexicano, es decir, conociendo y enseñando los árboles desde el bosque”¹⁵. “Queremos que el proceso sea un camino, surco, trocha eficaz para lograr los objetivos de la justicia”¹⁶.

De esta manera, si queremos profundizar el conocimiento del proceso acusatorio y oral del derecho procesal penal mexicano debemos de partir como sigue:

El proceso es “iter” y/o camino. Es posible que podamos ser críticos del proceso únicamente, cuando un código vuelve a formas o respuestas procesales superadas porque resultaron equívocas. Si con el proceso se procura una respuesta acertada y no se logra, es posible concluir que no sirve. Es por esto importante siempre la crítica, porque no conviene seguir un proceso que al final falle o no ofrezca una respuesta acertada. No se olvide que está en juego – casi siempre – la libertad o con ella la honra de una persona sometida a proceso¹⁷.

¹² *Ibíd*em, pp. VI y VII

¹³ *Ibíd*em, p. VII.

¹⁴ *Ídem*

¹⁵ *Ídem*

¹⁶ *Ídem*

¹⁷ *Ibíd*em , p. IX

1.1.2 INTERNACIONAL

En este apartado trataré de explicar cómo los Estados Unidos de América (The United States of America en adelante USA, siglas en inglés) a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (United State Agency International Development en adelante USAID, siglas en inglés) influyó a través del financiamiento económico para la implementación del nuevo sistema de justicia penal empezando por Chile y de ahí a toda Latinoamérica con sus técnicas de litigación.

“Cada país debe asumir el modelo que más le sirva para asumir una recta administración de justicia. Por eso, no soy contrario al modelo de justicia criminal de Los Estados Unidos de América. Lo que no se puede permitir es que se copie una figura y que se le llame de otro modo para engañar al que debe utilizarla o que, el que debe utilizar una figura se deje engañar, procurando con ello otros intereses”¹⁸.

“México nos enfrenta hoy al proceso penal copiado de Chile del modelo sajón. Chile influye, con su literatura y su capacitación, en figuras que no tenían asidero en su propia normativa procesal. Chile admite concepciones propias de la institución de jurado en su codificación, que igualmente copiados por países Latinoamericanos, exigen hoy una respuesta legislativa (reformas), jurisprudencial y, doctrinal (análisis)”¹⁹.

Chile no utiliza, en su legislación, el concepto de “teoría del caso” sino que admite el concepto de hecho delictivo. Sin embargo, tanto los manuales que utilizaron en la implementación del proceso en Chile como las que utilizaron en México – y en otros países igualmente financiados por USAID – partieron de la “teoría del caso” e igualmente copiaron los conceptos relacionados con el desahogo y la valoración

¹⁸ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Teoría del caso y gestión del caso*, México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 1.

¹⁹ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Investigación policial y teoría del caso*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 74.

de los medios de prueba que han sido pensados para convencer y persuadir jurados. Hay un discurso totalmente adverso entre proceso penal acusatorio chileno y manuales de litigio del proceso acusatorio chileno. Esta realidad se repetirá en México, porque el fenómeno se había dado, igualmente, en Perú, Colombia, Ecuador y demás países latinoamericanos en que el sistema ha sido financiado por USAID²⁰.

De lo anteriormente se desprende la explicación siguiente:

Se puede sostener que todo comienza en Chile cuando el art. 340 del Código Procesal Penal introdujo ese nuevo concepto y ese nuevo estándar de prueba. Cuando los académicos chilenos formados en técnicas de litigación en USA introdujeron sus ideas en la legislación... Es posible sostener que USA buscó y encontró un país que la introdujera, desde Latinoamérica el sistema sajón. Lo triste es que, como lo admite Riego Ramírez, los académicos, o no sabían lo que hacían o lo hacían conociendo el daño, pero admitiendo el efecto²¹.

Para así dejar en claro y sin ambigüedad alguna que:

No se ignora la fuerza del dinero y cómo, éste, cambia ideologías y conciencias. No desconocemos el interés sajón de influir con el proceso en Latinoamérica y su intromisión en convenios con Universidades e Instituciones Públicas y Privadas, cursos de capacitación, financiamiento de ONG's (Organismos No Gubernamentales), manuales de capacitación, etc. No olvidamos que, cuando se desconoce el derecho y el proceso lo que se puede enseñar son simplemente técnicas. No se omite que enseñan técnicas de litigio

²⁰ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Teoría del caso y gestión del caso*, México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 1.

²¹ Benavente Chorres, Hesbert, *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. XXXII.

pensadas para jurados legos. Como dirá un catedrático argentino “les regalaban hasta los planos de las salas de juicio, sin cuestionarse nunca si así debían construirse, porque más interesaba el dinero que las ideas, que el Derecho”²².

“En el sistema de justicia acrítico hay una total distinción entre código y manual; entre teoría y praxis. El código expone el modelo acusatorio y los manuales el modelo norteamericano”²³.

No ignoro que, México que ha tenido que admitir las ideas que el modelo chileno y otros países latinoamericanos introdujeron del sistema de justicia penal anglosajón con sus grandes yerros y sus muchas ventajas. No ignoro que las universidades e institutos de los Estados Unidos han hecho convenio con universidades e institutos mexicanos para introducir las técnicas de litigio de ese país, asumiéndolas sin sentido crítico. Hemos visto viajar a miles de personas a ese país para traer un título de técnicas que no sirven en este modelo. Hemos visto a los profesores de esas universidades e institutos aferrarse con error a su modelo para que sea asumido por México, como lo han hecho con los demás países latinoamericanos. Hemos tenido que dar clases a jueces, agentes del Ministerio Público y abogados defensores que, habiendo recibido esa “técnicas de litigio” – de esos profesores – no saben nada de proceso penal ni de derecho penal mexicano²⁴.

¿Dónde se introduce el defecto procesal? ¿Si la teoría del caso no es una institución del Sistema Procesal Penal Acusatorio, sino una copia del modelo procesal de los Estados Unidos, por qué no aparece en la

²² Benavente Chorres, Hesbert, op. cit., p. XXXII.

²³ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Teoría del caso y gestión del caso*, México, Flores editor y distribuidor, 2015, pp. 1 y 2.

²⁴ *Ibíd*em, p. VII.

codificación y si en su puesta en marcha? Cristian Riego Ramírez admite la “influencia” del modelo norteamericano y, en relación con la “duda razonable” – necesario juicio de valor que surge de la teoría del caso para jurados –, acepta que “esta cláusula fue incorporada al nuevo Código Procesal Penal en la etapa final de su discusión parlamentaria y, en consecuencia, no fue objeto de discusiones y explicaciones académicas previas que abarcaron las instituciones más importantes del Código”. Dicho autor reconoce que “la motivación para su inclusión provino de la experiencia práctica en el funcionamiento del juicio oral adquirida por alguno de los académicos que participamos en el proceso de reforma, en el contexto de programas de entrenamiento de destrezas de litigación y en simulación de juicios que tuvieron lugar paralelamente a la discusión legislativa”²⁵.

Desde el momento en que los países latinoamericanos entran en el juego de las reformas de sistema de justicia penal en materia procesal con base en un modelo financiado por la USAID, y entre ellos México, pero con grandes yerros y con sus muchos aciertos, comienzan con un andamiaje titubeante porque introducen conceptos propios para jurados. En México, a pesar de que en su implementación por la SETEC introdujo conceptos tales como la teoría del caso, la duda razonable, los alegatos de apertura y alegatos de clausura puedo decir también que tenemos conceptos propios desde la Constitución como lo es el auto de vinculación a proceso, que lo convierte en un sistema procesal *suigeneris*, un modelo mexicano único en Latinoamérica y del mundo.

1.1.3 NACIONAL

En el año 2000, a solicitud del entonces presidente de México Vicente Fox Quesada para saber la situación de los derechos humanos en nuestro país el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México llevó

²⁵ *Ibíd*em, p. 6.

a cabo un diagnóstico destacando que ‘El ordenamiento jurídico de México sigue el modelo del derecho civil español. Las actuaciones judiciales suelen ser escritas y no abundan las audiencias orales’²⁶.

1.2 LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Un Estado que es democrático o pretende ser democrático debe tener presente y vigente su Constitución Política en aras de mantener su armonía interna y siempre estar subordinado a ella para que sus habitantes, gobernantes e instituciones públicas y los organismos autónomos se ciñan a lo ahí establecido. Además, debe de sujetarse a los tratados internacionales suscritos por el poder Ejecutivo y ratificado por el poder autorizado para ello en materia de los derechos humanos; en este caso, para nuestro país por el Senado de la República.

“En el constitucionalismo moderno se entiende que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico. La idea de Estado constitucional está sólidamente unida a la idea de la Constitución como norma suprema, que debe prevalecer sobre toda norma o acto estatal. A partir de ella se organizan los poderes públicos, se limita su actuación y se protege a los ciudadanos”²⁷. “De ello, resulta que la Constitución como norma superior establece límites al contenido normativo y regula el procedimiento de producción jurídica. Es claro que el Estado constitucional se fundamenta en el aspecto jurídico, en el principio de la supremacía constitucional”²⁸. “...Esta superioridad jerárquica supone que la Constitución no es simplemente un conjunto de prescripciones dirigidas al legislador y que sólo con la intervención de éste pueden trascender a ámbitos jurídicos inferiores, sino que se configura como una norma a aplicar por todos los operadores jurídicos”²⁹. De ahí que, como afirma Sergio García Ramírez “No hay duda sobre la misión que incumbe

²⁶ Bardales Lazcano, Erika, op. cit., p. 21.

²⁷ Rivera Morales, Rodrigo, *Actos de investigación y prueba en el proceso penal*, México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 1.

²⁸ Ídem.

²⁹ Ibídem, p. 2.

al derecho penal, con su arsenal de medios aplicativos, en un Estado de derecho (justo), comprometido con el respeto al ser humano y la conducción democrática del poder público. El régimen penal es el último recurso del control social. Esto, no significa, como manifiestan algunos críticos apresurados y superficiales, inaplicación de la ley penal cuando deba ser aplicada”³⁰.

“Por ser el derecho penal la última *ratio* en el obediencia de las normas de conducta social y llevar consigo la más severa reacción que es posible concebir de la función coactiva del Estado,…”³¹

México conforme a los artículos 40, 2o. y 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se constituye en un Estado democrático y social, de las cuales se derivan consecuencias jurídicas y políticas. Así tenemos la conexión entre las garantías materiales y procesales que la Constitución y los acuerdos internacionales establecen y la función jurisdiccional del Estado. En ellas se establecen los marcos de desenvolvimiento de la acción del aparato del Estado, por ejemplo, que condiciona la acción del *ius puniendi* del Estado. Esta función punitiva está sometida a varios principios³²:

- Al principio democrático, que implica un control efectivo del ejercicio de tal actividad, por cuanto ya no sólo pertenece al Estado, sino que también están involucrados el pueblo y los sujetos procesales;
- Al principio de supremacía constitucional, que implica su dominio sobre las normas instrumentales o procesales, pues las normas constitucionales están llamadas a ser aplicadas directamente a las controversias y para ello, por regla general, no requieren de la

³⁰ García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1990, p. 24.

³¹ Córdoba Rodo, Juan, et al., *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1979, p. 95.

³² Rivera Morales, Rodrigo, op. cit., 2016, pp. 5 y 6.

mediación de la ley, por cuanto tienen un contenido normativo propio y autosuficiente;

- Al principio de la legalidad, que significa que para juzgar penalmente debe basarse en la ley previa de origen legítimo.

Los principios traen como consecuencia que:

“...Son de obligatorio cumplimiento, su violación afecta a los derechos fundamentales y por mandato constitucional esas actuaciones irregulares son perseguidas y no producen efectos jurídicos; así por ejemplo, una confesión obtenida por medios violentos, es nula y el funcionario que actuó tiene responsabilidades penal, civil y administrativa”³³.

Después de la vida, la libertad es el mayor bien jurídico tutelado por el Estado a través del Derecho Penal. Pero, es también el mayor bien jurídico sancionado por el mismo derecho objetivo, se aprecia una dualidad protección-sanción. Siendo para el indiciado su libertad el mayor bien por el que se le puede privar si se justifica la medida cautelar por ameritar prisión preventiva oficiosa o justificada.

Con la acción punitiva del Estado se está afectando normalmente, uno de los derechos fundamentales de la persona: la libertad. Por ello, el proceso penal tiene que buscar o facilitar la activa participación del procesado, la víctima y la sociedad. Sólo mediante esa participación, se concretan dentro del proceso los derechos fundamentales de la libertad y de la igualdad. Así, por ejemplo, el procesado tiene el derecho al juez natural, a conocer la identidad de quien lo juzga, el derecho a contradecir, etc., todo ello inscrito en el concepto complejo del debido proceso³⁴.

³³ Ídem.

³⁴ Ibídem, p. 7.

Es esta la justicia posible y realizable, resultante de la unión de valores y principios que han de ser desarrollados por el Estado. Pero de nada serviría establecer los derechos en la Constitución si no se garantiza judicialmente su efectividad. Lo anterior se establece en los artículos 14, 16, 17, 19 y 20 de la Constitución Federal.

“El acceso a la justicia es uno de los derechos humanos más importantes en un sistema que propugna como uno de sus fines supremos, la igualdad sin discriminaciones ni subordinación alguna. Claro está, que el reconocimiento de estos derechos nada vale, si no se proporcionan los medios legales para que éstos puedan ser ejercidos”³⁵.

“La titularidad del derecho de acceso a la justicia corresponde a cualquier persona, ciudadano nacional o extranjero que pretenda hacer valer algún interés individual o que invoque un derecho o interés compartido con la ciudadanía en general o con un sector de ella”³⁶.

Se ha justificado que el proceso penal se construye como consecuencia de la necesidad de asegurarle a todos, la libertad y la igualdad, en especial para moderar la superioridad del Estado dentro del mismo, por lo que surge el compromiso de establecer normas y mecanismos que limiten ese poder y se pueda cuestionar la actividad y decisiones del juez y demás funcionarios que actúan en el proceso. Con mayor razón, este proceso, puesto que está en juego la dignidad humana, éste debe asumirse con una visión altamente garantista. Conviene señalar, en primer orden, la función limitadora que sobre el sistema penal ejercen los derechos humanos, pues debe ser claro que es la garantía sobre ellos el fin básico y esencial del sistema jurídico³⁷.

³⁵ *Ibíd*em, p. 9.

³⁶ *Ibíd*em, p. 11.

³⁷ *Ibíd*em, 12 y 13.

Por lo que nos dicen las siguientes jurisprudencias de la décima época se entiende que los derechos humanos son acordes con lo que dispone el artículo 1o. CPEUM:

Época: Décima Época

Registro: 2015305

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.)

Página: 189

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS.

El principio de progresividad está previsto en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. Es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las autoridades respectivas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales. En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio,

emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente. En congruencia con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar).

Amparo en revisión 750/2015. María Ángeles Cárdenas Alvarado. 20 de abril de 2016. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña.

Amparo en revisión 1374/2015. Miguel Ángel Castillo Archundia y otra. 18 de mayo de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente y Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade.

Amparo en revisión 1356/2015. Ulises Alejandro Espinoza. 6 de julio de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Zamir Andrés Fajardo Morales.

Amparo en revisión 100/2016. María Isabel Cornelio Cintora y otros. 10 de agosto de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz

Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular.
Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Amparo en revisión 306/2016. Tonatiuh Cruz Magallón. 8 de marzo de 2017.
Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández.
Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Zamir Andrés Fajardo Morales.

Tesis de jurisprudencia 85/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cuatro de octubre de dos mil diecisiete.

Esta tesis se publicó el viernes 20 de octubre de 2017 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de octubre de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época

Registro: 2015304

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 87/2017 (10a.)

Página: 188

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA PROHIBICIÓN QUE TIENEN LAS AUTORIDADES DEL ESTADO MEXICANO DE

ADOPTAR MEDIDAS REGRESIVAS NO ES ABSOLUTA, PUES EXCEPCIONALMENTE ÉSTAS SON ADMISIBLES SI SE JUSTIFICAN PLENAMENTE.

El principio referido impone al Estado, entre otras cuestiones, la prohibición de regresividad, la cual no es absoluta y puede haber circunstancias que justifiquen una regresión en cuanto al alcance y tutela de un determinado derecho fundamental. Sin embargo, dichas circunstancias están sujetas a un escrutinio estricto, pues implican la restricción de un derecho humano. En este sentido, corresponde a la autoridad que pretende realizar una medida regresiva (legislativa, administrativa o, incluso, judicial) justificar plenamente esa decisión. En efecto, en virtud de que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone a todas las autoridades del Estado Mexicano la obligación de respetar el principio de progresividad, cuando cualquier autoridad, en el ámbito de su competencia, adopta una medida regresiva en perjuicio de un derecho humano y alega para justificar su actuación, por ejemplo, la falta de recursos, en ella recae la carga de probar fehacientemente esa situación, es decir, no sólo la carencia de recursos, sino que realizó todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos a su disposición, en el entendido de que las acciones y omisiones que impliquen regresión en el alcance y la tutela de un derecho humano sólo pueden justificarse si: a) se acredita la falta de recursos; b) se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito; y, c) se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano (y no cualquier objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente, era mayor. Esto es, si bien es cierto que las autoridades legislativas y administrativas tienen, en ciertos ámbitos, un holgado margen de actuación para diseñar políticas públicas, determinar su prioridad relativa y asignar recursos, también lo es que dicha libertad se restringe significativamente cuando está en juego la garantía de los diversos derechos humanos reconocidos por nuestro sistema jurídico, ya que éstos, en tanto normas que expresan el reconocimiento de principios de justicia de la máxima importancia moral, tienen prioridad prima facie

frente a cualquier otro objetivo social o colectivo, pues en una sociedad liberal y democrática, estos últimos tienen solamente valor instrumental y no final, como los derechos humanos.

Amparo en revisión 750/2015. María Ángeles Cárdenas Alvarado. 20 de abril de 2016. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Alejandro González Piña.

Amparo en revisión 1374/2015. Miguel Ángel Castillo Archundia y otra. 18 de mayo de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente y Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Guillermo Pablo López Andrade.

Amparo en revisión 1356/2015. Ulises Alejandro Espinoza. 6 de julio de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Zamir Andrés Fajardo Morales.

Amparo en revisión 100/2016. María Isabel Cornelio Cintora y otros. 10 de agosto de 2016. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Amparo en revisión 306/2016. Tonatiuh Cruz Magallón. 8 de marzo de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández.

Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Zamir Andrés Fajardo Morales.

Tesis de jurisprudencia 87/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cuatro de octubre de dos mil diecisiete.

Esta tesis se publicó el viernes 20 de octubre de 2017 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de octubre de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época

Registro: 2006224

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 5, Abril de 2014, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)

Página: 202

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar

Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas,

reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO." y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD

ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 09:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

De las jurisprudencias anteriores entendemos la función limitadora para el Estado de no restringir los derechos humanos solo exceptuando las mismas que se establecen en la misma Constitución Federal atendiendo la supremacía constitucional, es decir, su función es progresiva pero no deja de ser relativa, ya que no es absoluta. Así se entiende atendiendo la parte final del primer párrafo del artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "... cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece". Y de conformidad con la Supremacía Constitucional del artículo 133 de la misma Constitución Federal.

Ninguna actuación del Derecho Penal, de Justicia Penal Militar o disciplinaria, o incluso de tránsito o de policía, puede ser ventilada o solucionada en la actualidad sino en el entorno de la concepción de los derechos humanos, de los lineamientos de la Constitución Política Nacional, de tratados internacionales respecto de los derechos fundamentales y del presupuesto fundamental de la dignidad de la persona humana como objetivo central de la vida social y de los fines

del Estado, dado el carácter progresivo que sobre ella contiene la Constitución³⁸.

Así que las limitaciones están establecidas cuando la misma Constitución Federal los establece como excepciones para restringir los derechos humanos, no por capricho ni por arbitrariedad.

Existe, pues, una primacía, esto es una superioridad de los derechos humanos, la cual debe operar tanto para el legislador como para el juez o el intérprete o funcionario encargado de aplicar la ley. Por otra parte, esa superioridad significa que no pueden considerarse como simples enunciados teóricos, sino que constituyen obligaciones jurídicas que deben materializarse en claras políticas de Estado, y que le son exigibles al Estado por los ciudadanos. En este sentido, la normatividad penal (punitiva y procesal) tiene que adecuarse, amoldarse y desarrollar la filosofía y el espíritu y la política de la Constitución y la normativa internacional asumida por la República. El Derecho Penal y el Procesal Penal, en un sistema garantista, tienen que ser creados e interpretados desde las previsiones de la Constitución³⁹.

Por lo que la Constitución es la fuente y norma superior de las que se derivan las demás normas tanto la punitiva de las entidades federativas, la procesal y la de ejecución; ambas, ahora, con aplicación a nivel nacional. Así que deberán ser coherentes, sistemáticas y acordes con la realidad de las necesidades de nuestro país.

“En tal virtud, siendo la Constitución ‘norma superior’ o ‘norma de normas’, resulta claro que la creación y la posterior interpretación del ordenamiento jurídico penal

³⁸ *Ibidem*, p. 13.

³⁹ *Ídem*.

(sustantivo, procesal y penitenciario) no puede ser contradictorio o negatorio de la filosofía constitucional, y que en todo caso de contradicción o incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplican con preferencia las normas constitucionales”⁴⁰.

Si tomamos en cuenta lo que dispone el artículo 1o. de nuestra CPEUM se autoriza el juez desaplicar la norma que riña con los derechos humanos garantizados y reconocidos constitucionalmente y de los tratados internacionales suscritos por México.

“El proceso penal en la actualidad tiene el reto de consolidarse en ser salvaguarda del régimen de valores, garantías y libertades fundamentales que consagra la Constitución. Esto significa que el proceso penal debe ser un medio adecuado para velar por la tutela efectiva de los derechos y libertades contenidos en la Norma Suprema. Esto supone los derechos y libertades de todos...”⁴¹.

Solo consolidando lo que ordena la Constitución en México a través de los derechos humanos y que son garantizados para su reconocimiento y protección desde la misma Constitución, será un país en donde el Estado de Derecho se lleva a cabo a la práctica y que deja de existir solo como tema para los doctrinarios y que deja de propalarse en los medios de comunicación como algo especial.

Uno de los aspectos fundamentales de la esencia democrática es el control del poder. En el Estado constitucional el control primario o esencial es precisamente salvaguardar la Constitución y los derechos, las libertades y garantías que ella consagra. En la Constitución se ha establecido el respeto y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, los cuales no pueden ser violentados por ningún poder público, además se establece la organización del poder público bajo

⁴⁰ *Ibíd*em, p. 14.

⁴¹ *Ibíd*em, p. 14.

el dominio del principio democrático, todo ello exige defensa o protección frente a la actividad del poder público o de los individuos que circunstancialmente lo detentan. Estos mecanismos de defensa son formas de control que la doctrina ha calificado como control de constitucionalidad...⁴².

“...El control del poder público, no sólo en su aspecto administrativo, sino en sus políticas, actividades y actos es parte del principio democrático. Allí se expresa la dimensión material, organizativa y procedimental de la democracia...”⁴³.

Aceptando que la Constitución es una norma de aplicación directa, podemos ver que el derecho a la supremacía arranca desde ella misma, en concreto en el art. 1º CPEUM., es una norma que se dirige a los poderes públicos y a los ciudadanos, produciendo un efecto vinculante. Nótese que hay una bifurcación: poderes públicos y ciudadanos, lo que implica que cada uno tiene el deber de cumplir con la Constitución y, por supuesto, cada uno tiene derecho a exigir el cumplimiento constitucional. Es un derecho-deber, hay una correlación: tengo deber de cumplir la Constitución y también tengo el derecho que se cumpla la Constitución. Si admitimos que existe un derecho público subjetivo a la supremacía constitucional, con doble carácter: sustancial y procesal⁴⁴:

- Sustancial, en cuanto contiene derechos y libertades que deben ser protegidas y con titularidad indiscutible;
- Procesal, en cuanto ese derecho puede ser opuesto en cualquier circunstancia y debe haber un pronunciamiento.

⁴² *Ibíd*em, p. 18.

⁴³ *Ibíd*em, p. 19.

⁴⁴ *Ídem*, p. 19.

Tendremos que expresar que el control de la constitucionalidad es un derecho público subjetivo que conecta la supremacía constitucional con la efectivización de la misma.

...el control de la constitucionalidad es un derecho que conecta las garantías materiales y procesales en el Estado Constitucional Democrático. El ciudadano en el ejercicio de sus pretensiones por vía jurisdiccional tiene derecho a que se le aplique una ley conforme con la Constitución, en caso de ser inconstitucional dicha ley tiene derecho a que se controle su constitucionalidad; en ese momento se fundamenta en el derecho de supremacía constitucional y para hacer efectiva esa supremacía ejerce el derecho al control de la constitucionalidad. Este derecho en cuanto cumple una función específica, en resguardo de la constitucionalidad podremos ubicarlo como un Derecho Procesal subordinado a la supremacía constitucional⁴⁵.

Con fundamento en los artículos 133 y 1o. de la CPEUM tenemos que partir de lo que en dichos artículos se ha establecido para el Sistema de Justicia Penal de nuestro país y, así poder entender y utilizar correctamente el CNPP.

El artículo 133 establece que:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución,

⁴⁵ *Ibíd*em, pp. 19 y 20.

leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas

El artículo 1º dispone:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad

humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

1.3 LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL ADJETIVA DEL AÑO 2013

Con la publicación del día 8 de octubre de 2013 en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el cual se reforma el artículo 73, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para la creación de un solo Código de Procedimientos Penales, una Ley de Justicia Alternativa y una Ley de Ejecuciones de Sanciones Penales para los Estados Unidos Mexicanos, dejando a partir del 9 de octubre de 2013 sin facultades a los congresos de los Estados para legislar en materia de derecho procesal penal.

DECRETO por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ARTÍCULO ÚNICO. Se reforma la fracción XXI del artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

...

TRANSITORIOS

PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación de conformidad con las disposiciones previstas en los artículos siguientes.

SEGUNDO. La legislación única en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto, entrará en vigor en toda la República a más tardar el día dieciocho de junio de dos mil dieciséis.

La legislación vigente en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas expedida por el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal continuará en vigor hasta que inicie la vigencia de la legislación que respecto de cada una de dichas materias expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto.

TERCERO. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación procedimental penal que establece el presente Decreto, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes al momento de iniciarse dichos procedimientos.

Es muy cierto que, el Congreso de la Unión hace gala de su escasa o casi nula dialéctica:

En diciembre de 2013, había personas que consideraban que el Dictamen del Código Nacional de Procedimientos Penales sería materia de una discusión importante en la Cámara revisora y que habría cambios sustanciales en el mismo. Desafortunadamente se equivocaron, pues nuestros legisladores no hacen honor a la dialéctica y aprueban todo a una velocidad que sorprende. Por ello el Código Nacional de Procedimientos Penales fue promulgado el día 4 de marzo de 2014 y publicado el día siguiente en el Diario Oficial de la Federación⁴⁶.

“Este ordenamiento (...) según se dice, fue producto de más de mil horas de trabajo y discusión”⁴⁷.

⁴⁶ Martínez Bastida, Eduardo, *Manual para litigantes del procedimiento nacional acusatorio y oral*, 3a. ed., México, editorial Raúl Juárez Carro, 2015, p. 21.

⁴⁷ Martínez Bastida, Eduardo, op. cit., p. 21.

Atento a esto resulta llamativo que, después de tanto trabajo y debate, el CNPP presente tantos errores, pues partimos de la presunción de que en este proceso participaron como asesores una serie de personajes que, derivado de cursitos que han tomado en países como Chile, se vendan como auténticos dioses del tema. Lo anterior los lleva, también, a ser contratados como capacitadores y conferencistas de poderes judiciales, procuradurías, comisiones, etc. sin tener trabajo de capacitación para litigantes y, mucho menos, invertir tiempo para impartir el tema en semestres de alguna Universidad. Su ego, carencia de práctica profesional y académica sería –al grado que muchos aparecieron en el estrellato jurídico, como buenos oportunistas, a raíz de la reforma de la reforma de 18 de junio de 2008- les generó tal ceguera que no quisieron ver los errores que traía su eficiente asesoría⁴⁸

“Cuando se lee atentamente el nuevo Código Adjetivo Federal da la impresión de que nunca se consideró la Constitución Política en su redacción, que se hizo un ‘corte’ y ‘pegue’ de las legislaciones de otros países sin considerar la supremacía de nuestra Carta Magna consagrada en su numeral 133”.⁴⁹

“Entonces, se tiene un gran problema en este nuevo Código Adjetivo, ya que se redactó ajeno a muchas disposiciones de la Carta Magna, sin hacer una interpretación constitucional de muchos de sus numerales”⁵⁰.

Parece, entonces, que el legislador se apresuró de más al publicar el Código Nacional de Procedimientos Penales, parece que lo hizo sin reflexión alguna, sin una interpretación constitucional. Eso sí, importando leyes, conceptos técnicas, ideas que no se adecuaron a

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Pérez Loyo, Erik, *Inconstitucionalidades e incongruencias del Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 1.

⁵⁰ Pérez Loyo, Erik, op. cit., p. 1.

nuestra Carta Magna, algunas de ellas inconstitucionales, otras que, sin serlo, terminan siendo incongruentes. Lo que obligará a una serie de reformas (pese a las ya realizadas) para que el nuevo sistema logre funcionar adecuadamente y en armonía con nuestra ley suprema y todos los tratados que estén con la misma⁵¹.

También hay muchos artículos del CNPP que, “sin ser inconstitucionales, no se entienden por sí mismos (muchas veces ni una interpretación sistemática permite entenderlos). Artículos que no son del todo claros y es necesario analizar para tratar de entender que (sic) quisieron decir”⁵².

“Pero igual están esos artículos que dicen ‘x’, para en otros similares decir ‘y’. Entonces, no terminan de guardar congruencia entre sí mismos, no se entiende cómo un artículo puede decir algo y artículos después otro numeral del mismo ordenamiento lo contradiga ¿Cómo pudo ser?”⁵³.

1.4 LA MISCELÁNEA PENAL DEL 17 DE JUNIO DEL AÑO 2016.

Fiel a su poca vocación de legislador, el poder legislativo agotó el proceso legislativo hasta un día antes para la entrada en vigor a nivel nacional del CNPP, con fecha 17 de junio de 2018 y se publicó en el DOF la denominada *Miscelánea Penal*, es decir, un día antes de que se cumpliera la *vacatio legis* se publicó reformas al CNPP, así también salió la publicación de la Ley Nacional de Ejecución Penales y la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. Lo que aquí interesa son las reformas al CNPP.

Me referiré aquí, a los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, ya que actualmente en el plazo constitucional se establece que sólo se desahogarán los medios de prueba para delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa y también

⁵¹ *Ibíd*em, p.2

⁵² *Ibíd*em, 117.

⁵³ *Ídem*.

en el artículo quinto transitorio de la miscelánea penal publicado el día 17 de junio de 2016 dispone que, los sentenciados que están cumpliendo una condena podrán disfrutar de las bondades del sistema de justicia penal y acusatorio.

Si desde el artículo 19 de la CPEUM asumimos que no podrá exceder el plazo de 72 hrs. la detención del indiciado ante autoridad judicial con auto de vinculación a proceso y que sólo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. Entonces, no es necesario que el Juez de Control agote dicho plazo, en caso de prórroga, para determinar la situación jurídica del imputado.

En el artículo 314 del CNPP ha establecido que:

El imputado o su Defensor podrán, durante el plazo constitucional o su ampliación, presentar los datos de prueba que consideren necesarios ante el Juez de control.

Exclusivamente en el caso de delitos que ameriten la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa u otra personal, de conformidad con lo previsto en este Código, el Juez de control podrá admitir el desahogo de medios de prueba ofrecidos por el imputado o su Defensor, cuando, al inicio de la audiencia o su continuación, justifiquen que ello resulta pertinente.

Acorde con lo que establece el artículo 14 de la Constitución dentro de sus primeros tres párrafos, la miscelánea penal en su artículo quinto transitorio dispone lo siguiente:

Tratándose de aquellas medidas privativas de la libertad personal o de prisión preventiva que hubieren sido decretadas por mandamiento de autoridad judicial durante los procedimientos iniciados con base en la legislación procesal penal vigente con anterioridad a la entrada en vigor del sistema de justicia penal acusatorio adversarial, el inculpado o imputado podrá solicitar al órgano jurisdiccional competente la revisión de dichas medidas, para efecto de que, el juez de la causa, en los términos de los artículos 153 a 171 del Código Nacional de

Procedimientos Penales, habiéndose dado vista a las partes, para que el Ministerio Público investigue y acredite lo conducente, y efectuada la audiencia correspondiente, el órgano jurisdiccional, tomando en consideración la evaluación del riesgo, resuelva sobre la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese, en términos de las reglas de prisión preventiva del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como del Código Nacional de Procedimientos Penales. En caso de sustituir la medida cautelar, aplicará en lo conducente la vigilancia de la misma en términos de los artículos 176 a 182 del citado Código.

Se corrobora lo establecido en la Constitución Federal tal y como ya se ha mencionado anteriormente del artículo 14 dentro de sus primeros tres párrafos que a la letra dice que:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

...

Además las siguientes tesis jurisprudenciales refuerzan lo aquí señalado:

Época: Décima Época

Registro: 2012363

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.)

Página: 633

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

Amparo directo en revisión 1200/2014. 8 de octubre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 230/2014. 19 de noviembre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 5327/2014. 17 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Alejandra Daniela Spitalier Peña.

Amparo directo en revisión 6055/2014. 8 de julio de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

Amparo directo en revisión 2524/2015. 10 de febrero de 2016. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

Tesis de jurisprudencia 37/2016 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diez de agosto de dos mil dieciséis.

Esta tesis se publicó el viernes 26 de agosto de 2016 a las 10:34 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 29 de agosto de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época

Registro: 2014218

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 42, Mayo de 2017, Tomo I

Materia(s): Constitucional, Común

Tesis: 2a./J. 41/2017 (10a.)

Página: 634

PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI LA LIMITACIÓN AL EJERCICIO DE UN DERECHO HUMANO DERIVA EN LA VIOLACIÓN DE AQUEL PRINCIPIO.

El principio de progresividad de los derechos humanos tutelado en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es indispensable para consolidar la garantía de protección de la dignidad humana, porque su observancia exige, por un lado, que todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementen gradualmente la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y, por otro, les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que disminuyan su nivel de protección.

Respecto de esta última expresión, debe puntualizarse que la limitación en el ejercicio de un derecho humano no necesariamente es sinónimo de vulneración al principio referido, pues para determinar si una medida lo respeta, es necesario analizar si: (I) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y (II) genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos. En ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano viola el principio de progresividad de los derechos humanos, el operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada.

Amparo directo en revisión 2425/2015. Grupo Uno Alta Tecnología en Proyectos e Instalaciones, S.A. de C.V. 12 de agosto de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas y Alberto Pérez Dayán. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero.

Contradicción de tesis 291/2015. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Sexto del Primer Circuito, Primero del Décimo Sexto Circuito, ambos en Materia de Trabajo y Primero del Décimo Noveno Circuito. 20 de enero de 2016. Mayoría de tres votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., José Fernando Franco González Salas y Alberto Pérez Dayán; unanimidad de votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Disidentes: Javier Laynez Potisek y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Teresa Sánchez Medellín.

Amparo directo en revisión 559/2015. Energéticos de Torreón, S.A. de C.V. 17 de febrero de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votaron con reservas José Fernando Franco González Salas y contra consideraciones relacionadas con el test de

proporcionalidad y razonabilidad de las normas Margarita Beatriz Luna Ramos.
Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 11/2016. Rodrigo Cristóbal Vázquez. 18 de mayo de 2016.
Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José
Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez
Dayán; Margarita Beatriz Luna Ramos manifestó que haría voto concurrente por
considerar que la Universidad Autónoma Metropolitana no tiene el carácter de
autoridad. Ponente: Eduardo Medina Mora I. Secretaria: Diana Cristina Rangel
León.

Amparo directo en revisión 7153/2016. José Manuel Robles Torres. 5 de abril de
2017. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier
Layne Potisek, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; se apartó
de consideraciones relacionadas con el estudio de progresividad Margarita Beatriz
Luna Ramos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Javier
Layne Potisek. Secretario: Carlos Alberto Araiza Arreygue.

Tesis de jurisprudencia 41/2017 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto
Tribunal, en sesión privada del veintiséis de abril de dos mil diecisiete.

Esta tesis se publicó el viernes 12 de mayo de 2017 a las 10:17 horas en el
Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación
obligatoria a partir del lunes 15 de mayo de 2017, para los efectos previstos en el
punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época

Registro: 2016600

Instancia: Plenos de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 53, Abril de 2018, Tomo II

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: PC.I.P. J/43 P (10a.)

Página: 1317

LIBERTAD ANTICIPADA. LA APLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL A SENTENCIADOS EN EL SISTEMA MIXTO NO ESTÁ RESTRINGIDA POR LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS CUARTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008 Y TERCERO DE LA LEGISLACIÓN CITADA (APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE RETROACTIVIDAD DE LEY BENÉFICA Y PRO PERSONA).

Cuando el sentenciado en un proceso penal mixto solicita a la autoridad jurisdiccional de ejecución, el beneficio de la libertad anticipada previsto en el artículo 141 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, procede analizar si se le concede o no, en virtud de que las normas de ejecución anteriores a la vigencia de la legislación mencionada no la contenían, por lo que la procedencia del análisis del cumplimiento de los requisitos del numeral señalado, tiene como base la aplicación del principio de retroactividad en beneficio que opera en materia penal y el principio hermenéutico de derechos humanos pro persona, porque el artículo cuarto transitorio referido, en cuanto a derechos sustantivos, como lo es la libertad anticipada, no es una excepción al principio de retroactividad penal, pues no constituye una restricción para aplicar reglas posteriores que se consideren más benéficas previstas en el nuevo sistema acusatorio, en virtud de que su contenido y lo dispuesto en el proceso legislativo no representan restricciones a los derechos sustantivos o al derecho humano a la libertad, porque se refieren a la forma de tramitación del procedimiento penal mixto, para concluirlos con las reglas de ese modelo procesal, lo que no puede alcanzar la etapa de ejecución de la sentencia al ser una fase diversa. Así, lo que pretendió el Poder Reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con el contenido del artículo transitorio

analizado es prohibir la mezcla de disposiciones del sistema penal mixto con las del sistema acusatorio que rigen el proceso, entonces, esas limitantes no alcanzan a derechos sustantivos o a otros derechos humanos. Así, lo dispuesto en el artículo tercero transitorio de la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016, no impacta en el uso del principio de aplicación retroactiva de ley benéfica, porque el acotamiento de éste se refiere a cuestiones meramente procesales, característica que no tiene la libertad anticipada regulada en el artículo 141 de esa legislación; por tanto, el derecho a que se analice la procedencia de ese beneficio debe hacerse conforme a la ley vigente al momento en que se pida, siempre y cuando resulte de mayor beneficio al solicitante, cumpliéndose con todos los otros temas que definan la competencia de la autoridad jurisdiccional de ejecución y los restantes ámbitos de aplicación de la normativa que se estime benéfica. Esto, porque cuando el artículo tercero transitorio se refiere a "los procedimientos", alude a aquellos actos procedimentales que pueden acontecer dentro de toda la etapa de ejecución de sentencia y que a la fecha de entrada en vigor de la ley indicada no habían finalizado, mas no a aquellos asuntos cuya sentencia condenatoria haya causado ejecutoria antes de su entrada en vigor y que, por ese motivo, tuviese que aplicárseles forzosamente una de las legislaciones abrogadas en toda la etapa de ejecución. Además, la aplicación de la Ley Nacional de Ejecución Penal no se ciñe a los asuntos que causaron ejecutoria después de su entrada en vigor, sino que opera para los procedimientos o actos que surjan en la etapa de ejecución durante su vigencia, con independencia de que las causas penales correspondientes hayan causado estado antes de su entrada en vigor. De otra manera, se correría el riesgo de dejar en un plano de desigualdad ante la ley a personas con condiciones jurídicas idénticas (sentenciados ejecutoriados), sólo porque las causas penales que respectivamente se les instruyeron causaron estado en diferentes momentos en relación con la entrada en vigor de la Ley Nacional aludida, lo cual sería jurídicamente incorrecto, aunado a que no influye a lo anterior el sistema de justicia penal con base en el cual el justiciable haya sido sentenciado (sistema mixto o tradicional, o bien, acusatorio oral), pues ni en la Constitución ni en la ley, existe un impedimento o restricción para que a quienes se les fijó su situación

jurídica conforme al sistema mixto o tradicional, puedan aplicárseles las disposiciones contenidas en la Ley Nacional. Por otra parte, debe tenerse presente que el Poder Reformador de la Constitución, en la reforma publicada en el medio de difusión oficial mencionado el 8 de octubre de 2013 a su artículo 73, fracción XXI, depositó su confianza en la existencia de una legislación única en materia de ejecución de penas, con el propósito de que ésta fuera un mecanismo efectivo, eficaz y eficiente para lograr la materialización de los extremos en los que descansan los postulados citados, redujera la confrontación de criterios y se aplicara de manera uniforme en todo el país y en condiciones de igualdad para el sentenciado y demás intervinientes en el procedimiento.

PLENO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Contradicción de tesis 9/2017. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Cuarto, Sexto y Noveno, todos en Materia Penal del Primer Circuito. 12 de diciembre de 2017. Mayoría de nueve votos de los Magistrados Carlos Hugo Luna Ramos, Miguel Enrique Sánchez Frías, Mario Ariel Acevedo Cedillo, Miguel Ángel Medécigo Rodríguez, Olga Estrever Escamilla, María Elena Leguízamo Ferrer, Lilia Mónica López Benítez, José Pablo Pérez Villalba e Irma Rivero Ortiz de Alcántara. Disidente: Silvia Carrasco Corona. Ponente: Miguel Enrique Sánchez Frías. Secretaria: Erika Yazmín Zárate Villa.

Tesis y criterios contendientes:

El sustentado por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en la tesis I.9o.P.169 P (10a.), de título y subtítulo: "LIBERTAD ANTICIPADA PREVISTA EN LA LEY NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL. NO PROCEDE QUE LOS SENTENCIADOS EN EL SISTEMA MIXTO O TRADICIONAL LA SOLICITEN CON FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS TERCERO, CUARTO Y DÉCIMO TRANSITORIOS DE DICHO ORDENAMIENTO, SI ESTÁN COMPURGANDO LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 27 de octubre de 2017 a las 10:37 horas y en la Gaceta del

Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, Tomo IV, octubre de 2017, página 2486, así como al resolver los amparos en revisión 22/2017 y 95/2017, y

El sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el amparo en revisión 86/2017.

Esta tesis se publicó el viernes 13 de abril de 2018 a las 10:17 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 16 de abril de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

1.5 LA RELACIÓN DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO PROCESAL PENAL

“Mientras que al derecho penal le corresponde de establecer cuáles son las conductas consideradas como delitos y a las penas a imponer por su comisión, el derecho procesal penal establece los requisitos y formalidades que se deben observar para la aplicación del derecho penal al caso concreto y determinar quién o quiénes son responsables de dicho delito”⁵⁴. Presentándose y actualizándose una relación tan estrecha e interdependiente entre el derecho penal y el derecho procesal penal.

“Lo anterior explica por qué muchos de los mandatos establecidos por las normas supremas (constitucionales y tratados internacionales) dirigidos a normas procesales terminan siendo compartidos por normas penales sustantivas, como son: el debido proceso, la prohibición de la analogía, la irretroactividad de la ley y la prohibición de sancionar dos veces la misma conducta”⁵⁵.

⁵⁴ Díaz Aranda Enrique y Roxín Claus, *Teoría del caso y del delito en el proceso penal acusatorio*, México, editorial Straf, 2015, p. 30.

⁵⁵ *Ibíd*em, p. 31

El debido proceso impone que nadie puede ser sancionada penalmente sin la previa celebración de un procedimiento en el que se hayan cumplido todas las formalidades previstas en la ley (del párrafo segundo del artículo 14 CPEUM).

“Históricamente, los enjuiciamientos penales surgen con matiz acusatorio, el que se justificó al considerarse que toda infracción a la convivencia social repercutía en la ruptura a la paz de la comunidad, ante ello, cualquier integrante de la sociedad tenía el derecho de perseguir al infractor de la paz pública, inclusive privarlo de la vida (venganza privada)”⁵⁶.

Luego surgen políticas ideológicas en la sociedad que señalan objetivos para el orden social, los que a la vez van encaminados a regular las conductas ilícitas punibles (derecho sustantivo), a la par, surgen lineamientos procesales para que el decisor (juez) aplique el derecho violentado (derecho procesal), con todo lo anterior, se va integrando el sistema de justicia penal, respondiendo de esta manera al grupo social con una determinada idiosincrasia, frente al fenómeno delictivo, en la que participan al juzgador y las partes, definiéndose así en el transcurso del tiempo y lugar determinados sistemas procesales...⁵⁷

“El CNPP contiene distintas figuras que deben estar reguladas igualmente en los diversos Códigos Penales de la República, pues existen ‘figuras de contacto’ entre lo sustantivo y lo adjetivo que reciben el nombre de ‘figuras mixtas’, en atención a que tienen una ‘doble naturaleza jurídica’, lo mismo adjetiva que sustantiva”⁵⁸.

⁵⁶ Polanco Braga, Elías, México, *Lecciones del sistema procesal penal acusatorio y oral*, México, s.e., 2016, p. 3.

⁵⁷ Polanco Braga, Elías, op. cit., pp. 3 y 4.

⁵⁸ Quintino Zepeda, Rubén, *Cómo armonizar los códigos penales de la República*, México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 10.

Encontrándose entre las mencionadas anteriormente: “la competencia; las reglas del concurso de delitos, el delito continuado y sus consecuencias competenciales; los delitos de querrela; la individualización de las sanciones penales; y las causas de extinción penal. Algo ocurre con las excusas absolutorias y las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, comúnmente establecidas en los Códigos Penales”⁵⁹.

Camilo Constantino Rivera les llama “‘Figuras Frontera’ entre el Derecho Penal y el Proceso Penal a las principales figuras donde tienen una estrecha relación e interdependencia entre dos ciencias del derecho, que no se pueden ver como rivales o por jerarquías, sino como conjuntas: lo sustantivo y lo adjetivo”⁶⁰.

Por su parte, Rubén Quintino Zepeda afirma que, “El Derecho procesal penal actualmente se concibe como una disciplina autónoma, independiente del Derecho penal sustantivo”⁶¹. Sigue reforzando lo anterior al explicar que:

Sin embargo, no hace falta ser un experto en Derecho procesal penal para percatarse de la autonomía científica, de esta disciplina. Cualquier libro de introducción al estudio del Derecho, a la Metodología jurídica, e incluso de derecho penal sustantivo, puede informarse al respecto. Pero independiente de su autonomía científica que existe entre Derecho sustantivo y Derecho adjetivo, no es posible negar su necesaria y recíproca interdependencia⁶².

Siendo la relación recíproca, estrecha e interdependiente entre el derecho penal y el derecho procesal penal se complementan en un sistema penal democrático.

⁵⁹ Quintino Zepeda, Rubén, op. cit., p. 1.

⁶⁰ Constantino Rivera, Camilo y Quintino Zepeda, Rubén, *40 Reglas para que el Ministerio Público determine la clasificación jurídica*, México, editorial MaGister, 2016, p. 11.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 103.

⁶² *Ibíd.*, p. 104.

1.6 LA RELACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL CON OTRAS CIENCIAS

El derecho Procesal Penal es una ciencia que requiere o se auxilia, a su vez, de otras ciencias para cumplir con su finalidad constitucional de esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. De esta manera se relaciona con las siguientes ciencias⁶³:

1. Derecho constitucional, la Constitución señala principios procesales (rectores, generales y específicos), para ser reglamentados en leyes secundarias para estructurar el procedimiento penal, también contiene un cúmulo de garantías procesales en los artículos del 13 al 23 referentes al debido proceso.
2. Derecho penal sustantivo, las normas sustantivas penales tienen eficacia en el procedimiento al determinar su desarrollo, la procedencia o no de la sanción contenida en ellas, o sea, da la materia para realizar el procedimiento.
3. Derecho civil, ésta reglamenta instituciones, bienes muebles e inmuebles, la propiedad, la posesión, personas físicas y morales, capacidad, incapacidad, representación, etc., que se tutela en el derecho sustantivo penal, sin que se definan en sus normas penales, solamente se mencionan como elementos del tipo penal; para interpretarlas y aplicarlas en el procedimiento penal se recurre al derecho civil.
4. Teoría general del proceso, ella proporciona principios procesales, postulados, instituciones, reglas de organización y procesales y otros que son imprescindibles al procedimiento penal, para fundar lineamientos procesales que requiere para su desarrollo al aplicarlo de manera concreta.

⁶³ Polanco Braga, Elías, *Lecciones del sistema procesal acusatorio y oral*, México, s.e., 2016, pp. 118 y 119.

5. Derecho procesal civil, ésta y el procedimiento penal persiguen la aplicación de la ley al caso concreto, aunque muchos actos jurídicos procesales trascienden en el procedimiento penal como la falsedad de declaraciones ante autoridad judicial, la exhibición de documentos falsos o alterados, incidentes criminales, etc., también, el trámite de la reparación del daño es substanciado con las reglas del proceso civil.
6. Derecho administrativo, una de sus funciones es estructurar el órgano jurisdiccional penal al fijar las actividades y obligaciones de los servidores públicos que la componen, igualmente estructura y vigila el sistema penitenciario para la atención de los detenidos preventivamente o a prisión determinada, así mismo, brinda auxilio a la procuración de justicia e impartición de justicia por medio de funcionarios policiales.
7. Derecho internacional, éste brinda normas procesales penales para el trámite del procedimiento por medio de los tratados y convenciones internacionales como en el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles, la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre, la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales de 1949, en ellos se regula el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, la protección consular, la inmunidad de funcionarios, la doble instancia, el suministro de intérprete, etc.
8. Criminología, es la que vela por la prevención de los delitos, además, tiene su campo de acción en la administración de la justicia, en razón que estudia y analiza el crimen como derecho real, sus causas, al delincuente, su génesis; aunado al tratamiento terapéutico que se le debe dar al delincuente, sin prescindir al auxilio que brindan para la individualización de la pena, puesto que el juzgador es un criminólogo para ese acto de decisión.
9. Victimología, influye en el procedimiento penal al estudiar e interpretar los derechos y facultades que tiene la víctima en su participación activa que tiene para hacerlos valer en su derecho, mismos que se contienen en la Constitución y en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

10. Filosofía del derecho, ésta trata de resolver la naturaleza procedimental y sus valores, al comprender los valores de: lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo; además, los fines en que se orienta la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.
11. Otras, como la sociología jurídica, política criminal, balística forense, medicina forense, derecho ejecutivo, dactiloscopía, grafoscopía, psicología judicial, psiquitría forense, estomatología forense (estudios buco-dentales), tanatología, biología criminal, derecho laboral, derecho fiscal, derecho agrario, práctica forense, química forense, física forense, historia, lógica jurídica, etc.

CAPÍTULO II

LA TEORIA DEL DELITO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL

“La teoría del delito pretende contestar la pregunta de qué es el delito a través de la identificación, conceptualización y sistematización de aquellos elementos que puede considerarse comunes a todo delito y que deben reunirse para la aplicación de las consecuencias jurídico-penales que establece la ley (...)”⁶⁴. Y su importancia⁶⁵ radica en el de ser un instrumento conceptual que aporta al profesional en el Derecho las construcciones de solución teóricas de las principales cuestiones dogmáticas sistemáticas que permitirán una mejora en la calidad de trabajo, así como una correcta fundamentación de sus posiciones, dando como beneficios⁶⁶ a los operadores jurídicos lo siguiente:

1. Facilita el material jurídico.
2. Permite la existencia de una jurisprudencia racional objetiva e igualitaria, contribuyendo de esta forma a la seguridad jurídica.
3. Profundiza en ámbitos que el legislador sólo ha contemplado en forma genérica o que incluso no ha previsto.
4. Ofrece al legislador las bases y criterios para realizar las necesarias reformas de la legislación penal.
5. Presupone la existencia de una diferenciación en las funciones sociales de emitir e interpretar las normas.

Para el estudio de la teoría del delito recurriremos a la dogmática, que no es otra cosa que el estudio del dogma, más específicamente la interpretación del dogma.

⁶⁴ Benavente Chorrés, Hesbert, *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, 3a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 159.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 161.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 162.

En derecho penal, el dogma es la ley penal, pues es la única fuente obligatoria del derecho penal. La interpretación mencionada debe ser coherente y sistemática.

“... a través de la teoría del delito el Derecho Penal, en concreto su dogmática, encuentra una herramienta tendiente a dotarle de certeza, capacidad reguladora y credibilidad, apuntando además, a mejorar su grado de eficacia y garantismo”⁶⁷.

“La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana”⁶⁸. Bajo este concepto, podemos señalar estas características propias de la teoría del delito⁶⁹:

- Es un sistema porque representa un conjunto ordenado de conocimientos.
- Son hipótesis⁷⁰, pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.
- Posee tendencia dogmática al ser parte de una ciencia social. No existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.
- Consecuencia jurídica penal: el objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 163.

⁶⁸ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 203.

⁶⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., México, Cárdenas, 1998, p. 18.

⁷⁰ Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Juricentro, San José, 1985, p. 143.

“En principio entendemos aquí por dogma, las palabras o conceptos que se encuentran en la ley penal y de los que servidores públicos de procuración (agentes del Ministerio Público) y aplicación del derecho (jueces) y litigantes se valen para sistematizar el contenido de la ley penal. El método que se utiliza para el análisis y la sistematización de la ley penal se llama método dogmático”⁷¹.

Un “dogma” es un hecho que se tiene por cierto, aunque ese hecho sea indemostrable.

Se llama dogmática jurídica, precisamente porque los estudios que se realizan (por ejemplo: estudio dogmático del homicidio, lesiones, privación ilegal de la libertad, etc.), parten de contenidos en las leyes. Estos dogmas fueron plasmados por el legislador; es entonces, cuando el investigador realiza el estudio de esos dogmas para darles una sistematización coherente con la Constitución y las leyes, está realizando un estudio dogmático; y en consecuencia está haciendo ciencia del derecho⁷².

“La dogmática jurídico penal, se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales, u opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal”⁷³. Tiene por “objeto el estudio, el análisis y la interpretación del Derecho Penal vigente, sin ella no existe, ni siquiera nace”⁷⁴. “A las construcciones sistémicas del derecho penal, también se les conoce como *Teoría del Delito*, *Teoría del Hecho Punible*, o más modernamente, *Teoría de la Imputación*”⁷⁵.

⁷¹ Jiménez Martínez, Javier, *La importancia de conocer la teoría del delito en el nuevo sistema procesal penal acusatorio*, México, Flores editor y distribuidor, 2013, p. 49.

⁷² Jiménez Martínez, Javier, op. cit., México, Flores editor y distribuidor, 2013, p. 51.

⁷³ *Ibidem*, p. 49.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 65.

Es de amplio conocimiento⁷⁶, que el delito y la pena, junto con el binomio peligrosidad/medida de seguridad, constituyen dos objetos centrales del Derecho Penal.

La primera aproximación al delito y a las normas penales es una aproximación lógica y sistemática, que parte de la ley positiva como un dogma, al menos provisional. El estudio lógico y hermenéutico de los preceptos penales, la deducción del principio y la elaboración de sistema es la respuesta de los juristas al deseo de aplicación de un Derecho Penal con criterios seguros e igualitarios, es por tanto, también, un medio de garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la aplicación de la ley penal por los jueces y tribunales⁷⁷.

Enrique Díaz Aranda respecto a la interpretación doctrinal en el derecho penal dice:

También los autores desarrollamos criterios de interpretación para establecer el sentido y alcances de la norma penal que se convierten en dogmas, de ahí que se hable de la dogmática penal como ciencia del derecho penal. En cambio, la teoría del delito surge cuando los dogmas se sistematizan metodológicamente y alcanzan un grado de desarrollo tal que permite interpretar la ley penal en general para aplicarla a casos concretos con el fin de determinar si son o no delitos⁷⁸.

Teoría del delito es la sistematización de los dogmas que llevan a cabo los autores con los criterios de interpretación para establecer el alcance de la norma penal. No

⁷⁶ Benavente Chorres, Hesbert, *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, 3a. ed., 2016, p. 157.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Díaz Aranda, Enrique y Roxín, Claus, *Teoría del caso y del delito en el proceso penal acusatorio*, México, Straf, 2015, p. 18.

sólo el alcance de interpretación de la norma penal sino también el sentido que adquiere al sistematizarse los dogmas.

A manera de carta de presentación, es válido afirmar que:

La teoría del delito comenzó con el llamado sistema clásico, más conocido como causalismo, sustentado por Franz von Liszt y Ernst Beling (1886-1920 aproximadamente); el segundo, fue el neoclásico desarrollado por Edmund Mezger (1920-1940); el tercero, fue el sistema finalista elaborado por Hans Welzel(1940-1970), y actualmente el funcionalismo político criminal de Claus Roxin así como el funcionalismo normativista de Gunter Jacobs. Cada uno de los sistemas ha partido de los desarrollos de su predecesor, tomando algunos de sus postulados, reformulando otros y generando nuevas concepciones⁷⁹.

Así para tener la posibilidad de desarrollar óptimamente el presente trabajo comenzaré con la explicación que nos proporciona Enrique Díaz Aranda:

La adopción de un sistema u otro no es una cuestión de modas, pues constituye una base metodológica guiada por distintas corrientes filosóficas y político criminales que conllevan a interpretar la ley de forma distinta e incluso contradictorias para un mismo caso. En otras palabras, aunque el caso y la ley sean las mismas, su solución puede variar muchísimo dependiendo de la corriente doctrinal que se aplique. De ahí la gran importancia de la teoría del delito y del compromiso que adquieren quienes lo desarrollan y quienes lo aplican, dado que el fin

⁷⁹ Ibídem, p. 19.

por alcanzar no sólo radica en una solución congruente con el texto de la ley, sino que debe ser acorde con la justicia⁸⁰.

“(…); por ello sólo desarrollaremos las bases metodológicas y los criterios que consideramos necesarios para determinar si se ha cometido o no un delito conforme a los parámetros de la justicia penal propia de un Estado social y de derecho y la protección de derechos humanos”⁸¹.

¿Cuándo se ha cometido un delito? Podría decirse, en un primer momento, es cuando una persona lesiona o, cuando menos, pone en peligro o riesgo un bien jurídico tutelado por el derecho penal. Pero esta afirmación no se concibió así en los inicios de la dogmática. La pregunta anterior ha sido una constante e incesante interrogante en la búsqueda de respuestas en los dogmáticos del derecho penal para saber cuándo se ha cometido un delito.

Aquí aparece en primer término el *bien jurídico* que debe estar protegido previamente por una ley penal para que su lesión o puesta en peligro tenga importancia para el Derecho Penal y también para que el gobernado a través del derecho subjetivo haga valer su pretensión de sanción a través del proceso.

A través de la historia se han realizado muchos intentos por ofrecer criterios generales de interpretación para determinar cuándo estamos ante la comisión de un delito. Tradicionalmente se conocen las interpretaciones gramaticales o exegéticas, lógico-sistemáticas, históricas y teleológicas, las cuales representaron grandes avances hasta el siglo XIX. Sin embargo, es hasta fines del siglo XIX y principios del siglo XX cuando se exponen sistemas de análisis debidamente estructurados conforme a un método científico que ordena y sistematiza los abundantes criterios de interpretación de la ley penal.

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ Ibídem, p. 20.

En palabras sencillas, el sistema penal nos indica qué debemos estudiar primero y qué después; por ello, si no contáramos con una teoría del delito estructurada conforme a un sistema, difícilmente podríamos determinar si un hecho de la realidad constituye o no la comisión de un delito, pues no sabríamos por dónde empezar, y nuestra labor se convertiría en un caos⁸².

De lo anterior, se desprende que, hay “la necesidad de recurrir a criterios de interpretación doctrinal para poder esclarecer debidamente cuándo el hecho merece ser sancionado como delito y cuándo no”⁸³.

“La función de la teoría del delito consiste en ofrecernos el sistema para analizar de forma ‘ordenada’ o ‘sistemizada’ el hecho y proporcionarnos los ‘criterios de interpretación de la norma penal’ para determinar si se ha cometido un delito”⁸⁴.

Es función principal y única de la Teoría del delito ofrecernos una sistematización racional de la interpretación de la norma penal.

“En Alemania se han desarrollado los cuatro grandes sistemas de análisis de la teoría del delito, los cuales se emplean en todos aquellos países que, como México, tienen un sistema jurídico de tradición romano-canónica-germánica. Éstos son:1) sistema clásico; 2) sistema neoclásico; sistema finalista, y 4) sistema funcionalista”⁸⁵.

El punto de coincidencia entre los cuatro sistemas penales radica en considerar al delito como una conducta, típica, antijurídica y culpable. El primero es considerado como el presupuesto de todo delito (conducta), mientras que los restantes son considerados como

⁸² Ibídem, p. 41.

⁸³ Ibídem, p. 58.

⁸⁴ Ídem

⁸⁵ Ídem.

elementos o 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). Sólo cuando hemos constatado la existencia del presupuesto y los tres elementos podemos sostener la existencia del delito⁸⁶.

“A pesar de que los cuatro sistemas tienen el mismo presupuesto y las tres categorías, la interpretación que dan a cada uno es distinta y, en ocasiones, diametralmente opuesta; ello se debe a sus distintas bases ideológicas y el uso que se le dé”⁸⁷.

“Aunada a la diferente base ideológica de cada sistema, se debe hacer notar la integración de cada categoría o elemento... Es decir, la integración de cada escalón (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) puede ser distinta en cada sistema...”⁸⁸.

“Se debe tener presente que la estructura de análisis a través de las categorías que conforman a la teoría del delito tiene como función analizar ordenada y sistemáticamente un hecho, razón por la cual no se debe alterar su orden: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Así, el análisis sistemático del delito presupone una constatación sucesiva del presupuesto y de cada categoría”⁸⁹.

Hay una orden de prelación, siempre será primero la conducta desplegada por el sujeto activo en un hecho y que ese hecho sea típico, para poder pasar después al análisis de la antijuridicidad y llegado al injusto penal se podrá analizar después su culpabilidad.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Ibídem, p. 59.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Ídem.

... la diferencia más importante entre los sistemas subyace en la fundamentación filosófica de cada uno, lo cual da lugar a la distinta interpretación de cada una de sus categorías y la integración de cada una de ellas. Conocer la orientación global del sistema es de suma importancia para entender cómo y por qué se llega a determinadas soluciones, pues en ocasiones los sistemas penales coinciden en la solución del caso, pero pueden llegar a sostener conclusiones distintas e incluso encontradas. Así, teniendo como sustento legal el mismo ordenamiento jurídico, llámese Código Penal Federal o Código Penal local y demás leyes penales, los diferentes sistemas pueden llegar a ofrecernos criterios para interpretar esa ley de manera distinta e incluso llegar (sic) a sostener soluciones encontradas para un mismo caso; de ahí, la importancia de saber exactamente cuál es el sistema que estamos aplicando⁹⁰.

Lo anterior no significa que los diferentes sistemas estén reñidos entre sí; en realidad cada nuevo sistema ha surgido para superar las críticas realizadas a su antecesor. Se trata, en consecuencia, de una evolución de la teoría del delito para responder a los requerimientos sociales de justicia.

La interpretación de las normas se puede sustentar en medios de interpretación distintos al gramatical, a saber: el sistemático, el teleológico, o el histórico. Pero lo anterior no es suficiente, se necesita analizar el hecho de manera sistemática, con un método capaz de establecer cuáles son los aspectos que deberían ser analizados de cada hecho y sobre todo; el orden del análisis para poder determinar si estamos ante la comisión de un delito⁹¹.

⁹⁰ Ibídem, p. 61.

⁹¹ Ibídem, p. 58.

La única función principal de la teoría del delito consistente en ofrecernos el sistema para analizar de forma ordenada o sistematizada del hecho y proporcionarnos los criterios de interpretación de la norma penal para determinar si se ha cometido un delito, es importantísimo tomarlo como base o cimiento para el esclarecimiento de los hechos en un caso penal en concreto.

He aquí se torna indispensable distinguir qué se entiende por sistema y la manera de cómo se llega a ella, para ello es dable definir qué es sistematizar para los fines del presente trabajo. A continuación paso a dar una definición siguiendo una de las acepciones que nos brinda la Real Academia Española (RAE), por ser la que más acierta y coincide con la Teoría del delito.

Sistematizar. Organizar distintos elementos, ideas o cosas para que formen un conjunto ordenado que cumpla una función.

Díaz Aranda con respecto a la Teoría del delito nos sigue diciendo "... la teoría del delito es como una casa de tres pisos que a través de los años se ha ido reformando, cambiando en su interior, apariencia externa y funcionamiento. Por eso, aunque sigue siendo una casa de tres pisos ya no es la misma casa"⁹².

Lo anterior, es un parangón claramente de la evolución que ha sufrido la teoría del delito.

Haciendo énfasis en que, "Se debe tener presente que la estructura de análisis a través de las categorías que conforman a la teoría del delito tiene como función analizar ordenada y sistemáticamente un hecho, razón por la cual no se debe alterar su orden: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Así, el análisis sistemático del delito presupone una constatación sucesiva del presupuesto y de cada categoría"⁹³.

⁹² *Ibíd*em, p.59.

⁹³ *Ídem*.

Así como es producto de la abstracción de conceptos la sistematización de la teoría del delito, podemos utilizar la imaginación para asimilar los elementos integradores del delito como sigue:

Podemos imaginar el proceso de criba en las minas, en el que el camión deja caer todo el material en la tolva conformada por rendijas, cuya amplitud se va reduciendo a medida que se baja de nivel; de esta forma, las rocas grandes quedan en la parte superior, en el escalón inferior quedan las piedras medianas, en el tercer nivel queda la grava, mientras que en el cuarto se detiene el hormigón, y finalmente se obtiene la arena. Conforme a esta descripción gráfica, los hechos por analizar serían el material que pasa por la criba del sistema de la teoría del delito para desechar, en primer lugar las rocas, es decir aquellos hechos cuya conducta queda excluida (ausencia de conducta), y por tanto no existe el presupuesto básico del delito. Del material (hechos en los que se confirmó la conducta humana) que cae a la segunda rendija quedarán desechadas las piedras medianas (conductas que son lícitas o atípicas). Siguiendo en el proceso, el material (conducta típica) que cae a la tercera rendija quedará la grava (conducta típica pero justificada); será la cuarta rendija la encargada de detener el hormigón (conducta típica y antijurídica cuya culpabilidad está excluida, y hasta el final quedará el (sic) fina, es decir el hecho típico antijurídico y culpable que se puede calificar como delito después de haber pasado por un proceso de criba o análisis que nos sirvió para excluir otros hechos que a pesar de su apariencia no reunían todas las características necesarias para ser considerados como delito. Como se pueden observar, el orden de análisis de las categorías tienen su razón de ser, y su alteración supone inconsistencias del análisis. ¿Cómo sustentar que estamos ante una conducta antijurídica y culpable sin antes haber constatado si es típica (ilícita o prohibida)? Si la conducta está prohibida en la ley ¿no significaría ir contra el principio

de legalidad empezar por el análisis de la contravención al orden jurídico de la conducta (antijuridicidad), seguir con el juicio sobre el autor (culpabilidad) y dejar hasta el final la determinación si ese hecho antijurídico y culpable estaba prohibido (tipicidad)?⁹⁴

Es así que aquél operador jurídico con dominio de la teoría del delito y es conocedor del sistema del derecho procesal acusatorio y oral logrará salir avante ante el hecho que la ley señala como delito desde la noticia criminal "... sólo el análisis dogmático de un hecho permite al intérprete contar con un instrumento científico que le permita afirmar de manera razonada y objetiva si se encuentra realmente ante un hecho que la ley señala como delito, ..."⁹⁵; por eso, es trascendente y de primer orden, aplicar la teoría del delito en el sistema procesal actual, "de ahí que sólo quien domina la teoría del delito podrá argumentar razonablemente sobre si el hecho que valora es delictivo y, en caso de serlo, de qué tipo de delito se trata, lo que mediante la utilización de principios, reglas y postulados comúnmente aceptados por la ciencia jurídica penal, le permitirá aportar una respuesta razonable motivada al problema planteado"⁹⁶.

2.1 CORRIENTES SISTEMÁTICAS DE LA TEORÍA DEL DELITO

"La teoría del delito comprende un sector de la parte general del derecho penal, se encarga de estudiar las diferentes formas de estructurar el delito en las diferentes construcciones sistemáticas"⁹⁷.

Se dice que, "La primera tarea a la que se enfrenta la Teoría General del Delito es dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe

⁹⁴ Díaz Aranda, Enrique y Roxín Claus, *Teoría del caso y del delito en el proceso penal acusatorio*, México, Straf, 2015, pp. 59 y 60.

⁹⁵ Valadez Díaz Manuel y Guzmán González, Carlos Enrique, *Teoría del delito y sistema acusatorio*, Flores editor y distribuidor, 2017, p. 95.

⁹⁶ *Ibidem*, p.95

⁹⁷ Jiménez Martínez, Javier, *La importancia de conocer la teoría del delito en el nuevo sistema procesal penal acusatorio*, México, 2013, p. 65.

tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado como una pena. Agregando que también puede ser sancionado con una medida de seguridad”⁹⁸.

Las corrientes sistemáticas de la teoría del delito son un esfuerzo digno por construir ordenadamente a través de métodos y filosofías propias de cada corriente, conceptos o figuras jurídicas penales de la estructura del delito y que se refleja en la evolución de la teoría del delito con la aparición sucesiva de corrientes, casi siempre, opuestas que van precediéndose una a otra y que, muchas veces, conviven entre dichas corrientes. “Las construcciones (teorías, esquemas, tendencias, orientaciones, etc.) sistemáticas que han pretendido estructurar el delito”⁹⁹, encontramos los siguientes:

1. La causalista clásica.
2. La causalista neoclásica
3. La irracionalista
4. La finalista
5. La funcionalista.

2.1.1 LA CAUSALISTA-NATURALISTA O CLÁSICA

“La teoría Causalista-Naturalista o Clásica como también se le conoce aunque las posiciones en general no son unánimes, en una aproximación arriesgada en concepto de HANS WELZEL y BERND SCHUNNEMAN comienza a imperar del año de 1881 y cobra su auge hasta el año de 1900,”¹⁰⁰ a pesar de que, para otros, es el año de 1900, el año de su inicio.

Sus autores más representativos son:

1. Franz Von Liszt

⁹⁸ Jiménez Martínez, Javier, op. cit., p 66.

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ Ibídem, 103.

2. Ernst Von Beling
3. Carl Binding
4. Gustav Lambert Radbruch.

Es preciso señalar que, se estudia la orientación global del sistema salvo cuando la corriente sistemática requiere para su estudio el punto de vista particular del autor.

Javier Jiménez Martínez señala que:

Los inicios de esta teoría se dan con la aparición del Tratado de Derecho Penal de FRANZ VON LISZT, en el año de 1881, cuya estructura sistemática del delito fue retomada y perfeccionada por BELING; esquema que perduró hasta que apareció su primer yerro, REINHARD FRANK, quien en su famosa obra “La estructura del concepto de culpabilidad”, aparecida en el año de 1907 pone en tela de juicio la culpabilidad psicológica que dominaba en aquella época, posteriormente en 1911, HANS ALBRECHT FISCHER, no dudó en reconocer la necesidad de distinguir entre injusto y culpabilidad, admitiendo al mismo tiempo que dentro del ámbito de la antijuridicidad objetiva puede darse momentos subjetivos que contribuyen a la determinación de los fines entre derecho e injusto y en 1914 en el ámbito del Derecho Penal, AUGUST HEGLER, advierte la existencia de elementos subjetivos en el tipo¹⁰¹.

Si partimos diciendo que esta corriente o teoría fundamenta sus postulados en el positivismo científico y en las ciencias naturales, inmediatamente nos percatamos que lo que se pretende es la exactitud, una exactitud que ni las ciencias llamadas exactas lo consiguen con fenómenos naturales y, mucho menos, con fenómenos tan cambiantes como lo son las ciencias del espíritu.

¹⁰¹ Ídem.

Esta teoría fundamenta sus postulados en el positivismo científico. Así que sólo los hechos comprobables con el experimento son accesibles al conocimiento científico, caracterizándose por la tendencia a desterrar toda metafísica de la ciencia y limitar ésta a los hechos y a sus leyes empíricamente observables, su punto de partida es el de las leyes de las ciencias exactas, y el derecho para ser elevada a ciencia, habrá de ser fundamentada, igual que las ciencias naturales, sobre hechos indubitativos... Esta limitación de la investigación humana a la observación significa la renuncia a toda comprensión y esclarecimiento que sobrepasen la constatación a lo que puede ser pesado, medido o calculado¹⁰².

Observándose claramente y sin ninguna duda que, para el positivismo jurídico el objeto de análisis y sistematización característicos de la dogmática es el Derecho Positivo y vigente.

La dogmática del causalismo clásico consiste en la exégesis y sistematización del Derecho Positivo (ROCCO), en el que se exige con rigor, de la derivación de los conceptos jurídicos de las proposiciones del derecho vigente (BINDING), al grado de llegar a comprender delito y pena como generalización conceptual en una consideración técnico-jurídica y desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la ley (VON LIZT)¹⁰³.

Aquí se introduce la palabra acción en un concepto causal mecanicista.

La Dogmática Jurídico Penal Clásico (causalismo), iniciada por Liszt, Binding y Beling, presenta una particular estructura, basada en un concepto causal mecanicista de la acción humana, o como apunta Bustos Ramírez: La acción

¹⁰² Ibídem, pp. 66 y 67.

¹⁰³ Ibídem, p. 67.

aparece como lo sustantivo, las demás características como simples adjetivaciones¹⁰⁴.

El causalismo distingue entre el aspecto externo e interno. El aspecto objetivo o externo comprende: la acción, la tipicidad y la antijuridicidad; el aspecto subjetivo o interno se refiere a la culpabilidad. Para el primero, hay un sentido naturalista de la acción, como la causación del mundo exterior por una conducta corporal deseada. El aspecto externo representa al tipo y de no existir de justificación habrá antijuridicidad. El aspecto subjetivo o interno del delito es la culpabilidad. En el causalismo naturalista es comprendida la culpabilidad como: “La relación psíquica del autor con el aspecto externo del hecho” teniendo como formas el dolo y la culpa; la imputabilidad es entendida como presupuesto de la culpabilidad, consideramos que el aspecto objetivo-subjetivo, es igual a antijuridicidad-culpabilidad¹⁰⁵.

La Teoría Causalista aporta los siguientes elementos del delito:

- a) La acción.
- b) La tipicidad
- c) La antijuridicidad
- d) La culpabilidad.

Desde ésta corriente sistemática ya se identificaban los cuatro elementos del delito.

El tipo penal es, por excelencia, uno de los legados más preciados y vigente de la etapa del causalismo clásico. Por ello es importante conocer las corrientes sistemáticas de la Teoría del Delito.

¹⁰⁴ Daza Gómez, Carlos, *La teoría general del delito sistema finalista y funcionalista*, 5a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2017, pp. 30 y 31.

¹⁰⁵ Daza Gómez, Carlos, op. cit., p. 31.

2.1.2 LA TEORÍA CAUSALISTA NEOKANTIANA O NEOCLÁSICA, TEORÍA NORMATIVA O CAUSALISMO VALORATIVO

Las críticas a la dogmática clásica provinieron de la consideración preponderantemente teleológica del injusto y del tipo penal, así como, del creciente influjo de la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana en la teoría del delito. Al acentuarse la transformación de los elementos formas descriptivos en elementos materiales normativos, se llenó la fisura entre tipicidad y antijuridicidad, de un lado, y se hizo cada vez menos y fija la separación entre injusto y culpabilidad, del otro.¹⁰⁶

En el sistema neocausalista o causalista de corte valorativo o neokantismo jurídico, también pretendía construir su modelo de imputación en base a todas las manifestaciones delictivas posibles (acciones y omisiones, dolosas e imprudentes), pero apreció (sic) una inconsistencia en su sistemática, porque concibieron a la acción como causal, y por tanto, no captaron la esencia de las omisiones que interesarían al Derecho Penal, que como es afirmado en la actualidad, en la omisión hay una total ausencia de causalidad¹⁰⁷.

La sistemática neoclásica “supone una crítica a la sistemática clásica y una propuesta de reforma a esta, concibiendo el injusto de forma predominantemente objetiva y la culpabilidad como un elemento subjetivo referido a lo normativo”¹⁰⁸.

“El Causalismo neoclásico se sustenta en la filosofía de los valores que permitió una reestructuración general de la Teoría del Delito al sustituir el método puramente

¹⁰⁶ Benavente Chorres, Hesbert, *La aplicación de la teoría del caso y del delito en el proceso penal acusatorio*, 3a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 174.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 174 y 175.

¹⁰⁸ *Ídem*.

jurídico formal del positivismo jurídico del causalismo clásico y en su lugar se aplica al método referido al valor”¹⁰⁹.

“El carácter científico de la dogmática penal y en general de toda la dogmática jurídica sólo podía fundamentarse dentro de una dirección distinta del iusnaturalismo. Esto es lo que intentó el neokantismo, efectuando una tajante distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, e incluyendo dentro de estas últimas a la del Derecho”¹¹⁰.

El comportamiento ciego al valor, practicado metódicamente, es la esencia del pensamiento científico natural decía RADBRUCH; y ha de ser una actitud así porque sería un milagro entre todos los milagros, una armonía preestablecida de dos modos de ver la cosas fundamentalmente distintas, si un concepto formado por medio de una relación de valor pudiera hacerse coincidir con un concepto de naturaleza obtenido por medio de una consideración ciega ante los valores. En este contexto, la fundamental distinción neokantiana entre una esfera de ser natural al valor (el objeto de la valoración) radicalmente separada de la esfera axiológica de la valoración humana nos aclara lo que se quiere decir con el método referido al valor de las ciencias del espíritu, las proposiciones de deber ser, los juicios de valor y los enjuiciamientos no pueden ser fundamentados inductivamente en constataciones ontológicas, sino sólo deductivamente en proposiciones de la misma índole. La contemplación valorativa y la contemplación ontológica se hallan, la una junto a la otra, como círculos independientes, cerrados entre sí. Ésta es la esencia del dualismo metódico¹¹¹.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

¹¹⁰ Jiménez Martínez, Javier, *La importancia de conocer la teoría del delito en el nuevo sistema procesal acusatorio, México*, Flores editor y distribuidor, 2013, p. 70.

¹¹¹ *Ídem*.

De este modo, para el estudio del Derecho, y particularmente del Derecho Penal, debe partirse de consideraciones axiológicas y materiales, es decir, ya no se trata de cuestiones puramente formalistas, sino que el Derecho como ciencia del espíritu tiene como objetivo esencial la comprensión del contenido de los fenómenos y categorías jurídicas, más allá de su mera definición formal o explicación causal, por eso, toma en cuenta la dimensión valorativa de lo jurídico, sin embargo no hace de esa dimensión valorativa un objeto de estudio por sí mismo, sino que estos valores son objeto de reflexión en la medida en que constituyen el parámetro del pensar a través de lo que el sujeto contempla en una realidad desordenada, caótica y sin sentido¹¹².

El punto de arranque del neokantismo es "... la imposibilidad de separación de objeto y sujeto del conocimiento. La realidad de esta perspectiva sólo aparece racionalmente ordenada en el marco del propio proceso de conocimiento y una vez sometida a la categoría de la razón (que para el neokantismo son subjetivas individuales). En otras palabras, en el neokantismo el método determina la configuración del objeto"¹¹³

"... el neokantismo no se (sic) quiso derrumbar el edificio del delito construido por el positivismo naturalista de VON LISZT y BELING, sino sólo introducir correcciones en el mismo. Es por ello que el concepto neoclásico de delito aparece como una mezcla de dos componentes difícilmente conciliables: orígenes positivistas y revisión neokantiana, naturalismo y referencia a valores"¹¹⁴.

Así que se complementan las dos corrientes aunque sus posiciones no se concilien.

¹¹² Ibídem, pp. 70 y 71.

¹¹³ Ídem, p.71.

¹¹⁴ Ídem.

Esta corriente aborda el delito desde la perspectiva de los valores introduciéndose a la acción desde la perspectiva social, la tipicidad y antijuridicidad se les incorporó el concepto de injusto objetivo-valorativo, conforme al cual se reconocen elementos subjetivos al interior de ambas categorías. La culpabilidad, al igual que, con el sistema clásico, siguió siendo una categoría subjetiva, siendo simultáneamente valorativa.

2.1.3 LA IRRACIONALISTA

El “Irracionalismo” o “escuela de KIEL”, tiene sus orígenes en un Derecho Penal de autor, este derecho miraba a los antecedentes de la vida del sujeto, es decir, que es lo que era ese sujeto no sólo al momento de cometer un hecho criminoso, sino la revisión de su vida desde su nacimiento, el Derecho Penal de esa época se alimentó en su mayor parte de fuentes políticas e ideológicas en pro de un sistema de Derecho Penal totalizador que convirtió al sistema en un irracionalismo y a un decisionismo brutal¹¹⁵.

Esta corriente individualiza la aplicación del derecho penal dentro de la doctrina conocido como “derecho penal del enemigo”. Visto así, como antecedente histórico, para que ningún régimen lo aplique en la actualidad.

2.1.4 LA ACCIÓN FINALISTA

“Esta teoría nace con la publicación del libro *Derecho Penal Alemán* de Hans Welzel”¹¹⁶.

“Si bien la teoría final de acción se materializa hasta el año de 1945, las bases metodológicas las fijó WELZEL en 1928 y 1930 como una reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo y al subjetivismo que imperaba en aquella

¹¹⁵ Ibídem, 72.

¹¹⁶ Daza Gómez, Carlos, *Teoría general del delito. Sistema finalista y funcionalista*, 5a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2017, p.37

época. Su objetivo era la de sustituir el 'relativismo valorativo' por la afirmación de 'verdades eternas' y de 'estructuras lógico-objetivas'¹¹⁷.

El finalismo se basa filosóficamente en teorías ontológicas-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de acción humana en el centro de la Teoría General del Delito y constituir a partir de la constitución ontológicas de la acción un sistema que le viene previamente dado al legislador, de estructuras (denominadas por WELZEL, lógico reales, o lógico objetivas), sistema que en opinión de sus defensores también le debe proporcionar a la dogmática jurídico-penal perspectivas permanentes e incommovibles.¹¹⁸

Con la teoría de la acción final, el delito, ahora es visto desde el resultado, es decir, la acción es final, ya no causal.

Bajo ésta teoría, el dolo pertenece al injusto, siendo natural y final, apartándolo de la culpabilidad. La tipicidad, es visto en una parte objetiva (es la objetivización de la voluntad integrante del dolo y comprende características externas del autor) y en otra subjetiva del tipo (está formada por el dolo y los elementos subjetivos). La antijuridicidad es un juicio de valor.

2.1.5 LA FUNCIONALISTA

Aunque partiendo de fundamentos distintos por métodos, los máximos exponentes de la moderna Teoría funcionalista del Delito, son:

a) Claus Roxin

¹¹⁷ Jiménez, Martínez, Javier, *La importancia de conocer la teoría del delito en el nuevo sistema procesal penal acusatorio*, México, Flores editor y distribuidor, 2013, p. 75.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.76.

b) Günther Jakobs

Según los autores alemanes mencionados anteriormente, los elementos integradores del delito son:

- a) Tipicidad
- b) Antijuridicidad
- c) Culpabilidad

Para el presente trabajo solo analizaremos los planteamientos dogmáticos establecidos por Claus Roxín con su funcionalismo moderado llamado teleológico racional.

Las características de este sistema¹¹⁹ consisten, principalmente, en:

1. La orientación del sistema penal hacia decisiones político-criminales;
2. La concepción de la responsabilidad jurídico-penal como una categoría que abarca tanto a la culpabilidad como al merecimiento y a la necesidad de la pena, y,
3. La aceptación de la teoría de la imputación objetiva como regulador normativo del nexo causal.

En la actualidad los planteamientos hechos por Roxín son los más aceptados por lograr desarrollar el sistema penal más orientado a la política criminal, ya que como México también su proceso sigue esa teleología a través de los fines del proceso penal que es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

“El fundamento filosófico del sistema teleológico-racional consiste en aceptar al derecho penal como un ‘sistema abierto’, orientado a decisiones de político-

¹¹⁹ Quintino Zepeda, Rubén, *Introducción a la teoría del delito desde Feuerbach y Binding hasta Claus Roxín*, México, Flores editor y distribuidor, 2018, p. 175.

criminales. Metodológicamente acepta algunas consideraciones ontológicas (naturaleza de las cosas), y algunas consideraciones valorativas (neokantismo), pero no radicaliza ninguno de dichos extremos”¹²⁰.

“Logrando conservar la ventaja que había logrado el sistema neokantiano, el de construir un ‘sistema abierto’, el funcionalismo no ‘abre’ el sistema penal hacia valoraciones jurídico-culturales, sino que el sistema penal queda ‘abierto’ a decisiones político criminales. Así las decisiones político-criminales pueden inmiscuirse en el sistema penal, e incluso en la propia dogmática penal”¹²¹.

Después de haber analizado las diferentes corrientes sistemáticas de la Teoría del Delito y haber encontrado coincidencia en los elementos estructurales del delito es preciso señalar la definición que brinda Javier Jiménez Martínez para la Teoría del Delito:

La Teoría del Delito constituye la parte medular del Derecho Penal que se encarga del estudio de los elementos que estructuralmente conforman o integran en su conjunto el delito, es el corazón viviente del Derecho Penal que sin su existencia es imposible el entendimiento y el dinamismo entre el mundo fáctico y el mundo normativo, es la piedra angular de todo sistema penal, el alma de los penalistas; por ello es necesario precisar que esta parte medular del Derecho Criminal, se encarga del estudio de un todo estructurado pero no dividido, de elementos que integran al delito, pero también, frente a esos elementos integradores o conformadores del delito, existen otros que en su caso la destruyen ...¹²²

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Ídem.

¹²² Javier Jiménez, Martínez, *La importancia de conocer la teoría del delito en el nuevo sistema procesal penal acusatorio*, México, Flores editor y distribuidor, 2013, p.100.

2.2 HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO, TIPO PENAL Y DELITO Y LA PROBABLE COMISIÓN O PARTICIPACIÓN.

La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.¹²³

Respecto a los nuevos paradigmas, cabe mencionar que para las partes (Ministerio Público y la defensa), al momento de elaborar la teoría del caso, resulta recomendable dedicar la mayor parte del tiempo a preparar proposiciones fácticas (hechos relevantes) y ocuparse de su acreditación, dejando para un segundo plano discusiones profundas sobre dogmática penal. Ello tiene su fundamento en que quien decidirá respecto a la responsabilidad o irresponsabilidad penal es un Juez y no un jurado, personaje con formación jurídica que no requiere que se le explique en detalle en qué consiste el derecho penal general o especial. Basta que al preparar la teoría del caso se realice una correcta subsunción de los hechos en las normas sustantivas correspondientes¹²⁴.

“Se debe tener claro que, si el fiscal formula acusación, debe previamente analizar con especial cuidado que los hechos que imputa constituyen una conducta típica, antijurídica y que no presenta causales de inculpabilidad, para lo cual debe conocer y aplicar la teoría del delito”¹²⁵.

El artículo 20 de la CPEUM, apartado A fracción VII trata sobre el tipo penal y en su fracción x, dispone que, Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio”. Aquí se exceptúa la culpabilidad.

¹²³ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales del derecho penal*, 46a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 125.

¹²⁴ <http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/libro-teoria-del-delito-oscar-pena.pdf>, p. 5.

¹²⁵ *Ibíd*em, p. 6.

Enrique Díaz Aranda afirma:

..., la expresión “hecho que la ley señala como delito” se debe interpretar como el suceso o acontecimiento prohibido (ilícito) que es independiente de la conducta delictiva (conducta-típica, antijurídica y culpable) que da lugar a la responsabilidad penal del acusado; en pocas palabras, ¡debemos separar el hecho del autor!; si lo entendemos así, el hecho se puede verificar sin necesidad de encontrar o probar la existencia del segundo pero no podemos hacerlo a la inversa, es decir, no podemos sostener que una persona cometió un delito sin que hayamos constatado primero que hay un hecho prohibido (...) ¹²⁶.

En cambio, el tipo penal está establecido en el párrafo tercero del artículo 14 de la CPEUM y es creación del legislador.

Época: Décima Época

Registro: 2014800

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 45, Agosto de 2017, Tomo I

Materia(s): Penal

Tesis: 1a./J. 35/2017 (10a.)

Página: 360

¹²⁶ Díaz Aranda, Enrique y Roxin Claus, *Teoría del caso y del delito en el proceso penal acusatorio*, México, editorial Straf, 2015, pp. 507 y 508.

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA SATISFACER EL REQUISITO RELATIVO A QUE LA LEY SEÑALE EL HECHO IMPUTADO COMO DELITO, BASTA CON QUE EL JUEZ ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, DE MANERA QUE PERMITA IDENTIFICAR LAS RAZONES QUE LO LLEVAN A DETERMINAR EL TIPO PENAL APLICABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL).

Del artículo 19, párrafo primero, de la Constitución Federal, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio de 2008, se desprende que para dictar un auto de vinculación a proceso es necesario colmar determinados requisitos de forma y fondo. En cuanto a estos últimos es necesario que: 1) existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho, 2) la ley señale como delito a ese hecho y 3) exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Ahora, el texto constitucional contiene los lineamientos que marcan la transición de un sistema de justicia penal mixto hacia otro de corte acusatorio, adversarial y oral, como lo revela la sustitución, en los requisitos aludidos, de las expresiones "comprobar" por "establecer" y "cuerpo del delito" por "hecho que la ley señala como delito", las cuales denotan un cambio de paradigma en la forma de administrar justicia en materia penal, pues acorde con las razones que el propio Poder Constituyente registró en el proceso legislativo, con la segunda expresión ya no se requiere de "pruebas" ni se exige "comprobar" que ocurrió un hecho ilícito, con lo cual se evita que en el plazo constitucional se adelante el juicio, esto es, ya no es permisible que en la etapa preliminar de la investigación se configuren pruebas por el Ministerio Público, por sí y ante sí -como sucede en el sistema mixto-, con lo cual se elimina el procedimiento unilateral de obtención de elementos probatorios y, consecuentemente, se fortalece el juicio, única etapa procesal en la que, con igualdad de condiciones, se realiza la producción probatoria de las partes y se demuestran los hechos objeto del proceso. De ahí que con la segunda expresión la norma constitucional ya no exija que el objeto de prueba recaiga sobre el denominado "cuerpo del delito", entendido como la acreditación de los elementos objetivos, normativos y/o subjetivos de la descripción típica del delito

correspondiente, dado que ese ejercicio, identificado como juicio de tipicidad, sólo es exigible para el dictado de una sentencia, pues es en esa etapa donde el juez decide si el delito quedó o no acreditado. En ese sentido, para dictar un auto de vinculación a proceso y establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, basta con que el juez encuadre la conducta a la norma penal, que permita identificar, independientemente de la metodología que adopte, el tipo penal aplicable. Este nivel de exigencia es acorde con los efectos que genera dicha resolución, los cuales se traducen en la continuación de la investigación, en su fase judicializada, es decir, a partir de la cual interviene el juez para controlar las actuaciones que pudieran derivar en la afectación de un derecho fundamental. Además, a diferencia del sistema tradicional, su emisión no condiciona la clasificación jurídica del delito, porque este elemento será determinado en el escrito de acusación, a partir de toda la información que derive de la investigación, no sólo de la fase inicial, sino también de la complementaria, ni equivale a un adelanto del juicio, porque los antecedentes de investigación y elementos de convicción que sirvieron para fundarlo, por regla general, no deben considerarse para el dictado de la sentencia, salvo las excepciones establecidas en la ley.

Contradicción de tesis 87/2016. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito. 1 de febrero de 2017. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos en cuanto al fondo de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Gabino González Santos y Horacio Vite Torres.

Tesis y/o criterios contendientes:

El Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, al resolver los amparos en revisión 724/2012, 811/2012, 6/2013, 423/2013 y 440/2013, sostuvo la jurisprudencia XVII.1o.P.A. J/2 (10a.), de título y subtítulo: "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO LA ACREDITACIÓN DEL REQUISITO 'HECHO ILÍCITO' DEBE LIMITARSE AL ESTUDIO CONCEPTUAL (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXVI, Tomo 1, noviembre de 2013, página 757, registro digital: 2004857; y al resolver los amparos en revisión 22/2010, 110/2010, 147/2010, 267/2010 y 282/2010, sostuvo la tesis jurisprudencial XVII.1o.P.A. J/25 (9a.), de rubro: "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 SÓLO 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).", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 3, febrero de 2012, página 1942, registro digital: 160330.

El Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, al resolver el amparo en revisión 175/2015, sostuvo que para dictar un auto de vinculación a proceso es necesario que el Juez de Control conozca cuál es el delito materia de la imputación, lo que implica que efectúe un análisis de los elementos de la descripción típica del hecho punible correspondiente, esto es, sus componentes 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 del delito.

Tesis de jurisprudencia 35/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cinco de abril de dos mil diecisiete.

Nota: De la sentencia que recayó al amparo en revisión 175/2015, resuelto por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, derivaron las tesis aisladas XXVII.3o.21 P (10a.) y XXVII.3o.20 P (10a.), de títulos y subtítulos: "PRISIÓN PREVENTIVA IMPUESTA EN LA AUDIENCIA INICIAL DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL. EL AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA ES IMPROCEDENTE CUANDO SE AGOTA LA VIGENCIA DE DICHA MEDIDA CAUTELAR POR EL SOLO TRANSCURSO DEL TIEMPO." y "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.", publicadas en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 22 de enero de 2016 a las 11:30 horas y del viernes 19 de febrero de 2016 a las 10:15 horas, así como en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libros 26, Tomo IV, enero de 2016, página 3389 y 27, Tomo III, febrero de 2016, página 2025, respectivamente.

Esta tesis se publicó el viernes 04 de agosto de 2017 a las 10:12 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 07 de agosto de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Es una pena leer la tesis de jurisprudencia anterior, ya que si bien es cierto que con el hecho que la ley señala como delito y la probable comisión o participación del indiciado en el hecho que la ley señala como delito se limita a encuadrar el tipo penal, no es verdad que el cuerpo del delito esté conformado por los elementos normativos, objetivos y subjetivos, puesto que éstos son elementos del tipo penal. Aunque la jurisprudencia es obligatoria, tiene que ser superada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y no se coincide con respecto a la clasificación jurídica, ya que desde la fracción IV del artículo 316 del CNPP para dictar el Juez de Control el Auto de Vinculación a Proceso en contra del imputado

“*siempre que*”: “IV. No se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito”.

Con la expresión “*siempre que*” se entiende que tiene que revisarse que no se actualice los dos supuestos anteriores para vincular a proceso. Pero ¿será que no es importante conocer el delito para excluirlo?, es decir, ¿cómo conozco los aspectos negativos del delito para excluirlo si no conozco qué es el delito? Pero todavía más, cómo sé si el delito se ha extinguido si no sé qué es el delito. Pero ahora basta con solo encuadrarlo para estar en condiciones de vincular a proceso con los hechos fijados en la formulación de la imputación.

Es importantísimo conocer la Teoría del Delito para saber qué es el delito, las excluyentes del delito así como su posible extinción y para no seguir confundiendo el tipo penal con el cuerpo del delito o el hecho que la ley señala como delito.

Es importante saber también que el tipo penal lo encontramos en el artículo 14, párrafo tercero.

Época: Décima Época

Registro: 2016320

Instancia: Plenos de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 52, Marzo de 2018, Tomo II

Materia(s): Común, Penal

Tesis: PC.II.P. J/7 P (10a.)

Página: 1479

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ES INNECESARIO CONCEDER LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN SU CONTRA CUANDO EN SU DICTADO LA AUTORIDAD RESPONSABLE HAYA TENIDO POR ACREDITADOS LOS ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y/O SUBJETIVOS DEL CUERPO DEL DELITO, AL NO TENER UN EFECTO ÚTIL QUE FAVOREZCA LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL QUEJOSO.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que al emitirse un auto de vinculación a proceso no deben examinarse los elementos objetivos, normativos y/o subjetivos del cuerpo del delito, porque su análisis es propio de la sentencia definitiva y no de esa determinación de plazo constitucional en el que únicamente se requiere establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, como deriva de las consideraciones emitidas al resolver la contradicción de tesis 87/2016, que originó la jurisprudencia 1a./J. 35/2017 (10a.), de título y subtítulo: "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA SATISFACER EL REQUISITO RELATIVO A QUE LA LEY SEÑALE EL HECHO IMPUTADO COMO DELITO, BASTA CON QUE EL JUEZ ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, DE MANERA QUE PERMITA IDENTIFICAR LAS RAZONES QUE LO LLEVAN A DETERMINAR EL TIPO PENAL APLICABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL).", por ello, cuando en un juicio de amparo indirecto el acto reclamado consista en el auto de vinculación a proceso y de su estudio se advierta que el juzgador de instancia tuvo por acreditados los mencionados elementos del cuerpo del delito, es innecesario conceder la protección constitucional únicamente para el efecto de que la responsable deje insubsistente el acto reclamado y, en su lugar, dicte otro en el que se limite a verificar por cualquier método la suficiencia de datos de prueba que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, pues ese estudio no tiene un impacto en el procedimiento, ya que si la resolución reclamada soportó un estudio más profundo en el que se advirtió que se cumple con las exigencias previstas en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es evidente que resistirá un nuevo análisis menos riguroso, por tanto, dicha concesión carecería de un efecto útil que

favorezca la situación jurídica del quejoso, lo que no es acorde con los propósitos esenciales del juicio de amparo.

PLENO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Contradicción de tesis 2/2016. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero, Tercero y Cuarto, todos en Materia Penal del Segundo Circuito. 5 de diciembre de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los Magistrados Rubén Arturo Sánchez Valencia, José Nieves Luna Castro, Darío Carlos Contreras Reyes y Juan Pedro Contreras Navarro. Ponente: Rubén Arturo Sánchez Valencia. Secretario: Víctor Adolfo Hernández Álvarez.

Criterios contendientes:

El sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, al resolver el amparo en revisión 159/2016, el sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, al resolver los amparos en revisión 253/2016, 181/2016 y 244/2016 y el diverso sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, al resolver los amparos en revisión 182/2016 y 228/2016.

Nota: La tesis de jurisprudencia 1a./J. 35/2017 (10a.) citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 4 de agosto de 2017 a las 10:12 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 45, Tomo I, agosto de 2017, página 360.

La parte conducente de la ejecutoria relativa a la contradicción de tesis 87/2016 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 4 de agosto de 2017 a las 10:12 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 45, Tomo I, agosto de 2017, página 325.

En términos del artículo 44, último párrafo, del Acuerdo General 52/2015, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que reforma, adiciona y deroga disposiciones

del similar 8/2015, relativo a la integración y funcionamiento de los Plenos de Circuito, esta tesis forma parte del engrose relativo a la contradicción de tesis 2/2016, resuelta por el Pleno en Materia Penal del Segundo Circuito.

Esta tesis se publicó el viernes 02 de marzo de 2018 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 05 de marzo de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

2.2.1 EN LA CONSTITUCIÓN

En los artículos 14, 16 y 19 de la CPEUM se establecen los fundamentos de los conceptos constitucionales que trascienden a los aspectos sustantivos y adjetivos del tipo penal, hecho que la ley señala como delito y el delito así como la probable participación o comisión del hecho que la ley señala como delito.

Es así como en el artículo 14 de la Carta Magna establece:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

...

Este artículo se encuentra dentro de las garantías de seguridad jurídica (definido como *el conjunto de condiciones, elementos o*

circunstancias previstas a que debe sujetarse una autoridad para generar una afectación válida en la esfera del gobernado), ya que de su lectura pueden observarse un conjunto de limitaciones que tiene el Estado en relación con los individuos, es decir establece límites y requisitos al Estado en caso de que quiera intervenir en la esfera jurídica de los gobernados. Así, en este artículo se deja ver que si el Estado rompe con sus limitantes determinadas o no cumple con los requisitos ahí establecidos, los actos jurídicos que realice carecerán de toda validez jurídica¹²⁷.

“Este tipo de garantías poseen un aspecto positivo, es decir, le imprimen al estado la obligación de cumplir con determinados requisitos, generando con ello certidumbre jurídica en sus actuaciones. Las garantías que poseen aspecto negativo son aquéllas que le imprimen al Estado una obligación de no realizar actos que lesionen dichas garantías”¹²⁸.

La primera garantía de seguridad jurídica que establece este artículo es aquélla que se refiere a la irretroactividad de la ley. La irretroactividad se conoce como conflicto de leyes en el espacio, es decir determinar en presencia de dos leyes, una antigua y otra nueva, cuál de las dos debe regir a un hecho, acto, fenómeno, situación, etc. La retroactividad consiste, pues, en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con anterioridad al momento en que la norma entra en vigor. Este artículo constitucional prohíbe precisamente que una ley se aplique sobre hechos anteriores a su entrada en vigor, si esa aplicación implica perjuicio a alguna persona¹²⁹.

¹²⁷ Cárdenas Gracia, Jaime et al., *Para entender la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Nostra ediciones, 2007, p. 67.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Ibídem, pp. 67 y 68.

“El segundo párrafo del artículo 14 establece la garantía de la audiencia, entendida como el derecho de todo ciudadano a que la autoridad cumpla con determinados requisitos para poder afectar su esfera jurídica mediante un acto de privación”¹³⁰.

“Esta garantía de audiencia puede ser subdividida en cuatro subgarantías que se refieren a los requisitos previos que deben cumplirse para que la autoridad pueda realizar un acto de privación, es decir, afectar a los particulares en su vida, su libertad, sus posesiones o derechos. Si la autoridad no cumple con las subgarantías¹³¹ que a continuación se enumeran, ese acto carece de validez y puede ser recurrido por el particular por la vía de amparo:

- 1) El acto de privación que la autoridad pretenda llevar a cabo debe ser precedido de un juicio.
- 2) El juicio debe desarrollarse en los tribunales previamente establecidos, es decir, ante tribunales que no se creen específicamente para conocer de ese acto en particular.
- 3) Durante el juicio se deben seguir las formalidades esenciales del procedimiento, entendiéndolas como los elementos procesales que permiten una defensa adecuada durante un juicio. Se les considera esenciales porque sin ellas la función jurisdiccional no puede darse de forma adecuada.
- 4) El juicio debe regirse conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Esta subgarantía se refiere una vez más a la irretroactividad de la ley, es decir, que el juicio no puede llevarse con base en leyes emitidos con posterioridad al acto.

“El tercer párrafo de este artículo establece la garantía de exacta aplicación de la ley en el ámbito penal, lo que significa que en los juicios del orden criminal no pueden imponerse penas que no estén previstos en la ley, lo que es conocido como

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ Ídem.

el *nulum crimen nula pena sine lege* (no hay crimen si no hay pena establecida en la ley para sancionarlo)”¹³². “Así, en los juicios del orden penal no pueden imponerse penas si éstas no están específicamente determinadas en la ley para la conducta que se pretenden sancionar”¹³³.

Por consecuencia, el artículo 16 dispone que:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un *hecho que la ley señale como delito*, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la *probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión* (...)

Así también lo dispone el artículo 19 (párrafo primero):

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

¹³² *Ibidem*, pp. 68 y 69.

¹³³ *Ídem*

delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Época: Décima Época

Registro: 2015127

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 46, Septiembre de 2017, Tomo I

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: 1a./J. 34/2017 (10a.)

Página: 125

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. LA VIDEOGRABACIÓN DE LA AUDIENCIA EN LA QUE EL JUEZ DE CONTROL LO EMITIÓ, CONSTITUYE EL REGISTRO QUE EXIGE EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PARA QUE EL IMPUTADO CONOZCA LA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DEL ACTO DE MOLESTIA (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE MÉXICO, NUEVO LEÓN Y ZACATECAS).

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé el auto de vinculación a proceso, como la determinación mediante la cual el juzgador establece en la audiencia inicial si hay méritos para iniciar un proceso penal en contra del imputado; asimismo, define el hecho o hechos delictivos por los que se seguirá forzosamente el proceso y la investigación correspondiente. Razón por la cual, se trata de un acto de molestia emitido por el juez de control que, al restringir la libertad personal, debe estar fundado y motivado como lo dispone el artículo 16 de la Constitución Federal; en ese tenor, si bien este último precepto constitucional prevé que el acto de molestia debe constar por escrito, no necesariamente implica que la determinación del juez de control adoptada en la audiencia, en la que expresará la fundamentación y motivación de su acto deba plasmarse en papel, sino lo trascendental es que exista un registro para que el imputado conozca los preceptos legales que facultaron al juzgador a pronunciarse en el sentido que lo

hizo y el razonamiento jurídico en que apoyó tal determinación, a fin de garantizar su derecho a una debida defensa. En este sentido, en el caso del nuevo proceso penal acusatorio y oral que se rige por el artículo 20 constitucional, puede considerarse válidamente que la constancia que dota de seguridad jurídica al imputado para conocer el fundamento legal y las razones que tomó en cuenta el juzgador para vincularlo a proceso, en términos del precepto 19 de la Ley Fundamental, es la videograbación en soporte material en la que se registra de manera íntegra y fidedigna el desarrollo de la audiencia inicial en la que se dictó el auto de mérito, pues el hecho de que los actos de molestia deban constar por "escrito" en términos del numeral 16 en comento, lejos de ser incompatible con el contenido de los diversos preceptos 19 y 20, están perfectamente armonizados, toda vez que la oralidad es el instrumento y método de audiencias que rige el sistema de enjuiciamiento penal y existe la videograbación de las audiencias como una herramienta tecnológica que permite registrar y constatar el acto de molestia en todas sus dimensiones, particularmente la fundamentación y motivación que debe contener, lo que hace innecesario que se emita una diversa resolución en papel.

Contradicción de tesis 168/2015. Suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito. 1 de febrero de 2017. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández, en cuanto al fondo. Disidente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Suleiman Meraz Ortiz.

Tesis y/o criterios contendientes:

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, al resolver el amparo en revisión 162/2014, con la tesis aislada II.2o.P.23 P (10a.), de rubro: "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. DEBE CONSTAR POR ESCRITO Y NO

SÓLO EN FORMA ORAL (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO).", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, Tomo 2, diciembre de 2012, página 1286, con número de registro digital: 2002239; criterio que comparte el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 301/2014.

El Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, al resolver el amparo en revisión 207/2013, en esencia determinó, que de conformidad con lo previsto en el artículo 16 constitucional, interpretado en un sentido amplio y en forma sistemática, en relación con el diverso 20 de la citada Carta Magna, que establece como principio rector del sistema acusatorio la oralidad de las actuaciones, a excepción de aquellos que la legislación aplicable establezca, se advierte que dichos preceptos constitucionales no son excluyentes entre sí, por lo que el auto de vinculación a proceso emitido de forma oral en términos de la legislación emitida respecto al nuevo sistema de justicia penal acusatorio, no es violatorio del derecho fundamental consagrado en el citado artículo 16 constitucional, dado que la legislación aplicable no dispone que el referido acto de molestia deba constar por escrito.

Tesis de jurisprudencia 34/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cinco de abril de dos mil diecisiete.

Esta tesis se publicó el viernes 29 de septiembre de 2017 a las 10:38 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 02 de octubre de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

"..., por qué el legislador pretende decidirse por la expresión 'hecho'. Al respecto, en su exposición de motivos indica"¹³⁴:

- ✓ '... a fin de evitar que la mayoría de las denuncias o querellas sean archivadas por el Ministerio Público, aduciendo que los datos que

¹³⁴ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática penal aplicada al sistema acusatorio y oral*, México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 158.

arroja la investigación son insuficientes... es necesario establecer un nivel probatorio razonable´.

De lo anterior deduzco que se utiliza la palabra hecho para que no se archiven las denuncias o querellas con un nivel de estándar probatorio razonable pero suficiente.

Entonces la expresión ´hecho´ a la necesidad de establecer un nivel probatorio razonable, mediante, el cual, el Ministerio público jamás pueda aducir que las denuncias o querellas son archivadas debido a la insuficiencia de datos.

“En seguida se advierte que el Ministerio Público ha de regirse por un nivel probatorio razonable¹³⁵:

- ✓ ´... de manera que baste... (con) datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala y la probable intervención del imputado en el mismo...”

Entonces la expresión ´hecho´ se asocia con la idea de un nivel probatorio razonable, en el que baste la existencia de datos probatorios relativos la ´hecho que la ley señala como delito´.

Pero si el nivel probatorio razonable precisamente se distingue del aumento de la exigencia probatoria con que se asocia la figura de ´los elementos del tipo penal, entonces, es válido afirmar que: la expresión ´hecho´ se ve reducida al mero resultado típico¹³⁶.

De lo anterior se dice:

- ✓ La expresión ´hecho´, no pretende el legislador ocuparla para denotar que se deben establecer ´todos los elementos del tipo penal´, y, menos aún, todos los elementos del delito

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Ídem.

- ✓ Por eso, la expresión 'hecho' en el sentido de la pretensión del legislador, no se corresponde con los términos: hecho delictivo o delito.

Pero, ¿cómo se corrobora que la expresión 'hecho no se corresponde con los términos 'hecho delictivo' o 'delito'?

Se corrobora con la Exposición de Motivos¹³⁷, en que se dice:

- ✓ '...en el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto... en razón de que el Ministerio Público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal... ya que en ese caso, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la averiguación previa...'

Ya se verifica que la expresión 'hecho', no se corresponde con 'un nivel probatorio tan alto', con el que si se asocia la figura de 'los elementos del tipo penal'.

No se puede sostener que el legislador pretenda ocupar como sinónimos los términos: 'hecho, 'hecho delictivo' y 'delito'. Sin embargo, lo usaremos como sinónimos para no causar más confusión ahora que aparece en la jerga jurídica las expresiones *hecho delictuoso, hecho con apariencia de delito, hecho punible, hecho que la ley señala como delito*.

2.2.2 EN EL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL

Con fecha 29 de enero del año 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación que modifica la denominación de la capital del país de "Distrito Federal" pasó a ser "La Ciudad de México". No ahondaremos en este aspecto por ser distante del presente trabajo. Por lo que respecta a la ley vigente en materia penal sustantiva seguirá teniendo vigencia tal como lo establecen los artículos segundo y décimo

¹³⁷ Ibídem, 160.

cuarto transitorios de la CPEUM y, es por eso que, seguiremos usando las legislaciones vigentes tal como aparecen antes de la reforma constitucional en cita.

De los artículos transitorios de la citada reforma se desprende que:

...

ARTÍCULO SEGUNDO.- Las normas de esta Constitución y los ordenamientos legales aplicables al Distrito Federal que se encuentren vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto, continuarán aplicándose hasta que inicie la vigencia de aquellos que lo sustituyan.

...

ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO.- A partir de la fecha de entrada en vigor de este Decreto, todas las referencias que en esta Constitución y demás ordenamientos jurídicos se hagan al Distrito Federal, deberán entenderse hechas a la Ciudad de México.

...

Por lo que tenemos que entender que sigue vigente el Código Penal para el Distrito Federal y así encontramos que en los artículos 1 (principio de legalidad), 2 (principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón), 3 (prohibición de la responsabilidad objetiva), 4 (principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material), 5 (principio de culpabilidad), 6 (principio de la jurisdiccionalidad), 11 (momento y lugar del delito), 15 (principio de acto), 16 (omisión impropia o comisión por omisión), 17 (delito instantáneo, continuo y continuado), 18 (dolo y culpa), 19 (principio de numerus clausus para la punibilidad de los delitos culposos), 20 (tentativa punible), 21 (desistimiento y autoría), 22 (formas de autoría y desistimiento), 23 (principios de intrascendencia de la pena), 24 (culpabilidad personal y punibilidad independiente), 25 (delito emergente), 26 (autoría indeterminada), 27 (responsabilidad penal en el seno de una persona jurídica o moral), 27 bis (responsabilidad penal de una persona moral o jurídica), 27 ter (, 27 quater, 27 quintus, 28 (concurso ideal y real de delito) y 29 (causas de exclusión) lo concerniente al hecho que la ley señala como delito, al tipo penal, el

delito y la probable intervención (cometió o participó en el hecho que la ley señala como delito)

2.2.3 EN EL CÓDIGO ADJETIVO

Como ya mencioné con la entrada en vigor del CNPP a nivel nacional a partir del 18 de junio del año 2016 y, por consecuencia, también para la hoy Ciudad de México para todos los delitos. Cabe aclarar que, antes de esta fecha, en el Distrito Federal ya operaba el CNPP pero sólo para los delitos no graves o delitos menores.

Así encontramos la referencia al delito por citar solo algunos artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales: arts. 1º, 2º, 12, 13, 20 (hecho punible), 21, 22, 140 párrafo primero, 141 párrafos primero y segundo, 142 párrafo segundo, 143 párrafo segundo.

2.3 EL MÉTODO DEL DELITO

Para estudiar el delito se requiere de método y, para ello, debe utilizarse los métodos de la interpretación para su aplicación y, entre éstos, encontramos a la dogmática jurídico-penal. Así que para los fines del presente trabajo centraremos nuestro método en la dogmática jurídico-penal doctrinal.

Las elaboraciones sistemáticas del Derecho Penal contemporáneo se han valido de modo general, de método dogmático jurídico penal; y aunque todas ellas son el resultado del método dogmático, cada uno tiene su fundamento filosófico aunque cada una de ellas tiene sus raíces en una orientación filosófica y en una forma de llevar su tarea.

2.4 LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

En el sistema penal las categorías acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, ..., son elementos que en ese mismo están jerarquizados; y frente a un análisis dogmático de algún delito debemos de cuidar el mismo orden sucesivo de las mismas categorías, pues de otro modo, aunque estuviera bien señalada la

antijuridicidad, afirmando que en un cierto caso no existe ninguna causa justificante, si no está previamente encuadrada la tipicidad del comportamiento, entonces todo el análisis hecho sobre la antijuridicidad no tendría ningún sentido. Lo mismo sucede con las demás categorías penales¹³⁸.

“De modo general, la *‘jerarquía estructural’* de un sistema posibilita el establecimiento de una *lógica bivalente* (en el sentido de *‘falso’* o *‘verdadero’*, *‘culpable’* o *‘inculpable’*) que sirve para sustentar, aunque sea formalmente, la resolución que guarda frente el sistema”¹³⁹.

“Se está constatando más directamente que el sistema sirve para delimitar alguna solución correspondiente a un problema. Siendo importante decir que es el propio sistema el que selecciona al problema, para la cual guarda alguna respuesta”¹⁴⁰.

Después de que se han analizado las corrientes sistemáticas de la teoría del delito nos hemos percatado que existe coincidencia en que el delito es el comportamiento o la conducta típica, antijurídica y culpable. Entonces, es así como entenderemos que sólo es para su estudio o análisis en que se jerarquiza en elementos o categorías porque realmente el delito es una unidad y debe integrarse por todos y cada uno de los elementos o categorías y en el orden previamente mencionados y establecidos, ya que la falta de cualquiera de ellos no se integra el delito. Aquí lo importante es el orden de prelación.

Así que cuando se escucha de la corriente totalizadora o atomizador se refiere a los elementos que integran el delito para su estudio aunque la que más se acepta de manera generalizada es la atomizadora.

¹³⁸ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática penal aplicada al sistema penal acusatorio*, México, 2015, Flores editor y distribuidor, p. VII.

¹³⁹ Ídem.

¹⁴⁰ Ídem.

Dependiendo de la cantidad de elementos en que integran el delito adquiere su denominación totalitaria o atomizadora.

Según la corriente totalitaria (también llamada corriente unitaria), el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Asienta Antolisei que para los afiliados a esta doctrina, el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable. En cambio para los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad (...) ¹⁴¹.

“En cuanto a los elementos integradoras del delito no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras unos especialistas señalan un número, otros lo configuran con más elementos; surgen así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc” ¹⁴².

Para el presente trabajo se toma la concepción tetratómica y, por ende, se toman como elementos o categorías que estructuran el análisis del delito, los siguientes elementos:

1. La conducta o comportamiento
2. La tipicidad
3. La antijuridicidad y
4. La culpabilidad.

¹⁴¹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales del derecho penal*, México, 46a. ed. Porrúa, 2005, p. 129.

¹⁴² Ídem.

“El delito entendido como la suma del desvalor del hecho y el desvalor que recae sobre el autor”¹⁴³.

Así como hemos jerarquizado el delito para su estudio también debemos estudiar los componentes o elementos que lo desintegran y así tenemos:

1. Ausencia de comportamiento o conducta
2. Atipicidad
3. Juridicidad o causas de justificación
4. Elementos de inculpabilidad

Por lo que, una vez que analicemos los cuatro elementos que integran el delito respectivamente analizaremos a la par sus elementos desintegradores.

2.4.1 LA CONDUCTA O COMPORTAMIENTO Y SU AUSENCIA

Hay que comenzar diciendo que:

El afirmar que el Derecho Penal es un derecho de actos significa que la reacción punitiva tiene como preferencia inicial la acción humana. Esto es, el hecho que se describe en el tipo legal, que es objeto del ilícito penal y, en fin, que sirve de base a la afirmación de la culpabilidad del autor. De esta manera resulta necesario determinar los factores que hacen de un comportamiento humano una acción penalmente relevante. La constatación del hecho que la acción es el punto de referencia inicial de la noción de la infracción, no constituye sino el primer paso de su elaboración¹⁴⁴.

¹⁴³ Quintino Zepeda, Rubén, *La dogmática Penal Aplicado al Sistema Penal Acusatorio*, México, Flores editor y distribuidor, 2014, p. 87

¹⁴⁴ Benavente Chorres, Hesbert, *La aplicación de la teoría del caso y de la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, 3a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 211.

“Ahora bien, a pesar de las diferentes posiciones en torno al concepto de conducta, hay cierto consenso en admitir que la misma tiene como misión la de excluir, desde un principio, determinados acontecimientos en el ámbito de lo punible. Según ello para el ámbito restante se plantea la cuestión acerca de los elementos esenciales de la conducta”¹⁴⁵.

En esa inteligencia, identificamos condiciones mínimas para estar presente ante un comportamiento humano, que a su vez, sirva de base y enlace para los demás juicios de valor, como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para afirmar la existencia de un hecho delictuoso¹⁴⁶.

_ En primer lugar, el agente debe ser una persona humana, particularmente los fenómenos naturales no tienen importancia jurídico-penal. Otro tema es la responsabilidad de las personas jurídicas o morales.

_ En segundo lugar, no es objeto de valoración jurídico-penal lo que no se exterioriza en la realidad. De ahí que sean irrelevantes los planes, las intenciones y los ánimos si no han tomado forma en un comportamiento externo.

_ En tercer lugar, no hay comportamiento si no está presente la voluntad, es decir, el control, el dominio o dirección de nuestros actos. Así, la mayoría de las excluyentes de la conducta descansa en la ausencia o falta de voluntad.

Para Hesbert Benavente Chorres, el comportamiento es “significado; expresión de sentido; aportación comunicativa. No obstante, es descriptivo y no adscriptivo (como lo es el tipo), pero, cumple diversas funciones político-criminales, por ejemplo, describe la conducta valorada del sujeto, sin embargo, no juzga todavía ese valor

¹⁴⁵ Ibídem, p. 214.

¹⁴⁶ Ibídem, pp. 214 y 215.

(como típica, antijurídica o culpable): ‘sólo valoro lo que es una conducta’ o contrario sensu ‘valoró que aquello no es conducta’¹⁴⁷.

Pero hay actos, hechos, comportamientos o conductas en los que no existe acción u omisión del ser humano y, por lo tanto, se configura la ausencia de comportamiento o conducta y son en los siguientes casos:

- a) Vis mayor o fuerza física irresistible causada por la naturaleza.
- b) Vis absoluta o fuerza física irresistible causada por el hombre.
- c) Movimientos reflejos.
- d) Ataques epilépticos.
- e) Hipnosis.
- f) Sonambulismo.

Abordemos las anteriores formas de ausencia de conducta o comportamiento para tener un mejor entendimiento de las mismas. Así entendemos que las causas de ausencia de conducta son¹⁴⁸:

- a) Fuerza física irresistible causada por la naturaleza o vis mayor. La conducta del sujeto (activo) se puede ver anulada por fuerzas que no puede controlar, como los movimientos o consecuencias inmediatas de un sismo, una tormenta, una inundación, por ejemplo el deslave de un cerro, etcétera. En tales casos, el sujeto pudiera cometer un hecho delictivo, pero éste no le será atribuible si se demuestra que lo cometido no fue un reflejo de su libre albedrío al verse anulada su voluntad en razón de no poder resistir la fuerza física causada por algún fenómeno natural.
- b) Fuerza física irresistible causada por el hombre o vis absoluta. Al igual que con la fuerza de la naturaleza, la voluntad del sujeto se puede ver comprimida

¹⁴⁷ Ibídem, p. 214.

¹⁴⁸ Valadez Díaz, Manuel y Guzmán González, Carlos Enrique, *Teoría del delito y sistema acusatorio*, México, Flores editor y distribuidor, 2017, pp. 41-44.

por medio de la fuerza física causada por razones humanas, necesariamente externas y ajenas a su libre decisión. Ejemplo de lo anterior se tiene en aquella persona que como espectador de un concierto y ante la fuerza de la muchedumbre detrás de él, presiona a otro asistente contra un muro, lo que finalmente genera lesiones a este último

- c) Actos reflejos. Existen situaciones bajo las cuales el cuerpo humano reacciona de manera automática, esto es, sin reflexión alguna por parte del sujeto y, por ende, sin oportunidad de que éste decida libremente sobre su actuar. Ejemplo de lo anterior se tiene cuando un objeto entra sorpresivamente en el ojo de cualquier persona, en cuyo caso la persona cerrará el ojo como un acto reflejo ante el objeto extraño, situación que puede provocar un hecho que no sería atribuible al sujeto al tener anulada su voluntad específicamente con relación a lo realizado en ese momento y como consecuencia de la pérdida momentánea de la visión.
- d) Ataques epilépticos. Igualmente se ve anulada la voluntad del sujeto cuando sufre un evento epiléptico, pues se sabe que en esta circunstancia el sujeto no tiene control sobre los movimientos que realiza con su cuerpo, los que si llegan a causar un resultado dañoso, no podrán ser atribuibles al sujeto, siempre y cuando se tenga la certeza de que el sujeto no estaba en condiciones de prever tal situación o de contenerla mediante la toma puntual de sus medicamentos, cuando haya tenido conocimiento previo de su enfermedad y de la actividad que le resulta riesgosa desarrollar en caso de no tomar puntualmente los medicamentos que le hayan prescrito.
- e) Hipnosis. En la doctrina se ha discutido la posibilidad bajo los parámetros de la ciencia, de que una persona se encuentre en un sueño inducido de forma artificial por parte de un tercero, quien en tal estado lo condiciona a realizar una determinada conducta. De verificarse tal situación, la persona inducida no tendría el control de su voluntad, ya que su actuar no sería un reflejo de su libre decisión, por lo que si esta llega a ocasionar un resultado de interés para el derecho penal, no pudiera atribuírsele en su perjuicio.

- f) Sonambulismo. El sonambulismo se define por la Real Academia Española como el estado mediante el cual una persona, al estar dormida, puede realizar acciones en el mundo exterior. De tal manera que aquella persona que tenga sonambulismo podrá llevar actos en la realidad, de los cuales se precisa no tendrá control consciente, de tal forma que lo actuado, al no ser un reflejo de su voluntad no podrá atribuirse al sujeto.

De acuerdo a las explicaciones anteriores es primordial entender y tener claro que, siendo la conducta el presupuesto esencial del análisis del delito y si algún hecho lesiona o pone en riesgo un bien jurídico protegido por el derecho penal, tiene que analizarse primeramente a la conducta y su posible ausencia para luego pasar a estudiar la tipicidad, ya que no sería correcto pasar directamente a la tipicidad.

2.4.2 LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD

Esta categoría fue propuesta en 1906 Ernst von Beling. Tipicidad es el encuadramiento de la conducta en el tipo penal. Desde luego, no se trata de un encuadramiento físico-mecánico, sino, más bien, de una relación entre del sujeto activo y la descripción de la conducta contenida en el tipo penal. De tal suerte que, si la conducta del sujeto activo, en sus presupuestos esenciales, se relaciona con el tipo penal, entonces, el comportamiento es típico¹⁴⁹. Es decir, una conducta es típica cuando existe identidad entre la conducta del ser humano y la descripción contenida en alguna ley penal. En un caso pudiera existir esa identidad a la que nos referimos entre la conducta humana y la descripción de la ley penal, pero, para que la conducta sea típica faltaría sin embargo que no se presentara ninguna causa de atipicidad¹⁵⁰.

“El primer adjetivo de la conducta delictiva es la tipicidad. Afirmada una conducta, lo primero que cabe preguntarse es si está prohibida con relevancia penal, es decir,

¹⁴⁹ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática aplicada al sistema acusatorio y oral*, México, Flores editor y distribuidor, 2015, pp. 1 y 2.

¹⁵⁰ Ídem , p. 2.

como posible delito. En este sentido, aquí se debe comentar lo referente al tipo penal, así como al juicio de tipicidad”¹⁵¹.

“La tipicidad se entiende como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley (...)

La tipicidad ha sido entendida como elemento fundamental de la Teoría del Delito y como la concreción más importante del principio ‘*nullum crimen sine lege*’¹⁵².

“Así, en primer lugar, el ilícito penal sólo puede estar establecido por una ley – principio de legalidad –. En consecuencia, las formas de ilícito se describen en la ley. Dichas descripciones legales se denominan tipos penales. Cada tipo penal constituye una particular forma de ilícito punible”¹⁵³. Para Muñoz Conde, “el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”¹⁵⁴.

“El tipo es una figura que crea el legislador para realizar una valoración de determinada conducta delictiva, es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes”¹⁵⁵.

El tipo penal es la descripción abstracta de la conducta delictiva en una ley.

Hay que distinguir las funciones que cumple el tipo penal en el Derecho Penal.

¹⁵¹ Benavente Chorres, Hesbert, *La aplicación de la Teoría del caso y de la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, 3a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 217.

¹⁵² Aguilar López, Miguel Ángel, *¿Justicia o legalidad? Ensayos*, México, INADEJ, 2005, p. 40

¹⁵³ Benavente Chorres, Hesbert, *La aplicación de la Teoría del caso y de la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, 3a. ed., México, 2016, p. 217.

¹⁵⁴ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 3a. ed., Temis, Bogotá, 2016, p. 40.

¹⁵⁵ Ídem, p. 217.

En ese sentido, el tipo penal cumple con las siguientes funciones¹⁵⁶:

- Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes. A través del tipo el legislador escoge cuáles acciones serán prohibidas por el Derecho Penal.
- Función de garantía, pues da seguridad a los ciudadanos que sólo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden ser sancionados penalmente. El tipo contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena, por eso se lo(sic) denomina tipo garantía.
- Función motivadora general, pues al señalar a los ciudadanos cuáles son las conductas prohibidas y que, por lo tanto, pueden ser alcanzadas por la conminación penal, procura que ellos se abstengan de realizar dichas conductas.

No solamente se trata de saber resolver un caso con argumentos determinados, en realidad de lo que se trata es de “aprender a plantear el caso”, porque en el planteamiento del problema va más del setenta por ciento de la solución correcta¹⁵⁷. De esta manera se observan los argumentos siguientes:

Argumento 1. La tipicidad tiene la importante función de darle cumplimiento al principio de legalidad. Cuando se atribuya una conducta como típica sin que estén cubiertos todos los elementos del tipo penal se quebranta el principio de legalidad.

Argumento 2. La tipicidad es un indicio de que la conducta puede ser antijurídica. No toda conducta típica tiene por qué ser antijurídica puesto que una conducta típica válidamente puede estar justificada por legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, o por el cumplimiento de un deber.

¹⁵⁶ Ídem, pp. 217 y 218.

¹⁵⁷ Quinto Zepeda, Rubén, *Dogmática penal aplicada al sistema acusatorio y oral*, México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 106.

De conformidad con lo dispuesto por el apartado A del artículo 29 del CPDF, la atipicidad se presenta en los casos siguientes:

I.- (Atipicidad por ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente;

II.- (Atipicidad por falta elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;

III.- (Atipicidad por error de tipo).- El agente obre con error de tipo:

a).- Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa.

En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de éste Código; o

b).- Invencible.

IV.- (Atipicidad por consentimiento disponibilidad de bien jurídico). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un bien jurídico disponible;

b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

2.4.3 LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

“Antes de 1867 la antijuridicidad y la culpabilidad formaban una sola categoría jurídica, pero gracias a las aportaciones de Adolf Merkel y Rudolf Von Ihering, poco a poco, la antijuridicidad fue adquiriendo autonomía jurídica, a partir de la citada fecha”¹⁵⁸. “Por ejemplo, para 1884 Franz von Liszt ya estructuraba su definición de delito sobre la idea de antijuridicidad y la culpabilidad son dos categorías independientes y autónomas una de la otra. En materia penal una conducta es antijurídica cuando además de ser típica no está favorecida por ninguna de las distintas causas de justificación”¹⁵⁹. Un comportamiento estaría justificado cuando concurriera alguna de las siguientes causas de justificación:

- a) Legítima defensa;
- b) Estado de necesidad justificante;
- c) Cumplimiento de un deber;
- d) Ejercicio de un derecho.

“Cabe hacer la aclaración de que ‘el consentimiento de la víctima’, cuando recae sobre bienes jurídicamente disponibles: excluye la tipicidad. Por eso, generalmente se le reconoce al consentimiento una doble naturaleza jurídica: como una de atipicidad y como una causa de justificación”¹⁶⁰. “Inclusive, el consentimiento de la víctima que recae sobre bienes jurídicamente no disponibles puede fungir como ‘una atenuante’, subsistiendo con ello la tipicidad y la antijuridicidad del hecho. Tal es el caso del homicidio a petición, en donde existe el consentimiento de la víctima pero ni con ello se excluye la tipicidad de homicidio, ni la antijuridicidad del hecho, ni la culpabilidad del autor, sino que solamente se atenúa la pena”¹⁶¹.

¹⁵⁸ Quintino Zepeda, Rubén, *Dogmática aplicada al sistema acusatorio y oral*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2018, p. 2.

¹⁵⁹ Ídem.

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ Ídem.

2.4.4 LA CULPABILIDAD Y LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

En 1907 Reinhard von Frank dijo: “culpabilidad es reprochabilidad, la expresión no es bella, pero no encuentro otra mejor”.

Bajo esta perspectiva una persona imputable podrá ser culpable si realiza un comportamiento típico y antijurídico, siempre y cuando se demuestre que dicha persona, tenía conciencia de la antijuridicidad de su hecho y bajo las circunstancias concretas, podía y debía comportarse de distinta manera. Y que no se presente ninguna causa de inculpabilidad, por supuesto.

La conducta del sujeto es “inculpable” si a favor suyo se presenta alguna causa de inculpabilidad. Son causas que excluyen, dinamitan o hacen volar en pedazos a la culpabilidad:

- a) El error de prohibición invencible;
- b) El estado de necesidad disculpante;
- c) La inexigibilidad de otra conducta; o bien,
- d) La inimputabilidad del sujeto.

En estos casos, a pesar de la inculpabilidad del autor, subsiste sin embargo la tipicidad y la antijuridicidad del hecho. Es decir, el hecho de excluir la culpabilidad no significa que con ello se excluya también la tipicidad o la antijuridicidad. Por eso puede existir una conducta típica y antijurídica pero “inculpable”.

2.5 ESTRUCTURA MODERNA DEL TIPO PENAL

Aun cuando se sabe que el tipo penal descansa en la norma penal sustantiva; no obstante, es en razón de que, “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley aplicable al delito de que se trate”, se desprende del párrafo tercero del artículo 14 de la CPEUM.

Aquí se emplea la expresión “enjuiciamiento” más amplio, así lo explica Sergio García Ramírez como “método para indagar y resolver sobre la existencia de un delito, identificar al sujeto responsable y aplicar la consecuencia jurídica que merece la conducta criminal”¹⁶².

2.5.1 ELEMENTOS NORMATIVOS

Son elementos normativos del tipo penal aquellos cuya comprensión o entendimiento se deriva del contexto de alguna norma jurídica o bien de una norma de cualquier otra índole.

2.5.2 ELEMENTOS OBJETIVOS

Son elementos objetivos del tipo penal. Los que pueden ser apreciados por los sentidos del ser humano y son los siguientes:

- a) El sujeto activo. Es el autor o el partícipe que ha intervenido en la realización del hecho.
- b) El sujeto pasivo. Es el titular del bien jurídico.
- c) La calidad personal que, en su caso, exija el tipo penal en los sujetos:
 - 1. Calidad personal del sujeto activo: es la cualidad exigida por el tipo penal, misma que permite distinguir entre delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona (delitos comunes) y delitos especiales (propios, impropios o de propia mano), en los que es preciso acreditar una cierta calidad personal en la persona del sujeto activo.
 - 2. Calidad personal del sujeto pasivo. Es la cualidad exigida por el tipo penal en la persona titular del bien jurídico.
- d) La conducta de acción u omisión. La omisión puede ser simple (cuando está vinculada con algún resultado formal) o puede (sic) ser en forma de “comisión por omisión” (cuando se le asocia con un resultado material):

¹⁶² García Ramírez, Sergio, *El sistema penal en la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2016, p. 175.

1. Acción: Significa un movimiento corporal voluntario (doloso o culposo) proveniente de un ser humano
 2. Omisión simple: es la inactividad corporal voluntaria (dolosa o culposa) de un ser humano, a la que se atribuye un “resultado típico-formal”.
 3. Comisión por omisión: es la inactividad corporal voluntaria (dolosa o culposa) de un ser humano, a la que se le atribuye un “resultado típico-material”.
-
- e) El bien jurídico penal. Representa el valor o el interés que protege la norma penal. Mismo bien jurídico que puede ser personal (cuando su titular es una sola persona), suprapersonal (cuando su titular es una colectividad), disponible o indisponible (según se pueda o no disponer del bien jurídico), por ejemplo el patrimonio es un bien jurídico disponible, pero la vida y el libre desarrollo de la personalidad, en cambio, son bienes jurídicos disponibles.
 - f) El objeto material: Es la persona o la cosa sobre la que recae el comportamiento o la conducta del sujeto activo.
 - g) Las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión, que en su caso exija el tipo penal (en general todos los delitos se presentan bajo ciertas circunstancias de tiempo, modo y lugar, pero en este caso solamente nos referimos a las circunstancias que exija el tipo penal), por ejemplo, cometer un robo en el interior de una “casa habitación”.
 - h) Los medios comisivos que en su caso exija el tipo penal. También aquí nos referimos a los medios comisivos que en su caso exija el tipo penal de que se trate. Por ejemplo, el que mediante “violencia física” o “violencia moral”, en los casos de violación.
 - i) El nexo causal y la imputación objetiva del resultado, entendida ésta como un elemento normativo regulador del nexo causal. El nexo causal es la relación lógica-material que existe entre una conducta de acción y un resultado material.
 - j) Imputación objetiva del resultado: Un resultado es objetivamente imputable a una persona si se prueba que: 1) creó un riesgo no permitido, 2) que dicho

riesgo no permitido se concretizó en un resultado; y, c) que el resultado en cuestión pertenezca al ámbito protector de la norma.

k) El elemento formal o material según lo exija el tipo penal de que se trate.

2.5.3 ELEMENTOS SUBJETIVOS

a) El dolo, mismo que puede ser directo o eventual.

1) Dolo: significa que el autor, al momento de su conducta, comprende los elementos del tipo penal y quiere o acepta su realización.

2) Dolo directo: acontece cuando el sujeto, al momento de llevar a cabo su conducta, representa el resultado típico “*como algo seguro*” y quiere su realización.

3) Dolo eventual: acontece cuando el sujeto, al momento de llevar a cabo su conducta, se representa el resultado típico “*como algo probable*” y lo acepta en caso de que ocurra.

b) La culpa, que puede ser con o sin representación. Constituye el quebrantamiento de “*un deber objetivo de cuidado*” que el autor, bajo las circunstancias concretas del hecho, podía y debía evitar. En casos de culpa consciente el autor se representa el resultado típico “como algo probable”, pero “confía” en que dicho resultado no acontecerá.

c) Los llamados elementos subjetivos específicos distintos al dolo: constituyen una cierta tendencia, ánimo o propósito, en la persona del sujeto activo. Por ejemplo: el ánimo, el propósito, el que a sabiendas, entre otros.

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL MEXICANO

3.1 PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Diversos autores, se inclinan porque el proceso deriva de la etimología *procedere*, que significa avanzar, caminar; mientras otros consideran la génesis del procedimiento más adecuado el latín *procesos*, que se refieren a progresión. Al final de cuentas, el proceso es una serie de hechos consecuentes, que van encaminados hacia un fin preciso, primordial del proceso, que es la resolución del asunto que se ha hecho del conocimiento de la autoridad judicial, por medio del dictamen de una sentencia.¹⁶³

El proceso es un simple camino en busca de un fin, el camino la constituyen tanto las reglas que deben cumplirse como el respeto que implican, y el desenlace es la resolución final, la sentencia o decisión que se otorga del caso concreto, en un ámbito eminentemente judicial. En cambio, el procedimiento no busca siempre los mismos; además una de las principales características principales del proceso es que la jurisdicción es facultad únicamente de jueces, mientras que un procedimiento puede recaer en un representante del Poder legislativo (como en el caso del procedimiento de declaratoria de procedencia en un juicio político contra un legislador), en el Ministerio público (integra la averiguación previa, que actualmente se conoce como carpeta de investigación)¹⁶⁴.

¹⁶³ López Betancuort, Eduardo, *Derecho procesal penal*, México, Iure editores, 2003 p. 7

¹⁶⁴ Ídem

“Procedimiento es una connotación más amplia, se aplica a distintas ramas del derecho y constituye un mecanismo más cercano a la fórmula de transitar de manera correcta por el mundo del respeto a las normas y leyes, situación que evidentemente se puede dar por distintos órganos, aun a los no judiciales, destacando entre otros los administrativos”¹⁶⁵.

3.2 LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES

“Por sistema procesal entendemos el conjunto de principios y garantías que configuran tanto el rol de los (operadores jurídicos) actores, al objeto u objetos de debate en sede de justicia penal, así como, al esquema procedimental del proceso penal, respondiendo a una determinada ideología o filosofía (teóricas o pragmáticas)”¹⁶⁶.

La “... ideología entendida como línea de pensamiento que responde al logro de determinados objetivos e intereses por parte del grupo social. En este sentido, hay algunos que afirman que el proceso penal no responde a ninguna ideología, dado que, el juez solamente está para aplicar el Derecho Sustantivo”¹⁶⁷.

Sin embargo, el sistema de justicia penal de un Estado responde a una determinada ideología, que a lo largo de la historia ha girado en torno al papel que debe de cumplir el Estado frente al fenómeno del delito y, por extensión a los roles que deben ser asumidos tanto por el juez como por las partes; es decir, desde un Estado que, para actuar, requiere de la acusación de una supuesta víctima o de aquél que defiende los intereses públicos afectados, dinamizando la actuación de las partes (sistema acusatorio), hasta de un Estado que, en aras de protección a ultranza de su funcionamiento así como de la sociedad,

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ Benavente Chorres, Hesbert, *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio*, México, 3a. ed., Flores editor y distribuidor, 2014, p. 13.

¹⁶⁷ Ídem.

puede actuar de oficio, sin necesidad de acusación previa, fortaleciendo el rol del juzgador (sistema inquisitivo). Frente a ello, no se trata de estar frente a un Estado débil o fuerte, sino en la presencia de requisitos o condicionamientos para la actuación del mismo a través de la justicia penal. No obstante, la actuación legitimada del Estado frente al delito debe convivir con una segunda idea, esto es, la relación del conflicto que el delito generó, por un lado, entre el imputado y la víctima, y por otro lado, entre el imputado y la sociedad¹⁶⁸.

Por otro lado, es imprescindible considerar que el proceso tiene esencia única, y por tanto, sus elementos estructurales (acción, jurisdicción, defensa) y los principios que lo rigen, deben estudiarse organizadamente, sin perjuicio de que en los distintos procedimientos adquieran características propias, las que no deben modificar su naturaleza o esencia si queremos seguir hablando de proceso. Ello encuentra fundamento en el fin y en sentido del juicio, que no está (o no debe estar) al mero servicio de aplicación del Derecho Sustantivo, sino que es uno de los métodos civilizados y pacíficos para dirimir conflictos, más allá de las normas que captan conflictos (civiles, penales, laborales, etc.)¹⁶⁹.

“... lo correcto es entender la existencia de los sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es no procesal, es decir, en el que no se utiliza el medio que es el proceso, y otro sí es procesal, esto es, en el que el único medio para aplicar ese Derecho es el proceso”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 13 y 14.

¹⁶⁹ *Ídem.*

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 17.

“..., el proceso será aquel donde las partes presenten una igualdad frente al juez quien, como tercero imparcial, asiste al desarrollo procesal a fin de emitir una decisión justa, sobre la base del esclarecimiento de los hechos logrado en función a la actividad de las partes y el respeto a los derechos fundamentales. Cualquier sistema de actuación judicial señalado anteriormente no podrá ser considerado procesal”¹⁷¹.

Solamente enunciaremos los sistemas procesales que han existido durante la historia de la humanidad y nos centraremos en abordar minuciosamente el sistema procesal penal acusatorio y oral, por ser el que está vigente en nuestro país, y el que hay que trabajarlo para una mejor perspectiva por parte de los operadores jurídicos para la seguridad jurídica de los clientes y de la justicia.

3.2.1 EL SISTEMA ACUSATORIO.

El sistema acusatorio es el primero que se llevó a cabo en la práctica antigua, ya que al principio solamente se comunicaban oralmente y la escrituración apareció posteriormente.

Este sistema es el primero que se estructuró, el primero que rigió desde antaño, razón por la que se le ha denominado como: sistema antiguo, sistema clásico, sistema original, rudimentario, precario, etc., al respecto, desde los pueblos primitivos en sus conflictos requería de la acusación para juzgarlos, existen antecedentes que se observaron reglas para el desarrollo de este sistema en Grecia y Roma, sobre ello decimos, en el siglo II a. C., existió pretéritamente a que surgiera el Estado, sin embargo, era necesario que el acusador diese a conocer el hecho ilícito, para que el infractor fuese juzgado por una persona individual o colectiva, la que decidía sobre el conflicto planteado... Su reglamentación se inicia en el Código de Manú al disponer “ni el rey ni

¹⁷¹ Ídem.

hombre alguno a su servicio debe suscitar por sí mismo ningún proceso”; concretamente, en Grecia(s. V a. C.) brotan instituciones procesales con visos acusatorios¹⁷².

3.2.2 EL SISTEMA INQUISITIVO

Debido a que todo evoluciona con el transcurso del tiempo aunque no todo es favorable o en beneficio de la sociedad también el sistema acusatorio toma otro derrotero. Así es como aparece el sistema inquisitivo y perdura hasta que aparece el sistema mixto, por lo que después aparecerá unificada el sistema acusatorio antiguo con el sistema inquisitivo formando el sistema mixto.

De la transformación que se produce en el sistema acusatorio, paulatinamente comienza a surgir el sistema inquisitivo en los albores del Imperio Romano, tomando auge y lineamiento en el siglo III d. C.; fue en los siglos IV y V cuando ese régimen romano legaliza la Iglesia Católica, ésta crea sus propios tribunales, adoptando y reglamentando el sistema inquisitivo, inspirándose en el derecho romano imperial, el que se perfecciona e institucionaliza con el derecho canónico en el siglo XIII, adoptándolo las legislaciones europeas en los siglos XVII y XVIII; en ese periodo adquiere sus características propias como contrario al principio acusatorio¹⁷³.

Este sistema condice con la concepción absoluta del poder central y del escaso valor que se otorga a la persona humana individual frente al orden social. Consecuencia de ello es la consideración del imputado como un simple objeto de investigación; no contando con la posibilidad cierta de defenderse de la acusación formulada en su contra. Las premisas fundamentales del sistema inquisitivo son: la persecución

¹⁷² Polanco Braga, Elías, *Lecciones del sistema procesal penal acusatorio y oral*, México, s. e., 2016, p. 4.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 7.

penal pública y obligatoria de los delitos y la averiguación de la verdad¹⁷⁴.

3.2.3 EL SISTEMA MIXTO

Ahora corresponde conocer el origen y desarrollo del sistema mixto.

El sistema mixto tuvo su origen en Francia. La asamblea constituyente dividió el proceso en dos fases: una secreta que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía la fase oral. Debido a los inconvenientes y ventajas de los procesos acusatorios e inquisitorios, y a modo de una combinación de ambos nació la forma mixta¹⁷⁵.

3.3 EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Ahora que ya aludí los sistemas anteriores, ya estoy en condiciones de empezar a trabajar con el Sistema Acusatorio y Oral. Ha llegado el momento de iniciar el análisis del Sistema Acusatorio y Oral del derecho Procesal Penal para México y ésta se define desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que, podemos afirmar que:

...el Derecho Procesal Penal Mexicano es Derecho Procesal Penal Constitucional, es decir, es derecho que, en una gran mayoría nace y se desarrolla desde normas y principios constitucionales. Entonces, más que una interpretación procesal requiere una interpretación constitucional... Sin embargo si el CNPP, se arroga ciertas “potestades” que no le han sido concedidas por la Constitución Federal entonces, es necesario escribir y analizar desde lo que se escribe, qué implicaciones puede tener que la ley diga algo que no está en la

¹⁷⁴ Benavente Chorres, Hesbert, *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral*, México, 3a. ed., Flores editor y distribuidor, 2014, p. 15.

¹⁷⁵ Bardales Lazcano, Érika, *Guía para el estudio del sistema penal acusatorio en México*, 6a. ed., México, Flores y distribuidor, 2016, p. 46.

Constitución y/o que la ley pueda variar los contenidos constitucionales de una disposición¹⁷⁶.

El proceso penal acusatorio es, además de ser un marco para la solución de un conflicto de intereses surgido a consecuencia de un delito, aquel donde el juez no puede proceder de oficio, ni ampliar el proceso al mismo imputado por otros hechos, ni comprender a otras personas; por el contrario, requiere que el Ministerio Público ejerza la acción penal y lleve su pretensión de sanción al órgano jurisdiccional tanto en la formulación de la imputación como en la acusación¹⁷⁷.

“La necesidad de una acusación se fundamenta en evitar la contaminación del juez con los datos del proceso, y para asegurar su imparcialidad, que sea una de las partes, como interesadas en obtener una respuesta al conflicto penal, quien postule, argumente y acredite el porqué (sic) el Estado debe castigar al imputado”¹⁷⁸.

Frente a ello, que sea acusatorio el proceso, significa que la carga de probar la responsabilidad del procesado, más allá de una duda razonable, está en cabeza del acusador. Esto denota, que el sistema acusatorio está soportado sobre la base de la presunción de inocencia. Por ello, en el proceso penal acusatorio, al menos desde el punto de vista del marco teórico-probatorio, el procesado comienza ganando la lid judicial. El Ministerio Público es algo así como como el retador en el cuadrilátero judicial.¹⁷⁹

Me interesa mucho que nos podamos fijar en esta técnica legislativa. El código Nacional repetirá, constantemente, la referencia a la

¹⁷⁶ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Argumentar en la oralidad, desde la publicidad, intermediación y contradicción*, 2a. ed., Flores editor y distribuidor, 2015, p. V.

¹⁷⁷ Benavente Chorres, Hesbert, op. cit., pp. 18 y 19.

¹⁷⁸ Ídem.

¹⁷⁹ Ídem.

Constitución Política, la referencia a sí mismo, y ahora suma una producción normativa "especialmente peligrosa" relacionada con "los acuerdos generales que emita el Consejo". Esto hace que el principio termine siendo norma. Esto hace que el Código mismo no logre explicar por qué un principio, qué es un principio, cuáles son los alcances de un principio, menos aún que estos principios sean de alcance constitucional y que la ley –menos aún un acuerdo de un órgano administrativo- no pueden variar los alcances de esos principios constitucionales.¹⁸⁰

Cuando critico la norma desde la Constitución y la Constitución, desde la norma, me percató que ha sido académicamente más "fascinante" descubrir, del estudio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el sistema de justicia penal, porque, un principio, una garantía procesal o un derecho ínsito en la Constitución Política es, normativo, sustancial, jurídicamente distinto a que proceda de la legislación secundaria.¹⁸¹

Así que, es desde el artículo 20 de la Constitución Federal donde se plaman los principios del Proceso Penal Acusatorio y Oral y no desde el Código Nacional de Procedimientos Penales.

3.4 PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL

No se ignore que los principios que hemos copiado del Sistema Procesal Penal Acusatorio los hemos traído a la Constitución Política ...no permiten una simple interpretación normativa sino que exigen una especial interpretación constitucional. Son principios en y desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; son principios revestidos del principio de supremacía constitucional. Por

¹⁸⁰ Hidalgo Murillo, José Daniel, op. cit, p. VI.

¹⁸¹ *Ibíd*em, p. IX.

ende, aunque un autor se luzca citando de esos principios un célebre tratadista, si no hay un análisis crítico de esa cita, la misma referencia bibliográfica hunde al expositor porque lo descubre ignorando (...) ¹⁸²

Peor aún, la jurisprudencia. Si la ignorancia prima en un aula de clase, es de esperar que luego, algún otro o la lectura crítica de un libro, el mismo código y/o el estudio constitucional de la figura procesal aclaren el error y permita un mejor criterio. Pero, qué podemos hacer cuando se trata de una tesis aislada, más aún, que haya conformado jurisprudencia y sea obligatoria y/o que sin ser obligatoria obligue porque viene de “arriba”. Si lo que nuestros tribunales han resuelto hasta la décima época es protección de los derechos humanos entonces, no deben quedar en desuso las tesis jurisprudenciales. Hemos de reconocer que los derechos humanos son derechos desde la creación del hombre. Hemos de admitir que los Tratados Internacionales lo único que han hecho es reconocerlos y protegerlos. Entonces, ¿qué derecho veníamos aplicando? Sin embargo, hoy han quedado igualmente en desuso aquellas tesis aisladas y/o jurisprudenciales que se apoyan, por error, en los códigos acusatorios, por ejemplo, en Chihuahua, Morelos, Yucatán y Tabasco ¹⁸³.

“La práctica procesal nos viene enseñando una realidad: que no entendemos el derecho desde los principios (...)” ¹⁸⁴.

Así que comprendiendo los principios y superando las formas del Derecho Procesal Penal Acusatorio y Oral desde la Constitución Federal y de su supremacía constitucional será posible no violar derechos humanos de las partes en el proceso.

¹⁸² Ibídem, p.p. 6 y 7.

¹⁸³ Ibídem, pp. 7 y 8.

¹⁸⁴ Ibídem, p. 8.

“Es cada vez más importante el proceso desde los principios e, igualmente, desde esos principios ya comprendidos, entender los de igualdad de armas, defensa, alternatividad, impugnación subjetiva y objetiva, legalidad de los medios de prueba, etc”.¹⁸⁵

Los que se han beneficiado del nuevo sistema para organizar cursos de “litigación” han admitido como principios rectores del sistema acusatorio los principios propios del desahogo de los medios de prueba en juicio porque, con Baytelman y Duce focalizan el proceso en el juicio. Para quien dice que el sistema acusatorio es un sistema de juicios por juicios orales, es fácil entender –aunque equivocado– que los principios rectores del proceso sean, desde la oralidad, los de publicidad, concentración, continuidad, contradicción e inmediación. Quien así cree, debe preguntarse: ¿No son estos principios únicamente necesarios para las audiencias en las que se desahoga medios de prueba? La respuesta positiva es la correcta. Si sigue pensando, debe hacerse, necesariamente, otra pregunta: ¿cuáles son, entonces, los principios que rigen el sistema acusatorio? De inmediato se dará cuenta que el sistema acusatorio, aunque protege el derecho del imputado a un juicio justo e imparcial, “rehúye” del juicio oral y que la verdadera técnica y táctica de litigio es resolver el conflicto a través de los distintos procedimientos que le ofrece el mismo sistema acusatorio...¹⁸⁶

Entonces, se trata de los principios de alternatividad, principio de reinserción social, principio de proporcionalidad, principio de inocencia, principio de libertad.¹⁸⁷

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 9.

¹⁸⁶ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Investigación policial y teoría del caso*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015, pp. 8 y 9.

¹⁸⁷ *Ídem.*

3.4.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

Desde la constitución Política (está) la sencillez del Proceso Penal Acusatorio para México, sin que sea igualmente sencillo convencer cuando muchos tienen más interés en las formas, pero al utilizar al CNPP enfrentándolos a los principios constitucionales del Proceso Penal Acusatorio Mexicano, las formas han sido superadas por los principios y que los principios nos permiten más prontamente llegar a los criterios de fondo... (y) que “todas las decisiones fracasó que han perjudicado el recto desarrollo del proceso acusatorio en México –tanto a nivel de Justicia integral para Adolescentes como a nivel de Sistema de Justicia Penal Acusatorio- ha sido la constante violación de los principios constitucionales”¹⁸⁸.

He decidido llamarles principios constitucionales del proceso penal acusatorio y oral, ya que es a través de éstos como toma significado relevante para el desarrollo del proceso penal tanto en sus aspectos sustantivo como en lo concerniente a la parte procesal. Es decir, tomando como punto de arranque el acápite del artículo 20 de la CPEUM, encontramos una definición constitucional del sistema de justicia penal al disponer que “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”. Esta definición nos permite concluir, *prima facie*, que los principios en estudio son principios del proceso; que el de oralidad no es un principio, sino una cualidad del sistema de justicia penal y que, los de publicidad, concentración, continuidad e inmediación, que para algunos son principios del procedimiento, se convierten en principios del proceso, por mandato Constitucional. Esto, porque si queremos distinguir entre principios del proceso y principios del procedimiento, podemos hacer, en parte, una diferencia entre ambos y, entonces, el único del proceso es el de contradicción. Pero, la reforma del 18 de junio de 2008 ha dado la pauta, y como del proceso, los ha incluido todos.

¹⁸⁸ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Argumentar en la oralidad, desde la publicidad, inmediación y contradicción*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. XII.

Entonces tenemos que entender que, la oralidad como la palabra hablada es una cualidad del proceso penal mexicano. Desde la oralidad el proceso penal procura que las audiencias se desarrollen predominantemente de forma oral, sin menoscabo de que los sujetos y partes procesales puedan auxiliarse con documentos; por lo cual, los elementos aportados en audiencias serán de forma directa y oral. En la práctica de las actuaciones procesales se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimir mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido¹⁸⁹.

La oralidad es el vehículo de la publicidad y hace posible que el sistema acusatorio se desarrolle bajo nuevas prácticas y modelos de organización y de gestión de las estructuras judiciales, del Ministerio Público y de sus demás operadores; desformaliza el procedimiento y despoja al inquisitivo de ritos y de la excesiva tramitación del expediente, para dar paso a un sistema de audiencias como método principal de transmisión de la información del procedimiento, de realización de actos que impliquen desahogo de prueba, y de método para la toma de decisiones judiciales¹⁹⁰.

La audiencia es el medio procesal y jurisdiccionalmente idóneo para introducir hechos y pruebas, porque la teoría de la argumentación en el sistema acusatorio exige argumentar sobre hechos y, por ello, el modo de comprobar esos hechos. Sólo después de comprobado el hecho, la teoría de la argumentación exige argumentar sobre el tipo penal, es decir, si ese hecho es o no delito. Una vez esto, el tercer tema de argumentación es el valor, es decir, las causales excluyentes,

¹⁸⁹ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Argumentar en la oralidad, desde la publicidad, intermediación y contradicción*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 10.

¹⁹⁰ Martínez Bastida, Eduardo, *Manual para litigantes del procedimiento nacional acusatorio y oral*, México, Raúl Juárez Carro, 2015, pp. 17 y 18.

las agravantes y/o las atenuantes porque no existe antijuridicidad y/o culpabilidad y, finalmente, si se merece una pena¹⁹¹.

El nuevo sistema de justicia penal se caracteriza por la concurrencia tanto de principios generales del Derecho Penal, como de principios característicos de un sistema acusatorio y adversarial, como los de oralidad, inmediación, concentración, contradicción, continuidad, publicidad e igualdad, entre otros. Así mismo, esta nueva forma de impartir justicia se identifica por una metodología de audiencias, es decir, por una diversidad de audiencias que se verifican de forma continua y sucesiva entre sí, mismas que no se encuentran atadas a mayores formalidades que las señaladas por la legislación procesal, y que se interpretan a través de los principios ya señalados¹⁹².

José Daniel Hidalgo Murillo dice que:

Hay “procesalistas que procuran descubrir el Derecho Procesal Penal acusatorio para ofrecer una respuesta a la recta administración de justicia. Es lo propio que, si éstos académicos escriben, lo hagan en relación con los verdaderos principios del sistema acusatorio, es decir, los principios de alternatividad, reinserción social y proporcionalidad, los criterios de oportunidad, los derechos de las víctimas, el debido proceso penal y los derechos del imputado sometido a proceso, los principios procesales, los recursos en el sistema procesal penal, la acción civil resarcitoria, el procedimiento abreviado y, la prueba, en particular su desahogo y, la prueba ilícita (...)”¹⁹³ Este sector, “procura

¹⁹¹ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Argumentar en la oralidad, desde la publicidad, inmediación y contradicción*, 2a. ed., 2015, p. 46.

¹⁹² Valadez Díaz, Manuel y Guzmán Gonzáles, Carlos Enrique, *Estrategias elementales para la enseñanza del juicio oral*, México, Limusa, 2015, p. 11.

¹⁹³ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Investigación policial y teoría del caso*, México, 2a. ed., Flores editor y distribuidor, 2015, p. 85.

discriminar la acción de cada sujeto procesal y órgano de prueba, para introducir a cada uno en la función procesal que le corresponde procurando enseñar, desde la academia, con casos prácticos, la participación de los distintos sujetos procesales en la investigación por delito¹⁹⁴.

Dichos procesalistas analizando el sistema procesal penal acusatorio desde la teoría del proceso¹⁹⁵, concretan:

1. Que los principios rectores asumidos por los códigos mexicanos y, traducidos a norma constitucional – publicidad, contradicción, intermediación, concentración y continuidad- son, por lo general, principios que rigen el desahogo de prueba más que el sistema acusatorio y, por ende, no pueden denominarse principios rectores.
2. Que el sistema acusatorio persigue principios procesales más importantes que los principios del desahogo de prueba como son, el de alternatividad, libertad, defensa técnica, letrada y material, lealtad procesal, objetividad, solución del conflicto, reparación del daño, proporcionalidad y reinserción social.
3. Que el sistema acusatorio procura evitar el juicio oral, abocándose a la solución del conflicto, sin denegar, por ello, el derecho del imputado a un juicio justo e imparcial.
4. Que la eficacia de esos mecanismos alternativos está en la eficacia de la investigación por delito, que se asume, como “estrategia” en la acción policial y del Ministerio Público.
5. Que la capacitación de los actores debe enfocarse a la técnica procesal y, por ende, al conocimiento del Derecho Penal y Procesal Penal.
6. Que la eficacia “técnica” del proceso no se centra en técnicas de alegatos e interrogatorios, a los que es posible no tener que acudir, sino, a la

¹⁹⁴ Ibídem, p. 86.

¹⁹⁵ Ibídem, pp. 85 y 86.

conveniencia de la negociación conforme al debido proceso y los derechos de las víctimas.

7. Que los mecanismos alternativos, al beneficiar tanto a víctimas como a imputados, permiten formas procesales de solución del conflicto y renuncian al juicio oral y público, que, en todo, perjudica al imputado.
8. Que la mejor técnica procedimental se encuentra en la mejor técnica policial de acopio de prueba a la luz de los principios de transferencia, relación y causalidad y el imputado, la víctima, el objeto y el lugar, como escenas del crimen.
9. Que el sistema acusatorio no se centra en técnicas de litigio sino en técnicas de investigación.

Con la transformación del sistema de justicia penal en México se fortalecen e incluyen principios de un debido proceso entre los que destacan: los que son propios del sistema acusatorio y oral, y los que son relativos a los sujetos procesales. Dentro del primer rubro se tienen los siguientes: publicidad, contradicción, continuidad, inmediación e incluso el de presunción de inocencia y el de igualdad. En el segundo son los que rigen la actuación de la acusación, de la defensa y del juzgador¹⁹⁶.

Los principios constitucionales del proceso se entienden como mandatos de optimización que sirven para interpretar e integrar las normas jurídicas del nuevo sistema procesal. Algunos de éstos, son normas propias de los procedimientos orales y así han sido estudiados por la teoría del proceso; otros son los que rigen; otros constituyen derechos fundamentales consagrados por la propia Constitución y en Tratados Internacionales¹⁹⁷. Desde esta óptica se analiza el siguiente artículo:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

¹⁹⁶ Bardales Lazcano, Érika, *Guía para el estudio del sistema penal acusatorio en México*, 6a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 81.

¹⁹⁷ Ídem.

- A.** De los principios generales:
- I.** El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;
 - II.** Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;
 - III.** Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;
 - IV.** El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;
 - V.** La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;
 - VI.** Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;
 - VII.** Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el

imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

Por lo que, desde el artículo 20 de la CPEUM, tenemos los siguientes principios:

1. El principio de publicidad.
2. El principio de contradicción
3. El principio de concentración
4. Principio de inmediación
5. El principio de continuidad.

3.4.1.1 PRINCIPIOS RECTORES

Entenderemos por principios rectores del sistema procesal penal para México siguiendo al Dr. José Daniel Hidalgo Murillo, los que se enlista a continuación:

1. El principio de supremacía constitucional. Solo la Norma Suprema impone las limitaciones y controla el derecho objetivo y subjetivo desde los artículos 1 y 133 de la CPEUM.

2. El principio de alternatividad¹⁹⁸. Está establecido en el párrafo cuarto del artículo 17 constitucional, por la cual, sin tener que llegar al juicio oral, con los datos y medios de prueba con que se cuenta, en la propia audiencia de control de detención, es posible resolver este conflicto a través de la conciliación, la mediación, la negociación, la aplicación de criterios de oportunidad, la reparación del daño, los acuerdos reparatorios, el procedimiento abreviado o la suspensión condicional del proceso. Es para evitar la lentitud del procedimiento y facilitar la solución del conflicto y/o la reparación integral o parcial del daño con la participación de la víctima y el imputado.
3. El principio reparatorio¹⁹⁹. De inmediato asoma el principio reparatorio del art. 20, apartado C, fracc. IV. La víctima tiene, en el proceso penal, el derecho a la reparación del daño causado por el delito. Una reparación del daño que, desde la Constitución Federal, parece renunciar el principio subjetivo estatal de perseguir los delitos con la finalidad de resolver el conflicto de la víctima.
4. El principio de reinserción social²⁰⁰ (art.18, párrafo segundo CPEUM). Cuando ha existido condena y es necesario facilitar la educación y capacitación para el trabajo de la persona sentenciada.
5. Principio de proporcionalidad²⁰¹ (art.22, párrafo primero CPEUM). Que procura penas coherentes no sólo con el hecho ilícito sino, a la vez, con la persona y responsabilidad del imputado y su familia.
6. Principio de inocencia²⁰² (art. 20, B, frac. I). Que procura proteger los derechos del sujeto sometido a proceso a través de una hipótesis de inocencia a lo largo del proceso.

¹⁹⁸ Murillo Hidalgo, José Daniel, *Investigación policial y teoría del caso*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 8.

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ Ibídem, p. 9.

²⁰¹ Ídem.

²⁰² Ídem.

7. Principio de libertad²⁰³. Por el cual, el imputado puede permanecer en libertad a lo largo del proceso y, al final del mismo, los jueces han de facilitar el ejercicio de ese derecho de libertad por encima de su privación.

3.4.2 PRINCIPIOS DEL DESAHOGO DE LA PRUEBA O DE LA ETAPA DE JUICIO ORAL

3.4.2.1 PINCIPIOS VINCULADOS CON LA ACTUACIÓN PROBATORIA

En primer lugar, resalta un conjunto de principios vinculados con la actividad probatoria²⁰⁴ que se desarrolla en el juicio oral, los cuáles son:

- A. Principio de oralidad. Se encuentra en varios instrumentos internacionales, y se le considera como un instrumento o medio facilitador de la esencia de la justicia básica y garantista de los derechos mínimos de sus destinatarios. En efecto, todo lo expuesto o argumentado por las partes o por el juzgador al ser expresados verbalmente (y consignados en las actas de las audiencias) permite la comunicación durante la audiencia y la actuación de sus intervinientes, incluso se prevé la posibilidad del apoyo de un intérprete o traductor, si así se requiera.

Así, técnicamente se requiera la oralidad consiste en la utilización del sistema de signos fonéticos (lenguaje oral), siendo sus ventajas una mayor facilidad de emisión, una mayor potencia expresiva y la ineludible inmediación entre emisor y receptor, con la consecuente posibilidad de que dichos signos fonéticos sean acompañados por acciones. Su importancia, por tanto, radica tanto en el aspecto escénico y en el contenido del contradictorio; por lo que, el abogado litigante requiere sacar el máximo provecho del lenguaje oral, el cual, acompañado del gestual, permitirá una mejor comprensión tanto de la veracidad de su planteamiento, así como de las falencias del caso, que pueda encontrar y resaltar, de su contraparte.

²⁰³ Ídem.

²⁰⁴ Benavente Chorres, Hesbert, *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, 2a. ed., México, 2015, pp. 25 – 29.

Por otro lado, se alude a la oralidad en sentido amplio y en sentido estricto (también llamada oralidad-inmediación). La primera noción equivale a aquel sentido amplio y sencillo, de pensar en la oralidad apenas en relación en la forma de la práctica del acto procesal. Así, todo proceso en el que prevalezca, como instrumento de realización de los actos, la forma oral debe ser caracterizado como un proceso oral.

Pensar en la oralidad-inmediación es pensar en un complejo de subprincipios que deben estar presentes cuando se examina un proceso oral. Cuando se piensa en proceso oral se pretende el contacto directo del juez con las partes y con la prueba del proceso, a fin de permitir la solución más adecuada y apuración más precisa de los hechos de la causa. Por ello, examinar la oralidad bajo el prisma también de la inmediación, es reconocer que el proceso, al mismo tiempo que se desarrolla predominantemente por la vía oral, debe observar los principios de la convicción racional del juez, de la inmediatez, de la publicidad, de la concentración y del incremento de los poderes de la disciplina del juez, además de tantos otros que son consecuencia de los mismos.

De hecho es evidente que el principal interés en tornar un proceso eminentemente oral es permitir no solamente la simplicidad en las formas del acto procesal, sino, sobre todo, el perfeccionamiento de la instrucción de la causa. La oralidad, vista desde este prisma, democratiza el proceso, ya que impone a quien juzga el contacto directo con las partes y el diálogo entre los mismos.

Además, agiliza la solución del litigio, en la medida en que estimula la concentración de los actos procesales.

- B. Principio de publicidad. Con frecuencia a la publicidad, la misma permite a la comunidad, la que es finalmente interesada en que la problemática se solucione, observando cómo los jueces cumplen su función; colocando de manifiesto y censurando los excesos, abusos o, si sucede, la impunidad.

Oronoz Santana, indica que para que se logre una verdadera justicia, el proceso debe realizarse frente a la comunidad, apreciando los ciudadanos cómo los funcionarios judiciales, desarrollando su actividad lo hacen de conformidad con las reglas procesales, observando desde el mismo momento en que se formule la acusación, hasta la sentencia misma. Por tanto, todas estas ventajas justifican la creación de las condiciones apropiadas para que el público y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia.

- C. Principio de inmediación. Se refiere a la necesidad de que el juez que va a proferir la sentencia aprehenda el conocimiento directo que deviene del acopio probatorio, y así logre formar su convicción frente al caso propuesto. Es aquella posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal. De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia,, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando debe practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia (a excepción de las pruebas preconstituida o anticipada).
- D. Principio de contradicción. Con referente a la contradicción, la misma supone la posibilidad que tienen las partes –llámese fiscal y defensa del acusado- para sustentar sus planteamientos mediante la aportación de pruebas, de discusión o debate sobre las mismas y de la argumentación final o alegatos que pudieran que pudieran sostener previo a la decisión final del juzgador. Este principio describe la naturaleza del juicio oral, como etapa procesal comunicacional (dialógica) y dialéctica; es decir, en la debida y operativa oportunidad de que las partes hagan oír sus razones, controlen y aporten circunstancias, aleguen sobre las mismas y efectúen sus respectivas peticiones ante el órgano de decisión, el que deberá fallar conforme a los elementos obrante. Por definición, es una etapa dialéctica, que se manifiesta de modo preponderante por la actividad paritiba, lo que a su vez exige la neta diferenciación de los sujetos y de la posición de los órganos de acusación

respecto de la defensa y de todos éstos en relación al tribunal. En ese sentido, el juez no interviene en la actuación probatoria, salvo contadas excepciones con fines exclusivamente de esclarecimiento.

- E. Principio de presunción de inocencia. En sus orígenes, la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica; se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte. La aplicación en el proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: sólo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso cuando el juez “absuelve” declara y confirma dicho estado de inocencia; mientras que la “condena” es constitutiva, pues a partir de ello nace un estado jurídico nuevo.

Luigi Lucchini señalará que la presunción de inocencia es un “corolario lógico del fin racional asignado al proceso” y la “primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario. Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”.

3.4.2.2 PRINCIPIOS VINCULADOS AL DESARROLLO DE LA ETAPA DE JUICIO ORAL

En segundo lugar, se tienen los principios²⁰⁵ referidos al desarrollo del juicio oral, los cuales son:

- A. Principio de continuidad. Surgió en oposición al fragmentarismo discontinuo de los procedimientos escritos. En efecto, por la misma necesidad de los requisitos de la percepción, no puede haber espacios temporales considerables entre los diversos actos producidos durante la audiencia. La

²⁰⁵ Hesbert, Benavente, Chorres, op. cit., pp. 32 - 35.

prueba debe estar viva en los sentidos de los jueces, que la deben tener palpitando en sus memorias, al tiempo de dictado de la sentencia; de allí que la instrumentación de la audiencia no apunte a hibernar la prueba como ocurre en el juicio escrito. Aunque cabe señalar, que en la legislación comparada se tiene la posibilidad de la grabación, de que se efectúen resúmenes o de levantar versiones taquigráficas; sin embargo, es excepcional y es que obedece a la ratio de facilitar la tarea de los sentenciadores.

Para Ricardo Levene, el principio de continuidad se refiere a la exigencia de que el debate no sea interrumpido, es decir, que la audiencia se desarrolle en forma continua, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.

- B. Principio de concentración. La concentración de los actos en el juicio oral impone la necesidad de que lo que se haga sea en presencia de los que en él interviene en forma sucesiva y sin perder la debida continuidad. Ello permite que las conclusiones, tesis y solicitudes que se presenten no pierdan el hilo conceptual entre el momento en que se acopian y el que se discuten, además que sean continuos al instante en que se toma la decisión.
- C. Principio de identidad física del juzgador. En lo atinente a la identidad física del juzgador, la misma parte de la necesidad de que el juez presencie físicamente toda la audiencia del debate oral, además, debe ser quien personalmente dicte la sentencia, sin posibilidad de la delegación alguna.. ello con el objetivo de que quien dicta el fallo sea el mismo que presenció en forma directa e inmediata la producción y acopio de los elementos probatorios, así como también la discusión de sus consecuencias jurídico-penales y la incidencia en la decisión a tomar.
- D. Principio de la presencia obligatoria del imputado y su defensor. En la doctrina se le conoce como el derecho a estar presente en el juicio. En ese sentido, el carácter adversativo del modelo acusatorio, el hecho de que la defensa se constituye con el apoderado y con el imputado, y el reconocimiento al derecho del imputado de controlar y ejercer su propia defensa, obligan a considerar cuidadosamente la posibilidad del juicio en ausencia. Si el juicio se

desarrolla sobre la base de dos versiones enfrentadas, cuyo soporte argumentativo se realiza de manera autónoma (cada parte recopila evidencia), ¿puede el imputado no estar presente durante la celebración del juicio? Al respecto se puede considerar dos situaciones:

- a) Negativa a estar presente; la estrategia defensiva es un asunto que concierne, salvo actos claramente inadmisibles para el apoderado, exclusivamente a la defensa y al imputado; así, si la defensa opta por el que el imputado no asista al juicio oral, en principio de ser una decisión considerada como válida y de exclusiva responsabilidad de la defensas (caso inadmisibles es que no esté presente ningún abogado defensor, porque, al menos, debería estar el de oficio).
- b) Imposibilidad de informar al acusado; esto ocurre cuando el Estado ha desplegado todos los medios a su disposición para dar con el paradero del acusado y, a pesar de ello, no lo encuentran.

3.5 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Las más importantes características del proceso penal²⁰⁶ son:

1. Es jurisdiccional, ya que no tiene existencia jurídica si no está presidido o dirigido por un órgano que ejerza jurisdicción, aunque este actúe provocado por otros órganos.
2. Cumple funciones comunicacionales. Es decir, el proceso penal se organiza como fenómeno de “comprensión escénica y distribuye papeles entre las personas que intervienen en él: acusador, acusado, abogado, defensor, juez, testigos, peritos, etc. Cada uno de ellos cumple funciones predeterminadas dentro de la causa penal para el logro de sus fines.
3. Es garantista; en efecto, la pretensión de sanción se limita dentro de las normas propias del proceso penal; para el procesado, que se ve rodeado no

²⁰⁶ Benavente Chorres, Hesbert, México, *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral*, 3a. ed., México, Flores Editor y distribuidor, 2014, pp. 12 y 13.

sólo de derechos sino también de garantías procesales que funcionan de oficio o su exigencia; y para el agraviado, en cuanto no debe ser olvidado en el desarrollo y fines de la causas penal.

4. Comprende una determinada organización judicial para el cumplimiento de sus fines, lo que significa una clara delimitación de los sujetos procesales que intervienen y las funciones que cumplen.
5. Recepciona los principios constitucionales en materia de derechos fundamentales, así como, las normas de carácter internacional vigentes en el país.
6. Es formal y solemne, manifestadas principalmente en las disposiciones referidas a las diligencias o audiencias judiciales y a la actuación de los sujetos procesales.
7. Es personalísimo, puesto no cabe la posibilidad de representación del inculcado, para responder sobre sus actos.

Señalamos las siguientes características del proceso penal acusatorio²⁰⁷:

1. Descansa en el principio de la democracia. El proceso penal acusatorio debe ser democrático, esto es, asegurar la participación activa de los involucrados en el drama penal, en todas las etapas o fases procedimentales: investigación, intermedia, juzgamiento, impugnación y ejecución.
2. Busca un equilibrio entre el respeto a las garantías y la eficacia de la persecución penal.
3. Se fundamenta en el principio del acusatorio.
4. Presenta rasgos de adversarialidad.

La participación democrática es un método que sirve de manera práctica para tomar decisiones, por cuanto en la democracia se permite la intervención del otro, hay colaboración entre iguales, se establece una solución de conflictos en la conversación, en el respeto recíproco, en donde cada parte ofrece ideas, que son

²⁰⁷ Benavente Chorres, Hesbert, México, op. cit., p. 19.

un aporte para decidir mejor. En el sistema acusatorio, el debate en el juicio oral tiene el sentido de ofrecer al juez los aportes que ofrece la discusión²⁰⁸.

El término “democrático”, no se vincula con cuestiones de carácter político, sino con lo antagónico de lo autoritario²⁰⁹.

En ese orden de ideas, la reforma al sistema de justicia penal, no solamente no debe ser el tránsito de lo escritural a la oralidad, sino el paso a uno de lo realmente democrático, participativo y dialogístico, donde no prime la toma de decisiones unilaterales, sino las consensuales o bien las heterocompuestas; además, el de ser un espacio de discusión, donde prime la lealtad y la objetividad, a tal punto que, si los actores del proceso penal cometen errores, los mismos puedan ser corregidos en la medida que se cuenta con la colaboración de los interlocutores²¹⁰.

Sin embargo, el hecho que el proceso penal persiga la gestión de un conflicto de intereses, que muchas veces puede darse sin necesariamente conocer la verdad histórica en términos de certeza absoluta, no implica el desconocer los principios y garantías tanto de los justiciables como de terceras personas – que de una u otra forma, pueden verse involucrados en un proceso penal-. En efecto, el proceso penal debe ser garantista, en el sentido de reconocer a toda persona – incluso el imputado- como fin y no como medio; y por ende, protegerla de posibles abusos del poder por parte del estado²¹¹.

En este sentido, para el jurista italiano Ferrajoli, el proceso penal debe ser democrático-liberal, por cuanto debe contener un conjunto de principios y normas rectoras de aplicación en las diversas etapas procesales para limitar y controlar el

²⁰⁸ *Ibíd*em, p. 20.

²⁰⁹ Constantino Rivera, Camilo, *introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, 6a. ed., México, Flores editor y distribuidor, p. 2.

²¹⁰ Benavente Chorres, Hésbert, *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, México, 2a. ed., Flores editor y distribuidor, 2015, p. 8.

²¹¹ *ídem*.

ejercicio de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento, que deben ser respetuosas de los ciudadanos. Así, Ferrajoli postula diez principios o axiológicos del galantismo (sic) penal²¹²:

- 1) Nulla poena sine crimine o principio de retributividad o de sucesión de la pena respecto del delito.
- 2) Nullum crimen sine lege o principio de legalidad.
- 3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate o principio de necesidad o de economía del Derecho Penal.
- 4) Nula necessitas sine iniuria o principio de lesividad o de la ofensividad del acto.
- 5) Nulla iniuria sine acciones o principio de materialidad o de la exterioridad del acto.
- 6) Nulla actio sine culpa o principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal.
- 7) Nulla culpa sine indicio o principio de jurisdiccionalidad.
- 8) Nullum iudicium sine accusatione o principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación.
- 9) Nulla accusatio sine probatione o principio de la carga de la prueba o verificación.
- 10) Nulla probatio o principio del contradictorio o de la defensa o de refutación.

3.6 LAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

De conformidad con el art. 211 del CNPP solo se consideran etapas del procedimiento penal ordinario:

1. La investigación

²¹² Ídem.

2. La etapa intermedia
3. La de juicio oral.

Aunque claramente se puede apreciar que el artículo citado anteriormente no considera la etapa de los recursos ni la etapa de ejecución.

Básicamente se puede decir que el proceso penal acusatorio adversarial consta de tres etapas: la de investigación, la intermedia y la del juicio. Sin embargo, se puede hablar de una cuarta etapa consistente en la ejecución de las penas y medidas de seguridad a cargo de un juez de ejecución, y de otra etapa que se puede considerar accesoria a ellas, que es la impugnativa, la cual se puede presentar si hay inconformidad contra una resolución, misma que está a cargo de tribunales de apelación contra resoluciones emitidas por el juez de control, o de tribunales de casación contra las sentencias pronunciadas por tribunales de juicio oral²¹³.

Aquí puede apreciarse que nuestros autores aluden a los tribunales de casación que operaban con los códigos procesales con tendencia acusatorio, oral y adversarial de las entidades federativas que precedieron al CNPP.

Aunque no se abarquen todas las etapas para el presente estudio, a mi criterio, menciono que son cinco las etapas del Sistema Procesal Penal Acusatorio y Oral Mexicano: la etapa de investigación, la etapa intermedia, el juicio oral, la etapa impugnativa y la de ejecución.

3.6.1 LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

No hay que olvidar que, debe anteponerse los mandatos de la Constitución y, es así como localizamos que, para efectos de la investigación, el artículo 21 de la CPEUM nos brinda la pauta para su realización. Qué se debe investigar, por qué se debe

²¹³ Valadez Díaz, Manuel y Guzmán González, Carlos Enrique, op.cit, p. 29.

investigar, cómo se debe llevar a cabo la investigación son interrogantes que deben ser respondidos antes de saber a quién se va a investigar.

(...)Es común que cualquier denuncia, la misma querrela, la noticia del delito – *noticia criminis*- el ingreso de personas extrañas al país, la desaparición de una persona, el cúmulo de muertes sin un claro perfil delincuencia, etc., nos colocan ante una hipótesis delictiva, es decir, ante el supuesto de un delito que exige, en primer lugar, descubrir si el hecho se adecua a un tipo penal. En estos casos los cuerpos policiales no pueden asumir una posición de indiferencia pues, aunque dudoso, el hecho puede ser delito y, por ende, encontrar un probable responsable²¹⁴.

“Nótese que se trata de una investigación policial –en relación a un hecho – en que no se ha identificado el hecho como delito y, por ende, el autor. Consecuentemente, se trata de una ‘hipótesis delictiva’ en que no participa el imputado y, menos aún, un abogado defensor”.²¹⁵.

“... Cuando el esclarecimiento de los hechos no arriba a la existencia de un delito, cuando no existe un inocente porque no existe – aún – una víctima, cuando no nos encontramos ante un hecho punible y, consecuentemente, ante un posible imputado y, cuando no se ha producido un daño, la investigación policial es prevención policial, sujeta a las normas propias de las leyes orgánicas de los distintos cuerpos policiales, no así a las normas que rigen el proceso penal”²¹⁶.

Para una mayor y necesaria comprensión de la investigación para el esclarecimiento de los hechos y no confundir con la prevención (función seguridad pública). Se dice:

²¹⁴ Murillo Hidalgo, José Daniel, *La investigación policial y la teoría del caso*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 154.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 154 y 155.

²¹⁶ *Ídem*, p. 155.

Del párrafo noveno de artículo 21 de la CPEUM:

...

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Así como del inciso c) del décimo párrafo del artículo de referencia dispone que:

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.

“Si el hecho se aclara como delito después de una exhaustiva investigación que ha seguido una ‘estrategia’ es lógico, entonces, que tarde o temprano identificará, del mismo modo, al probable autor de ese delito...”²¹⁷

²¹⁷ Ídem, p.155.

El art. 21 de la CPEUM en sus párrafos primero y segundo establece que:

“La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

...

La etapa de investigación tiene dos fases a saber:

1. La investigación inicial. En esta fase el Ministerio Público que tenga conocimiento de la existencia de un hecho que la ley señala como delito, dirigirá la investigación penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos autorizados, la misma podrá realizarse con o sin detenido.
2. Investigación complementaria. La cual cuenta con dos momentos procesales que son los siguientes:
 - a) La audiencia inicial y
 - b) La investigación complementaria.

¿Cuál podría ser la razón de fracaso del futuro del sistema acusatorio en México? (...), esta se encamina casi siempre a las organizaciones policiales y al Ministerio Público. Basta estudiar la situación real de estos dos órganos en las entidades federativas que han implementado el sistema acusatorio para apreciar que, a pesar de la capacitación que se ha recibido, estos órganos impiden el trabajo de los jueces y que el avance es poco en el momento procesal más adecuado. La razón es que el Poder Judicial ha procurado, a través de las Escuelas Judiciales, Institutos de Capacitación y la misma CONATRIIB la

capacitación de magistrados, jueces y secretarios de acuerdos. Algunas procuradurías han facilitado la capacitación de los agentes del ministerio público y es poco lo que se ha hecho con los órganos policiales, a pesar de la ardua labor del Instituto de Formación Policial (IFP) y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), entre otras razones, porque la mayoría de los cursos de estos dos institutos han mezclado la participación de distintos actores, siendo los oficiales de investigación uno más entre muchos²¹⁸.

“En la reforma procesal penal, la Policía ha sido un sector que no ha recibido - o no ha podido recibir - la atención que se merece. La adecuación de los procedimientos policiales a los estándares del nuevo modelo procesal es sin duda una asignatura pendiente”²¹⁹.

(...) Se llega a escuchar que, quien domina la teoría del caso domina el sistema acusatorio. Sin embargo, a la vez y concomitantemente se elimina a los agentes de investigación de estos cursos y de estas técnicas, como si no fueran para ellos. La misma definición de “teoría del caso”, los saca de estos proyectos académicos, en primer lugar, la teoría del caso se concentra en la etapa de juicio oral, misma en la que la policía de investigación es, únicamente, auxiliar del ministerio público –si es que el ministerio público los llama a cumplir dicha función – y, confrontada con las “técnicas de litigio” dejan más claro, aún, que no es tema para oficiales de la policía técnica y científica. A la vez, el fracaso del sistema acusatorio estriba en el abandono de nuestros cuerpos de policía, pues es a ellos a los que les corresponde la teoría del caso²²⁰.

²¹⁸ *Ibíd.* P.82

²¹⁹ Benavente Chorres, Hesbert, *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, México, 2015, p.p. 23 y 24.

²²⁰ *Ibíd.*, p. 119.

La investigación tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño (art. 209 CNPP).

3.6.2 LA ETAPA INTERMEDIA

“... al concluir la fase investigación complementaria, el Ministerio Público presentará ante el juez de control, su formal acusación por escrito, con los medios probatorios, evidencia física o informaciones, de manera que pueda afirmar, con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y la decisión de perseguir la responsabilidad criminal de la persona encausada”²²¹.

“... se trata del momento temporal en la que se desarrolla o adelanta el trámite del proceso..., cuya función en el procedimiento penal acusatorio es determinar si continua el proceso en su etapa de juicio oral”²²².

La etapa intermedia cumple funciones propias de un “Despacho Saneador”, dado que, será el momento procesal en que el juez de Control, de oficio o por iniciativa de parte, requiera al Ministerio Público para que corrija los errores formales que presenta su acusación y examine, a través de las excepciones interpuestas por la defensa, la existencia de vicios o defectos que invaliden la relación jurídico-procesal (saneamiento procesal), así como, será la oportunidad que tiene el juez de Control para depurar aquellos medios de prueba impertinentes, ilícitos o que busquen acreditar hechos notorios o públicos (saneamiento probatorio)²²³.

²²¹ Polanco Braga, Elías, *Lecciones del sistema procesal penal acusatorio y oral*, México, s.e., 2016, p. 202.

²²² Ídem.

²²³ Benavente Chorres, Hesbert, *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio*, 3a. ed., Flores editor y distribuidor, 2014, p. 138.

Hay que conocer la prueba ilegal de la prueba ilícita para saber si se convalida (art. 100 del CNPP) o puede ser saneado (art. 99 del CNPP) o excluido un dato de prueba o medio de prueba o prueba (art. 101 del CNPP), ya sea de oficio o, bien, a petición de parte, ya que es muy importante hacer esta distinción.

Diré que la prueba ilícita es aquélla que es obtenida con violación a los derechos fundamentales pero no todo derecho fundamental es derecho humano. En cambio, la prueba ilegal es de forma, por ejemplo, error ortográfico en el nombre o apellido o apellidos, aritmético en la fecha, etc. Y puede ser saneado o convalidado.

... si el acto anulado no alcanza los demás actos probatorios; si el acto probatorio encuentra fundamento por sí mismo, si el medio de prueba no ha violado un derecho fundamental, entonces se suprime la violación del derecho fundamental y los actos que depende de esa violación dejando intactos los demás actos, datos y medios de prueba. Esto significa que no se anulan en “paquete” sino en razón de su relación. ... (aunque) es más fácil anular en paquete, sin mirar los demás actos que permanecen incólumes y sobre los cuales se ha respetado los derechos del imputado (Vgr. CASO FLOREZ CASEZ)²²⁴.

(...)La teoría de la supresión hipotética en México no es una regla de exclusión de la prueba ilícita; no es tampoco una excepción a la de los frutos del árbol envenenado; uno es una excepción a la eficacia refleja de la nulidad por ilicitud o ilegalidad de la prueba; finalmente, no es una excepción a los efectos directos o indirectos a las reglas de exclusión. Se suprime hipotéticamente no por excepción sino por la sencilla razón de que no depende, es decir, porque la prueba es independiente de la causa de nulidad, no es ni ilegal ni ilícita porque

²²⁴ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Cadena de custodia*, México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 207.

no viola ni disposiciones procesales ni derechos fundamentales y, por ende, y en consecuencia no puede declararse nula²²⁵.

Se suprime hipotéticamente, no como un juego sucio; no para tapar los ojos al error; no para cubrir, con vergüenza, el yerro; no como método estratégico de interpretación; no como táctica ilusoria. Se suprime la causa de nulidad para conocer – luego de suprimir – si a través de la prueba ilícita y/o de la prueba ilegal, constan medios de prueba que no dependen de la prueba anulada. Se suprime para conocer si la prueba que mantiene tiene su propia identidad y, por ende, no depende, no deriva, no refleja lo ilícito. Se suprime con la clara intención – principios de lealtad y objetividad – de evitar que esa prueba sea una reminiscencia de un acto policial y/o ministerial violatorio de derechos humanos. Se suprime con el objetivo procesal de someter la prueba independiente a la inmediación de los jueces en la contradicción de las partes procesales²²⁶.

Porque se suprime – como quien destruye, elimina, extirpa, suprime, liquida –, la teoría de la supresión hipotética utiliza los conceptos de “atenuación del vínculo, fuente independiente y descubrimiento inevitable”²²⁷.

Atenuación, porque no existe entre el acto ilícito o ilegal que produce prueba y el medio de prueba que se desvincula; fuente independiente, porque el medio de prueba encuentra un origen distinto al que produjo nulidad; descubrimiento inevitable, porque no se ha logrado su hallazgo como producto de una nulidad sino por acto procesal lícito y/o legal coherente con los derechos del imputado. La teoría de supresión hipotética, luego de anular todos los medios de prueba que se han

²²⁵ Hidalgo Murillo, José Daniel, op. cit, p. 209.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid.

producido por ilicitud o ilegalidad del acto, nos enfrenta al resto de la prueba lícita y legal²²⁸.

Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad (art. 264 del CNPP).

Por lo que nos dice el párrafo segundo del artículo 228 del CNPP:

Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento.

La cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se

²²⁸ *Ibíd.*, p. 210.

hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

Encontramos los siguientes artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales para el saneamiento, convalidación, exclusión o anulación de la prueba:

Artículo 97. Principio general

Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento.

Los actos ejecutados en contravención de las formalidades previstas en este Código podrán ser declarados nulos, salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado, de acuerdo con lo señalado en el presente Capítulo.

Artículo 98. Solicitud de declaración de nulidad sobre actos ejecutados en contravención de las formalidades

La solicitud de declaración de nulidad deberá estar fundada y motivada y presentarse por escrito dentro de los dos días siguientes a aquel en que el perjudicado tenga conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación se pretenda. Si el vicio se produjo en una actuación realizada en audiencia y el afectado estuvo presente, deberá presentarse verbalmente antes del término de la misma audiencia.

En caso de que el acto declarado nulo se encuentre en los supuestos establecidos en la parte final del artículo 101 de este Código, se ordenará su reposición.

Artículo 99. Saneamiento

Los actos ejecutados con inobservancia de las formalidades previstas en este Código podrán ser saneados, reponiendo el acto, rectificando el error o realizando el acto omitido a petición del interesado.

La autoridad judicial que constate un defecto formal saneable en cualquiera de sus actuaciones, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de tres días. Si el acto no quedare saneado en dicho plazo, el Órgano jurisdiccional resolverá lo conducente.

La autoridad judicial podrá corregir en cualquier momento de oficio, o a petición de parte, los errores puramente formales contenidos en sus actuaciones o resoluciones, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes.

Se entenderá que el acto se ha saneado cuando, no obstante la irregularidad, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados.

Artículo 100. Convalidación

Los actos ejecutados con inobservancia de las formalidades previstas en este Código que afectan al Ministerio Público, la víctima u ofendido o el imputado, quedarán convalidados cuando:

- I. Las partes hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto;
- II. Ninguna de las partes hayan solicitado su saneamiento en los términos previstos en este Código, o
- III. Dentro de las veinticuatro horas siguientes de haberse realizado el acto, la parte que no hubiere estado presente o participado en él no solicita su saneamiento. En caso de que por las especiales circunstancias del caso no hubiera sido posible advertir en forma oportuna el defecto en la realización del acto procesal, el interesado deberá solicitar en forma justificada el saneamiento del acto, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que haya tenido conocimiento del mismo.

Lo anterior, siempre y cuando no se afecten derechos fundamentales del imputado o la víctima u ofendido.

Artículo 101. Declaración de nulidad

Cuando haya sido imposible sanear o convalidar un acto, en cualquier momento el Órgano jurisdiccional, a petición de parte, en forma fundada y motivada, deberá declarar su nulidad, señalando en su resolución los efectos de la declaratoria de nulidad, debiendo especificar los actos a los que alcanza la nulidad por su relación con el acto anulado. El Tribunal de enjuiciamiento no podrá declarar la nulidad de actos realizados en las etapas previas al juicio, salvo las excepciones previstas en este Código.

Para decretar la nulidad de un acto y disponer su reposición, no basta la simple infracción de la norma, sino que se requiere, además, que:

- I. Se haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes, y
- II. Que la reposición resulte esencial para garantizar el cumplimiento de los derechos o los intereses del sujeto afectado.

Artículo 102. Sujetos legitimados

Sólo podrá solicitar la declaración de nulidad el interviniente perjudicado por un vicio en el procedimiento, siempre que no hubiere contribuido a causarlo.

“La formulación de la acusación procederá cuando el Ministerio Público tenga plena convicción de defender sus argumentos en audiencia de Juicio Oral”²²⁹.

²²⁹ Constantino Rivera, Camilo, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, 6a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2014, p. 118.

Esta es la segunda etapa que nos presenta el CNPP en el artículo 334, la cual establece:

“La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y la admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio.

Esta etapa se compondrá de dos fases, una escrita y otra oral. La fase escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio”.

A la etapa intermedia, “en otros países se le conoce como la fase de preparación, en la cual se fija todas las acciones y pruebas que serán materia del juicio oral, es decir, es una etapa ‘filtro’”²³⁰.

Aquí se distinguen dos fases de esta etapa, las cuales son las siguientes:

1. Fase escrita. Con la fase escrita se atiende el párrafo segundo del artículo 14 “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” y párrafo primero del artículo 16 “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del

²³⁰ Bardales Lazcano, Érika, *Guía para el estudio del sistema penal para México*, 6a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2016, p. 224.

cumplimiento de lo previsto en este párrafo” de la CPEUM. Es con la finalidad de no violentar el derecho de audiencia, el debido proceso y el principio de legalidad.

Su importancia reside por:

- a) Presentación de la acusación. El Ministerio Público presenta su escrito de acusación.
 - b) Notificación del escrito a las partes. La administración del poder judicial notifica y cita a los interesados para efecto de que manifiesten lo que a su derecho convenga y con ello, respetar siempre el debido proceso.
 - c) Vista a la víctima u ofendido del escrito para que pueda corregir, modificar u ofrecer sus propios medios de prueba.
 - d) Vista al acusado y su defensor para que pueda: contestar el escrito de acusación, oponer defensas y excepciones, o bien preparar sus estrategias de defensa.
 - e) Descubrimiento probatorio
 - f) Se determina fecha y hora para la audiencia de ofrecimiento y depuración de pruebas.
2. La fase oral. Una vez que el Ministerio Público presentó la acusación, el juez de control señalará la fecha para que se lleve a cabo la audiencia intermedia. “Tendrá por objetivo el ofrecimiento, depuración y admisión de los medios de prueba, así como de los hechos controvertidos que serán materia del juicio. En esta fase los actos procesales que se presentan son”²³¹:
- a) Inicia formalmente con la solicitud de audiencia.
 - b) Se presenta un protocolo de audiencia.
 - c) Al iniciar se puede presentar incidentes y excepciones de la defensa.
 - d) Comienza formalmente con la exposición del Ministerio Público de la acusación, a lo que la víctima u ofendido y el acusado por sí o por

²³¹ *Ibíd*em, p. 238.

conducto de su defensor, podrán manifestar los vicios formales que se requieran.

- e) Se determina la unión o separación de causas, de ser el caso.
- f) Se debate respecto de establecer acuerdos probatorios.
- g) Antes de comenzar con la exposición de los medios de prueba de las partes, el juez preguntará y se cerciora que se haya cumplido con el descubrimiento probatorio, a efecto de fortalecer el principio de igualdad y contradicción.
- h) Se lleva a cabo la exposición de cada parte respecto a sus pruebas, primero el Ministerio Público y después la defensa.
- i) El juez de control da a conocer las pruebas que serán admitidas y cuales quedan excluidas.
- j) Se dicta el auto de apertura al juicio oral.

El auto de apertura a juicio oral. Es una resolución jurisdiccional que da por concluida la etapa intermedia. Respecto del dictado de éste, es importante señalar que además de darse un cambio de situación jurídica respecto del procesado, se tiene por iniciada la etapa del juicio oral en lo conducente a los actos de carácter administrativo. De conformidad con lo dispuesto por el art. 347 del CNPP, éste deberá contener los siguientes elementos:

1. La declaración del cierre de instancia del juez de control.
2. El tribunal competente para el juicio oral.
3. La individualización de los acusados.
4. La acusación que será objeto del juicio.
5. Listado de acuerdos probatorios.
6. Listado de pruebas admitidas que deberán desahogarse en audiencia de juicio.
7. Las pruebas anticipadas, en caso de existir
8. Listado de pruebas admitidas que deberán desahogarse en audiencia de individualización de sanciones penales y reparación de daño.
9. Las personas que deban ser citadas.

10. Las medidas de resguardo de identidad y medidas cautelares que persisten.

Por su parte los efectos procesales, del auto de apertura a juicio oral son los siguientes:

1. Se termina la actividad jurisdiccional del juez de control.
2. Se termina la posibilidad de la justicia alternativa.
3. Se pierden los beneficios del proceso abreviado y de suspensión condicional del proceso.
4. Se cierra la posibilidad de recurrir, la cual se reabrirá hasta la sentencia definitiva.
5. Necesariamente se tiene que llevar a cabo la audiencia de juicio oral.
6. Se hace la declaratoria de una nueva instancia.

3.6.3 LA ETAPA DE JUICIO

Llegando a la tercera etapa del sistema del derecho procesal penal acusatorio y oral mexicana que es la etapa de juicio oral. Para muchos, es la etapa trascendental del sistema procesal acusatorio y oral aunque por mi parte, es posible afirmar, se llega al haberse agotado en la fase del auto de apertura de juicio oral la posibilidad de un sobreseimiento, terminación anticipada de conflicto o algún mecanismo alterno de solución de conflicto, es decir, por no haberse aplicado alguna estrategia de litigación en ninguna de las etapas previas para no tener que llegar hasta la del juicio oral.

“La audiencia de juicio oral es la expresión punitiva del Estado, en contra de los particulares, toda vez que, una vez abierta esta etapa, el Estado no negocia nada, el interés que busca es la pretensión punitiva, (...)”²³².

“Esta etapa se sustancia a través de tres fases dese (sic) el punto de vista procesal, una denominada de formalidades, otra llamada audiencia de debate oral y una

²³² *Ibíd*em, p. 258.

tercera señalada audiencia de individualización de la (sic) sanción penal y reparación del daño, que es contingente, pues para que se presente requerirá el fallo del tribunal (de enjuiciamiento) en la audiencia de debate sea condenatorio”²³³.

De lo anterior se desprende que existen tres fases a saber:

1. La fase formal. Implica la preparación del juicio, es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del procedimiento. Se realizará sobre la base de la acusación en el que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad (art. 348 CNPP).
 - a) Citaciones y notificaciones. En el auto de apertura a juicio oral se deberá establecer la fecha para la celebración de la audiencia de debate. Se citará oportunamente a todas las partes para asistir al debate; el acusado deberá ser citado, con el tiempo razonable para su defensa y las notificaciones se practicarán personalmente, por lista, estrado o boletín judicial según corresponda o incluso por edictos (art. 349).
 - b) Gestión judicial al interior del tribunal.
2. La fase de audiencia de debate (art. 354 CNPP). Implica el centro del proceso penal, pues en ella se determinará respecto a la culpabilidad del sujeto activo. El tribunal de enjuiciamiento unitario o colegiado ordenará y autorizará las lecturas pertinentes (art. 44 CNPP); hará las advertencias que correspondan; tomará las protestas legales; moderará la discusión e impedirá intervenciones impertinentes o que no resulten admisibles, sin coartar por ello el ejercicio de la persecución penal o la libertad de defensa. Asimismo, resolverá las objeciones que se formulen durante el desahogo de la prueba y velará por que se respete la disciplina en la audiencia cuidando que se mantenga el orden solicitando a los asistentes el respeto y las consideraciones debidas, corrigiendo las faltas que se cometan con cualquiera de las medidas señaladas en el artículo 355 del CNPP.

²³³ Ídem.

3. La audiencia de la individualización de las sanciones penales y reparación del daño.

Aquí da comienzo la audiencia de juicio oral con la presentación que realiza el auxiliar de la sala al tribunal unitario o colegiado de enjuiciamiento pidiendo ponerse de pie a los presentes tanto a las partes como del público asistente para recibirlos y con la advertencia de conservar el orden en la sala aunque es solo previo a cualquier audiencia y para efectos de registro (art. 54 CNPP), ya que el tribunal de enjuiciamiento es quien lleva el orden y control de la audiencia con su intermediación.

El juicio es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación en el que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de intermediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad (art. 348 CNPP).

El Tribunal de enjuiciamiento una vez que reciba el auto de apertura a juicio oral deberá establecer la fecha para la celebración de la audiencia de debate, la que deberá tener lugar no antes de veinte ni después de sesenta días naturales contados a partir de la emisión del auto de apertura a juicio. Se citará oportunamente a todas las partes para asistir al debate. El acusado deberá ser citado, por lo menos con siete días de anticipación al comienzo de la audiencia (art. 349 CNPP).

Las decisiones del Tribunal de enjuiciamiento, así como las de su Presidente serán verbales, con expresión de sus fundamentos y motivos cuando el caso lo requiera o las partes así lo soliciten, quedando todos notificados por su emisión (art. 353 CNPP).

En el día y la hora fijados, el Tribunal de enjuiciamiento se constituirá en el lugar señalado para la audiencia. Quien la presida, verificará la presencia de los demás jueces, de las partes, de los testigos, peritos o intérpretes que deban participar en el debate y de la existencia de las cosas que deban exhibirse en él, y la declarará

abierta. Advertirá al acusado y al público sobre la importancia y el significado de lo que acontecerá en la audiencia e indicará al acusado que esté atento a ella.

Cuando un testigo o perito no se encuentre presente al iniciar la audiencia, pero haya sido debidamente notificado para asistir en una hora posterior y se tenga la certeza de que comparecerá, el debate podrá iniciarse.

El juzgador que presida la audiencia de juicio señalará las acusaciones que deberán ser objeto del juicio contenidas en el auto de su apertura y los acuerdos probatorios a que hubiesen llegado las partes.

Los incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia de debate de juicio se resolverán inmediatamente por el Tribunal de enjuiciamiento, salvo que por su naturaleza sea necesario suspender la audiencia.

Las decisiones que recayeren sobre estos incidentes no serán susceptibles de recurso alguno.

Si la acusación tuviere por objeto varios hechos punibles atribuidos a uno o más imputados, el Tribunal de enjuiciamiento podrá disponer, incluso a solicitud de parte, que los debates se lleven a cabo separadamente, pero en forma continua.

El Tribunal de enjuiciamiento podrá disponer la división de un debate en ese momento y de la misma manera, cuando resulte conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa de los acusados.

Una vez abierto el debate, el juzgador que presida la audiencia de juicio concederá la palabra al Ministerio Público para que exponga de manera concreta y oral la acusación y una descripción sumaria de las pruebas que utilizará para demostrarla. Acto seguido se concederá la palabra al Asesor jurídico de la víctima u ofendido, si lo hubiere, para los mismos efectos. Posteriormente se ofrecerá la palabra al

Defensor, quien podrá expresar lo que al interés del imputado convenga en forma concreta y oral.

Cada parte determinará el orden en que desahogará sus medios de prueba. Corresponde recibir primero los medios de prueba admitidos al Ministerio Público, posteriormente los de la víctima u ofendido del delito y finalmente los de la defensa.

La audiencia de juicio será oral en todo momento.

Las determinaciones del Tribunal de enjuiciamiento serán emitidas oralmente. En las audiencias se presume la actuación legal de las partes y del Órgano jurisdiccional, por lo que no es necesario invocar los preceptos legales en que se fundamenten, salvo los casos en que durante las audiencias alguna de las partes solicite la fundamentación expresa de la parte contraria o de la autoridad judicial porque exista duda sobre ello. En las resoluciones escritas se deberán invocar los preceptos en que se fundamentan.

Tanto en el alegato de apertura como en el de clausura, el Ministerio Público podrá plantear una reclasificación respecto del delito invocado en su escrito de acusación. En este supuesto, el juzgador que preside la audiencia dará al imputado y a su Defensor la oportunidad de expresarse al respecto, y les informará sobre su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el Tribunal de enjuiciamiento suspenderá el debate por un plazo que, en ningún caso, podrá exceder del establecido para la suspensión del debate previsto por este Código.

Concluido el desahogo de las pruebas, el juzgador que preside la audiencia de juicio otorgará sucesivamente la palabra al Ministerio Público, al Asesor jurídico de la víctima u ofendido del delito y al Defensor, para que expongan sus alegatos de clausura. Acto seguido, se otorgará al Ministerio Público y al Defensor la posibilidad de replicar y duplicar. La réplica sólo podrá referirse a lo expresado por el Defensor en su alegato de clausura y la dúplica a lo expresado por el Ministerio Público o a la

víctima u ofendido del delito en la réplica. Se otorgará la palabra por último al acusado y al final se declarará cerrado el debate.

Inmediatamente después de concluido el debate, el Tribunal de enjuiciamiento ordenará un receso para deliberar en forma privada, continua y aislada, hasta emitir el fallo correspondiente. La deliberación no podrá exceder de veinticuatro horas ni suspenderse, salvo en caso de enfermedad grave del Juez o miembro del Tribunal. En este caso, la suspensión de la deliberación no podrá ampliarse por más de diez días hábiles, luego de los cuales se deberá reemplazar al Juez o integrantes del Tribunal y realizar el juicio nuevamente.

Una vez concluida la deliberación, el Tribunal de enjuiciamiento se constituirá nuevamente en la sala de audiencias, después de ser convocadas oralmente o por cualquier medio todas las partes, con el propósito de que el Juez relator comunique el fallo respectivo.

El fallo deberá señalar:

- I. La decisión de absolución o de condena;
- II. Si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría de miembros del Tribunal, y
- III. La relación sucinta de los fundamentos y motivos que lo sustentan.

En caso de condena, en la misma audiencia de comunicación del fallo se señalará la fecha en que se celebrará la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días.

En caso de absolución, el Tribunal de enjuiciamiento podrá aplazar la redacción de la sentencia hasta por un plazo de cinco días, la que será comunicada a las partes.

Comunicada a las partes la decisión absolutoria, el Tribunal de enjuiciamiento dispondrá en forma inmediata el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado en contra del imputado y ordenará se tome nota de ese levantamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuren, así como su inmediata libertad sin que puedan mantenerse dichas medidas para la realización de trámites administrativos. También se ordenará la cancelación de las garantías de comparecencia y reparación del daño que se hayan otorgado.

El Tribunal de enjuiciamiento dará lectura y explicará la sentencia en audiencia pública. En caso de que en la fecha y hora fijadas para la celebración de dicha audiencia no asistiere persona alguna, se dispensará de la lectura y la explicación y se tendrá por notificadas a todas las partes.

El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código.

En la sentencia, el Tribunal de enjuiciamiento deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.

No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.

La sentencia contendrá:

- I.** La mención del Tribunal de enjuiciamiento y el nombre del Juez o los Jueces que lo integran;
- II.** La fecha en que se dicta;
- III.** Identificación del acusado y la víctima u ofendido;
- IV.** La enunciación de los hechos y de las circunstancias o elementos que hayan sido objeto de la acusación y, en su caso, los daños y perjuicios reclamados, la pretensión reparatoria y las defensas del imputado;
- V.** Una breve y sucinta descripción del contenido de la prueba;
- VI.** La valoración de los medios de prueba que fundamenten las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de enjuiciamiento;
- VII.** Las razones que sirvieran para fundar la resolución;
- VIII.** La determinación y exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se consideren probados y de la valoración de las pruebas que fundamenten dichas conclusiones;
- IX.** Los resolutivos de absolución o condena en los que, en su caso, el Tribunal de enjuiciamiento se pronuncie sobre la reparación del daño y fije el monto de las indemnizaciones correspondientes, y
- X.** La firma del Juez o de los integrantes del Tribunal de enjuiciamiento.

Si el Órgano jurisdiccional es colegiado, una vez emitida y expuesta, la sentencia será redactada por uno de sus integrantes. Los jueces resolverán por unanimidad o por mayoría de votos, pudiendo fundar separadamente sus conclusiones o en forma conjunta si estuvieren de acuerdo. El voto disidente será redactado por su autor. La sentencia señalará el nombre de su redactor.

La sentencia producirá sus efectos desde el momento de su explicación y no desde su formulación escrita.

En la sentencia absolutoria, el Tribunal de enjuiciamiento ordenará que se tome nota del levantamiento de las medidas cautelares, en todo índice o registro público y policial en el que figuren, y será ejecutable inmediatamente.

En su sentencia absolutoria el Tribunal de enjuiciamiento determinará la causa de exclusión del delito, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad, bajo los rubros siguientes:

I. Son causas de atipicidad: la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible;

II. Son causas de justificación: el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, o

III. Son causas de inculpabilidad: el error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta.

De ser el caso, el Tribunal de enjuiciamiento también podrá tomar como referencia que el error de prohibición vencible solamente atenúa la culpabilidad y con ello atenúa también la pena, dejando subsistente la presencia del dolo, igual como ocurre en los casos de exceso de legítima defensa e imputabilidad disminuida.

La sentencia condenatoria fijará las penas, o en su caso la medida de seguridad, y se pronunciará sobre la suspensión de las mismas y la eventual aplicación de

alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

La sentencia que condene a una pena privativa de la libertad, deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de base para su cumplimiento.

La sentencia condenatoria dispondrá también el decomiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente.

El Tribunal de enjuiciamiento condenará a la reparación del daño.

Cuando la prueba producida no permita establecer con certeza el monto de los daños y perjuicios, o de las indemnizaciones correspondientes, el Tribunal de enjuiciamiento podrá condenar genéricamente a reparar los daños y los perjuicios y ordenar que se liquiden en ejecución de sentencia por vía incidental, siempre que éstos se hayan demostrado, así como su deber de repararlos.

El Tribunal de enjuiciamiento solamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate.

Al dictar sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.

La sentencia condenatoria hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya

intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica.

En toda sentencia condenatoria se argumentará por qué el sentenciado no está favorecido por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.

La sentencia de condena no podrá sobrepasar los hechos probados en juicio.

El desahogo de los medios de prueba para la individualización de sanciones y reparación del daño procederá después de haber resuelto sobre la responsabilidad del sentenciado.

El debate comenzará con el desahogo de los medios de prueba que se hubieren admitido en la etapa intermedia. En el desahogo de los medios de prueba serán aplicables las normas relativas al juicio oral.

Después de la apertura de la audiencia de individualización de los intervinientes, el Tribunal de enjuiciamiento señalará la materia de la audiencia, y dará la palabra a las partes para que expongan, en su caso, sus alegatos de apertura. Acto seguido, les solicitará a las partes que determinen el orden en que desean el desahogo de los medios de prueba y declarará abierto el debate. Éste iniciará con el desahogo de los medios de prueba y continuará con los alegatos de clausura de las partes.

Cerrado el debate, el Tribunal de enjuiciamiento deliberará brevemente y procederá a manifestarse con respecto a la sanción a imponer al sentenciado y sobre la reparación del daño causado a la víctima u ofendido. Asimismo, fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la pena de prisión o sobre su suspensión, e indicará en qué forma deberá, en su caso, repararse el daño. Dentro de los cinco días siguientes a esta audiencia, el Tribunal redactará la sentencia.

La ausencia de la víctima que haya sido debidamente notificada no será impedimento para la celebración de la audiencia.

El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.

La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado.

El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido. Igualmente se tomarán en cuenta las demás circunstancias

especiales del sentenciado, víctima u ofendido, siempre que resulten relevantes para la individualización de la sanción.

Se podrán tomar en consideración los dictámenes periciales y otros medios de prueba para los fines señalados en el presente artículo.

Cuando el sentenciado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además de los aspectos anteriores, sus usos y costumbres.

En caso de concurso real se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de los máximos señalados en la ley penal aplicable. En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos. No habrá concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado; sin embargo, en estos casos se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido.

El aumento o la disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no serán aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Sí serán aplicables las que se fundamenten en circunstancias objetivas, siempre que los demás sujetos tengan conocimiento de ellas.

El Tribunal de enjuiciamiento deberá explicar toda sentencia de absolución o condena.

En cuanto no sean oportunamente recurridas, las resoluciones judiciales quedarán firmes y serán ejecutables sin necesidad de declaración alguna.

El Tribunal de enjuiciamiento dentro de los tres días siguientes a aquél en que la sentencia condenatoria quede firme, deberá remitir copia autorizada de la misma al Juez que le corresponda la ejecución correspondiente y a las autoridades penitenciarias que intervienen en el procedimiento de ejecución para su debido cumplimiento.

Dicha disposición también será aplicable en los casos de las sentencias condenatorias dictadas en el procedimiento abreviado.

CAPÍTULO IV

LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE UN HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO

Una vez que he desglosado y diferenciado el hecho que la ley señala como delito, el delito y el tipo penal, estoy en condiciones de iniciar con el punto medular del trabajo, es decir, entraré a analizar los elementos de la clasificación jurídica con miras a proponer una reclasificación jurídica en el sistema procesal penal acusatorio y oral mexicano.

En palabras de Rubén Quintino Zepeda, “Quien lleva a cabo la clasificación jurídica de un hecho no debe recurrir a un método aleatorio de asociación de preposiciones jurídicas. Esto es, mediante la clasificación jurídica no se trata de construir una red inextricable de conceptos, sino de determinar si un hecho debe o no ser imputado a una persona, en mérito o demérito”²³⁴... Así que, “un tipo penal puede imputarse en mérito (como una obra positivamente valorada por el Derecho), o en demérito (como una obra desvalorada por el orden jurídico). En el primer caso, cuando exista a favor del sujeto activo alguna razón de mérito justificante o exculpante. En el segundo supuesto, cuando no exista ninguna razón de mérito justificante o exculpante”²³⁵.

“Cuando pasó (sic) revista a los principales méritos de la dogmática, me estremezco con ella, pero si por casualidad alguien –sin conocerla- le atribuye supuestas fallas, el arrebató me perturba; otras veces no sé de qué lado hacerme cuando confirmo que su notorio formalismo y rigidez derivan de un despropósito; sin embargo el extremo de toda especulación consiste en anticipar que la dogmática es oscura,

²³⁴ Quintino Zepeda, Rubén, *¿Cómo armonizar los códigos penales de la República con el código nacional de procedimientos penales?*, México, Flores editor y distribuidor, 2015, p. 146.

²³⁵ *Ibidem*, p.p. 184 y 185.

difícil y compleja”²³⁶. Es por ello que debe ser interpretada y argumentada su aplicación cuando se anticipa que la dogmática es oscura, difícil y compleja en el sistema del derecho procesal penal mexicana.

Con Rubén Quintino Zepeda entendemos que, “... la dogmática está compuesta por determinadas proposiciones jurídicas pertenecientes todas al derecho penal vigente. Esto es, una construcción dogmática siempre va a justificarse como un medio de expresión de la ley penal, de ahí que la convicción sea la primera de todas las cualidades de un dogmático, él no se pregunta por el destino, el mito o la fatalidad, un dogmático suele ser de una sola convicción”²³⁷.

De manera que “al dogmático el estudio del caso le repercute en decenas de esquemas y de variantes. Si se le pregunta respecto de qué es para él el planteamiento de un problema, por lo general habrá de obtenerse esta respuesta:

Saber plantear un problema es, a la vez, una experiencia táctica, no la simple numeración de posibilidades combinatorias. Aunque a veces hay que improvisar, cuando nada ocurre como estaba planeado. Por eso también hay que aprender a regular la intuición”²³⁸.

La improvisación debe entenderse desde el punto de vista de la clasificación jurídica y/o reclasificación jurídica del hecho que la ley señala como delito de la aplicación de la dogmática penal, en su forma más acabada que es la teoría del delito. Ello es así, ya que como estrategia de litigación no cabe la improvisación ni es aceptado ética ni profesionalmente hablando, menos por economía procesal durante el proceso. Nunca improvisar por desconocimiento del derecho procesal sino que cuando las variables cambian por así convenir a los intereses del imputado y de la justicia. Solo se acepta improvisar con una defensa técnica y adecuada.

²³⁶ Díaz Aranda, Enrique et al., *Hecho que la ley señala como delito*, México, MaGister, 2016, p.76.

²³⁷ Ídem.

²³⁸ Ídem.

“En contra de la opinión corriente, el mundo de la dogmática no es el mundo fácil del ‘es así’, hay algo en él que no podría definir, pero lo siento. Ya preveo la objeción: ‘es que usted no cree en el destino’. Dejémoslo así”²³⁹.

Admiro al dogmático que ejemplifica, pero que a la vez posee la capacidad de hacer dislocar el mismo problema con una sola variable. Creo que el planteamiento de un caso debe transcurrir por diversos planos: debe tener un tono de veracidad, dejar entrever la regla aplicable y, finalmente, trastocar el sentimiento jurídico. Por eso, así lo creo, una vez planteado el caso, para buscar alguna solución, hay que partir del ejemplo contrario²⁴⁰.

Siempre es importante fijar “el hecho” que sea típico, siendo el hecho típico buscar la regla aplicable en mérito o demérito y así, después, sea convertido en injusto penal y, por último, culpable. La importancia de buscar la solución del caso a partir del ejemplo contrario es en razón de mérito justificante, es decir, conociendo de la teoría del delito se busca solucionar dicho caso aplicando al caso concreto una excluyente de delito, una excusa absolutoria o, bien, en razón de su inexistencia aplicar la que se adecue el tipo penal al hecho típico.

“En su vida profesional un dogmático debe enfrentar dificultades de especial índole. Debe, por ejemplo, tomar partido respecto de la culpabilidad o inocencia de una persona, (algo que en la práctica se piensa no sólo académico sino también económicamente)”²⁴¹.

Al dogmático se le puede clasificar atendiendo a criterios ilusorios: según su método, su aparente militancia, sus maestros, o su lugar de estudios. En ocasiones basta escuchar hablar a un penalista para que,

²³⁹ Ídem.

²⁴⁰ Ídem.

²⁴¹ Ídem.

desde su presentación, el mismo refiera: “soy causalista”, “soy finalista”, “soy funcionalista”, (por cierto, respeto mucho a quienes pueden soportar –por arrogancia escolar- el peso de un largo y pedante curriculum escolástico), pero en realidad, si prescindieramos de la auto adscripción a una escuela, en la mayoría de esa clase de penalistas, no veríamos más que meros caprichos e intereses. Porque – y esto lo (sic) sólo (lo) sabe todo profesional- no se trata de seguir un único método y tener que vivirlo hasta el final.

Podrá pensarse, erróneamente, que el objetivo de un dogmático es tomar postura respecto de alguna de las grandes escuelas de la teoría jurídica del delito. Sin embargo, quienes originalmente pensaron en el diseño de este método de enseñanza, seguramente temían que alguien pudiera ser consciente de que la enseñanza no puede enseñarse en grandes líneas sin la preocupación de ser original. En México este método de enseñanza con el tiempo ha resultado casi mortal para la dogmática misma.

En nuestro país sería una mentira hipócrita que alguien pueda ser solamente causalista, finalista o funcionalista. Sin embargo, los penalistas modernos toman una u otra postura, más que por verdadera convicción, como un mecanismo de defensa. Ello les ha conducido, no pocas veces, a la toma de decisiones arbitrarias y nada elegantes. Concedo que tal manera de introducirse al Derecho Penal sea útil para algunas personas: mi tesis es que tal método no puede ser válido para todos. Estoy por completo dispuesto a aceptar que estamos ante un método didácticamente redituable, con tal de que se admita también que no se trata de la única posibilidad de aprender Derecho Penal.

Espero no haber dejado la impresión de menosprecio por las grandes escuelas y tendencias, tampoco quisiera hacer creer que rechazo las grandes aportaciones de quienes teorizan sobre esas bases,

simplemente estimo que debemos estar alerta(s) para no engancharse en estimaciones de carácter ideológico, meramente sectario. En fin, se puede calificar de urgente la necesidad de la variedad de los métodos educativos, específicamente en los campos del Derecho Penal y procesal penal.

Los seguidores de una u otra escuela asimilan casi todo “bajo una palabra”, de ahí su constante recurso al argumento de autoridad cuando tienen que dar explicaciones. No forcemos la enseñanza del Derecho Penal, menos una específica militancia, para no formar, cuando pase de moda, un gran número de fracasados. Simplemente basta con que cada quien, en la práctica, sea un dogmático a su manera, pero que finalmente lo sea.

Lo que hace un dogmático son ciertas preposiciones simbólicas, frente a los cuales suele tomar una, entre elegante y trivial, actitud litúrgica. La correcta solución de un problema para el verdadero dogmático es una obsesión. No tiene curiosidad para nada más, no hay acontecimiento que le distraiga, la dogmática supone continuidad de razonamiento, precisión en sus conceptos y, términos generales, disciplina intelectual²⁴².

“... la dogmática, ...una cosa es su complejidad y, otra muy distinta, ser la estrella que guía la solución del problema: ¡Bendita sea, pues, la dogmática! Infeliz aquel que no tenga que recurrir a determinados medios dogmáticos para resolver un caso”²⁴³.

La mala reputación de la dogmática está basada, en gran parte, sobre la base de la ignorancia y la confusión. Los que no saben dogmática

²⁴² Díaz Aranda, Enrique, et al, *Hecho que la ley señala como delito*, México, editorial MaGister, 2016, pp. 76 y 77.

²⁴³ Díaz Aranda, Enrique et al., op. cit., p. 77.

ignoran que ella está para hacer posible la igualdad y la seguridad jurídica. Pero un abogado auténtico, no necesita ser convencido de que hay algo de importancia en la dogmática cuando un robo se atribuye, por ejemplo, en grado de tentativa inacabada ineficazmente desistida. Debido a su practicidad es válido afirmar – sin discusión posible- que la dogmática tiene mucho de seriedad y nada de inocuidad o inocencia²⁴⁴.

“La dogmática es considerada útil en la medida en que tiende a impedir la inseguridad jurídica, o bien, de modo más directo, la desigualdad ante la ley penal. Si callara la dogmática penal, la garantía constitucional del Estado de Derecho tendría que guardar silencio también”²⁴⁵.

Un operador jurídico que trabaja libremente sin dogmática trabaja “*sine ratio*”, porque cada acto procesal está asociado a los elementos de la clasificación jurídica: tipo penal que se atribuye, grado de ejecución del hecho, forma de intervención, naturaleza de la conducta y, en su caso, la clase de concurso correspondiente. Ejemplo, cuando alguien atenta contra la vida de un semejante, de modo que si no hubiera sido por una intervención quirúrgica hubiera sobrevenido la muerte, el Ministerio Público debe clasificar los hechos y, de ser el caso, solicitar la orden de aprehensión correspondiente. Y no se podrá prever ninguna expectativa de éxito si previamente el Ministerio Público no invoca alguna construcción dogmática sostenible. En este caso quizá el Ministerio Público clasifique los hechos como sigue: Homicidio cometido en grado de tentativa acabada donde intervino el autor directo en forma de acción dolosa²⁴⁶.

²⁴⁴ Ibídem, pp. 77 y 78.

²⁴⁵ Ídem.

²⁴⁶ Ídem

Parafraseando a Rubén Quintino Zepeda: “De donde resultan aplicables los numerales, respectivamente: 123, 20 parte conducente del CPDF”.

“Este lenguaje rápido y directo es –en eficacia y transparencia- particularmente apto para el sistema acusatorio.

Como se aprecia, la dogmática tiene un extraordinario poder de deducción y síntesis, además posee la firmeza de toda convicción objetiva. Su desconocimiento puede caer en tal extremo que los actos procesales pueden llegar a perder todo punto de apoyo”²⁴⁷.

“Por eso, el dogmático no debe renunciar a los hechos que le marcan el punto de partida, ni a los medios de prueba que le permiten un marco de posibilidades.

Imputar un hecho es la labor principal de un dogmático, imputarlo ya sea a una persona física o a una persona moral, con independencia de que sea víctima o victimario, en mérito (imputación laudatorio), o en demérito, en caso contrario”²⁴⁸.

“Finalmente pensemos en un proceso sin dogmática: ¿Qué, a quién y por qué deberíamos procesar? Sin la dogmática los ciudadanos quedaríamos solos, ante una autoridad que podría armarnos toda clase de trampas”²⁴⁹.

“Un proceso sin dogmática puede convertirse en una incógnita insoportable. Sólo quien haga las paces entre dogmática y proceso podrá verificar su relación pendular y entender lo concreto de su aplicación conjunta. Brevemente: si no hubiese dogmática no habría proceso, de ahí que la dogmática sólo se vuelve bella y comprensible a través del proceso”²⁵⁰.

²⁴⁷ Ídem

²⁴⁸ Ídem

²⁴⁹ Ídem

²⁵⁰ Ídem.

“Definitivamente la dogmática debe ser estudiada, en tanto que representa el único medio para determinar la imputación de un hecho. Además, porque el proceso es más agradable, más interesante y rico en posibilidades para aquellos que saben dogmática que para aquellos que la ignoran”²⁵¹.

“La clasificación jurídica inaugura un periodo de transición, desplaza los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad. Ahora tiene que probar su eficacia dentro del sistema penal acusatorio”²⁵².

4.1 LOS ELEMENTOS DE LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO EN EL CNPP

Actualmente, conforme al CNPP, una vez que alguien ha realizado una conducta típica, se le formula un título de imputación, el cual, para efectos meramente procesales, recibe el nombre de: “clasificación jurídica”.

En virtud de lo establecido en el párrafo segundo del art. 141 del CNPP, el Ministerio Público, deberá llevar a cabo la clasificación jurídica o el título de imputación correspondiente. Derivado de lo anterior, tenemos:

“En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente”.

De lo anterior, se desprende que los elementos de la clasificación jurídica son:

1. El tipo penal,
2. El grado de ejecución del hecho

²⁵¹ *Ibíd*em, p. 79

²⁵² *Ídem*.

3. La forma de intervención y
4. La naturaleza dolosa o culposa de la conducta.

El maestro Rubén Quintino Zepeda agrega un quinto elemento a la clasificación jurídica cuando nos brinda una definición de la misma:

Son elementos constitutivos de la clasificación jurídica: el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, y en su caso, la clase de concurso”²⁵³.

Por lo que, para un mayor entendimiento e integral de la clasificación jurídica del hecho que la ley señala como delito he considerado pertinente tomar también para el presente trabajo como elemento “el concurso de delitos” cuando el caso así lo amerite.

4.1.1 EL TIPO PENAL QUE SE ATRIBUYE

El tipo penal es la descripción de la conducta en alguna ley. Es así como puede apreciarse que la conducta humana es lo que se describe en el Derecho Penal o en alguna ley penal especial. Pero para el presente trabajo se toma como base para su análisis el Código Penal para el Distrito Federal y el CNPP.

Lo que interesa es la conducta o comportamiento típico humano o, mejor dicho, el hecho típico del ser humano.

Por ser el comportamiento humano uno de los elementos primarios, diríamos nosotros la materia prima, base y pilar fundamental de donde parte el estudio no únicamente de la teoría del delito, sino en general del Derecho Penal, ello sin que se prejuzgue sobre los elementos del delito, por ello, hay la necesidad de precisar el concepto, mismo de lo que constituye el comportamiento humano partiendo en

²⁵³ *Ibidem*, p. 87.

primer término desde el punto de vista etimológico, luego de las posiciones doctrinarias ya analizadas previamente que existen en el Derecho Penal extranjero y nacional, para finalmente aterrizar con la posición contenida en el actual Código Penal del Distrito Federal en vigor.

De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, la palabra conducta procede del latín *conducta*, que significa conducida, guiada; en otra de sus acepciones, *conducta* implica el porte o la manera en que los hombres gobiernan sus vidas y dirigen sus acciones. En tal virtud el término *conducta* en lo general, es lo suficientemente ambigua como para designar actividad y, en este sentido se aplica tanto a objetos animados como inanimados, comprender algo significa comprender también lo opuesto: yo comprendo lo que es actuar en forma honesta justo en la medida en que comprendo lo que es actuar deshonestamente. He aquí por qué es producto de la comprensión, y sólo esa comprensión, es aquella para la cual existe alternativa.

Para Fernando Castellanos Tena la conducta es “el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito... sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad”²⁵⁴.

Para Javier Jiménez Martínez el comportamiento humano a la luz de la Teoría de la Acción Finalista, es “aquel movimiento del hombre con dirección y con el propósito de alcanzar un fin determinado, eligiendo para ello los medios adecuados existentes dentro del mundo normativo”²⁵⁵.

²⁵⁴ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 46a. ed., México, editorial Porrúa, 2005, p. 149.

²⁵⁵ Jiménez Martínez, Javier, *La importancia de conocer la teoría del delito en el nuevo sistema procesal penal acusatorio*, Flores editor y distribuidor, p. 144.

Ahora que ya sabemos que, el tipo penal es el comportamiento humano que está descrito en la ley penal y, ahora, si por tipicidad entendemos a la adecuación del comportamiento descrito en el tipo penal. Entonces, para que exista tipicidad el comportamiento tiene que ser llevado a cabo por una persona ya sea lesionando o, cuando menos, poniéndolo en peligro el bien jurídico tutelado en la ley penal sí y solo sí, entonces estamos ante un hecho que la ley señala como delito, es decir, se actualiza el hecho típico. Debe haber una sincronización entre lo que describe el tipo penal y su encuadramiento para que se dé el hecho típico.

El hecho típico es aquél que las leyes penales señalan como delito. Estamos en presencia de un hecho típico cuando la conducta de una persona coincide, literalmente, con lo expresado en una ley penal. Por eso no hay hecho típico sin tipicidad. La tipicidad es el encuadramiento de la conducta en el tipo penal. El tipo penal es la descripción abstracta de la conducta en alguna ley penal.

“Para un abogado, el celo en el análisis de los hechos debe ser infatigable. Cuando alguien le plantea un caso, primero escucha los hechos, toma nota de ellos, indaga, pregunta y se informa. Jamás hace una simple recopilación despreocupada de los hechos”²⁵⁶.

“Pero el punto de partida para saber si estamos o no en presencia de un hecho típico consiste en preguntar cuál fue el bien jurídico que se *lesionó* o que se puso en *peligro*.

- a) ¿Cuál es el bien jurídico que se lesionó o se puso en peligro?
- b) ¿En qué tipo penal se protege el correspondiente bien jurídico?

Las respuestas nos aproximarán al tipo penal que se va a atribuir”²⁵⁷.

²⁵⁶ Díaz Aranda, Enrique et al., México, editorial MaGister, 2016, p. 80

²⁵⁷ Íbidem, pp. 80 y 81.

Identificado el tipo penal²⁵⁸, seamos conscientes de estas tres repercusiones:

- a) Todo tipo penal supone que el sujeto activo lesionó, o por lo menos, puso en peligro el bien jurídico. Es decir, todo tipo penal supone un grado de ejecución del hecho: consumación o tentativa.
- b) Asimismo, todo (tipo) penal supone una forma de intervención. En el sentido de que alguien lo cometió(autor) o al menos participó en su comisión(partícipe)
- c) Finalmente, todo tipo penal supone la modalidad de una conducta. Manifestada en forma de acción u omisión, dolosa o culposamente.

“El bien jurídico es el valor o interés que protege la ley penal. Por eso precisamente debemos identificar la ley penal que protege el bien jurídico, así para poder precisar con exactitud el tipo penal que vamos a atribuir”²⁵⁹.

“Debemos subrayar la parte conducente del *Artículo* que se describe la conducta típica; el correspondiente *Capítulo*, así como la respectiva denominación del *Título del Libro Segundo* del Código Penal Aplicable”²⁶⁰.

“De ser el caso, aparte de apreciar en qué medida se da una correspondencia cabal entre la conducta y el tipo que se le atribuye, hay que mencionar la modalidad atenuante o agravante respectiva”²⁶¹.

“El tipo penal es como el sujeto de la oración que representa la clasificación jurídica, luego debe añadirsele: el grado de ejecución, la forma de intervención y la naturaleza de la conducta”²⁶².

²⁵⁸ Ídem.

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ Ídem.

²⁶¹ Ídem.

²⁶² Ídem.

“Finalmente, la clasificación jurídica, es una figura que gira alrededor de cada etapa del proceso, conforme al estándar de prueba correspondiente”²⁶³.

4.1.2 EL GRADO DE EJECUCIÓN DEL HECHO

Son grados de ejecución del hecho típico conforme al Código Penal del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México):

1. Hecho típico consumado instantáneamente.
2. Hecho típico consumado permanentemente.
3. Hecho típico consumado continuadamente.
4. Hecho típico cometido en grado de tentativa acabada
5. Hecho típico cometido en grado de tentativa inacabada
6. Hecho típico cometido en grado de tentativa acabada eficazmente desistida.
7. Hecho típico cometido en grado de tentativa acabada ineficazmente desistida.
8. Hecho típico cometido en grado de tentativa inacabada eficazmente desistida.
9. Hecho típico cometido en grado de tentativa inacabada ineficazmente desistida.

Hay que definir cada uno de los grados de ejecución:

1. La consumación instantánea en los delitos de lesión, acontece cuando efectivamente se lesiona el bien jurídico, y se han colmado todos los elementos de la descripción legal. Igual ocurre en los delitos de peligro, donde la consumación instantánea acontece cuando efectivamente se ha puesto en peligro el bien jurídico y se han colmado todos los elementos de la descripción legal. Por eso, no hay consumación sin tipicidad.

²⁶³ *Ibidem*, p. 87.

En términos generales, la consumación se define como un concepto formal, el cual siempre dependerá del tipo penal que se atribuya. De esta manera, para verificar si un hecho está o no consumado, nada mejor que contrastarlo con la realidad.

La configuración de algún tipo penal, supone la lesión o, por lo menos, la puesta en peligro del bien jurídico ahí protegido. Por eso ningún tipo penal puede prescindir de un grado de ejecución.

2. Consumación permanente. Un hecho típico se consuma permanentemente cuando el resultado se prolonga durante el tiempo, de modo que, en ese lapso, está en la voluntad del sujeto activo para hacer cesar o no la continuidad del resultado típico. Requiriéndose también se hayan colmado todos los elementos de la descripción legal.
3. Consumación continuada. Un hecho típico se consuma continuadamente cuando se colman todos los elementos de un mismo tipo penal mediante pluralidad de conductas y con unidad de propósito delictivo, siempre y cuando, exista identidad de sujeto activo y unidad de sujeto pasivo.
En esos casos de consumación continuada no aplican las reglas del concurso de delitos, pero los márgenes de punibilidad (mínimo y máximo) se agravan en cierta proporción.
4. Tentativa acabada. Existe tentativa acabada cuando, conforme al plan del autor, éste ha hecho todo para consumir el resultado típico, el cual no se consuma por causas ajenas a su voluntad.
5. Tentativa inacabada. Existe tentativa inacabada cuando, conforme al plan del autor, éste ha hecho, solamente en parte, lo que debía consumir el resultado típico, el cual no se consuma por causas ajenas a su voluntad.
6. Tentativa acabada eficazmente desistida. La tentativa acabada eficazmente desistida ocurre cuando, después de haber hecho o dejado de hacer todo lo que debía consumir el resultado, sin embargo, voluntaria y espontáneamente, el sujeto activo evita la consumación.
El desistimiento eficaz de la tentativa, voluntaria y espontáneamente realizado, es una causa personal de exclusión de la punibilidad.

En estos casos de desistimiento eficaz de la tentativa, si bien se excluye la punibilidad de la tentativa, queda sin embargo, subsistente la atribución del hecho que por sí mismo esté consumado.

7. Tentativa acabada ineficazmente desistida. Ocurre cuando, después de haber hecho o dejado de hacer todo lo que debía consumir el resultado, en forma involuntaria o carente de espontaneidad, el activo pretende evitar la consumación.

El desistimiento ineficaz de la tentativa, no excluye la punibilidad de la misma, menos aún podrá excluir la punibilidad de un hecho típico ya consumado.

8. Tentativa inacabada eficazmente desistida. Ocurre cuando, después de haber hecho o dejado de hacer solamente en parte lo que debía consumir el resultado, sin embargo, voluntaria y espontáneamente, el sujeto activo evita la consumación.

El desistimiento eficaz de la tentativa, voluntaria y espontáneamente realizado, es una causa personal de la exclusión de la punibilidad.

En casos de desistimiento eficaz de la tentativa, si bien se excluye la punibilidad de la tentativa, queda sin embargo la atribución del hecho que por sí mismo esté consumado.

9. La tentativa inacabada ineficazmente desistida. Ocurre cuando, después de haber hecho o dejado de hacer solamente en parte lo que debía consumir el resultado, en forma involuntaria o carente de espontaneidad, el activo pretende evitar la consumación.

El desistimiento ineficaz de la tentativa, no excluye la punibilidad de la misma, menos aún podrá excluir la punibilidad de un hecho típico ya consumado.

Si queremos dominar la sistemática penal, hay que dominar el hábito de manejar conceptos abstractos. Supongámonos capaces de imaginar el tipo penal que se atribuye se puede abreviar con la expresión: Un hecho típico determinado.

4.1.3 LA FORMA DE INTERVENCIÓN

Por obvio que parezca, todo hecho típico supone que alguien intervino en su configuración ya sea como autor o como partícipe.

Conducido a este grado de abstracción, luego del grado de ejecución, hay que sumar alguna de las siguientes formas de intervención:

1. Donde intervino el autor directo
 2. Donde intervino el coautor
 3. Donde intervino el autor mediato
 4. Donde intervino el partícipe-inductor
 5. Donde intervino el partícipe-cómplice
 6. Donde intervino el partícipe-encubridor.
1. Donde intervino el autor directo. El autor directo es quien realiza el hecho típico por sí mismo. Pero, según se trate, el hecho típico puede configurarse dolosa o culposamente, en forma de acción u omisión. Por eso conviene definir al autor directo en cada supuesto:
- Autor directo en los delitos dolosos. Es la persona que colma el hecho típico con dominio del hecho. Tener el dominio del hecho significa que el sujeto decide si lo lleva o no a cabo, así como la manera de realizarlo. Dominio del hecho, son las palabras clave para definir al autor directo de los delitos dolosos.
 - Autor directo en los delitos culposos. Es la persona que colma el hecho típico mediante la infracción de un deber objetivo de cuidado. Infringir un deber objetivo de cuidado significa crear un riesgo no permitido. La infracción de un deber objetivo de cuidado, constituyen las palabras clave para definir al autor directo en los delitos culposos.
 - Autor directo en los delitos de omisión. Es la persona que colma el hecho típico mediante la infracción de un deber jurídico de actuar. Infringir un deber jurídico de actuar, significa quebrantar una determinada calidad de garante. La infracción a un deber jurídico de

actuar, es la clave para definir al autor directo en los delitos de omisión.

El autor directo en los delitos de omisión dolosa (específicamente en los casos de comisión por omisión dolosa y omisión simple dolosa), es la persona que realiza el hecho por sí misma, e infringe un deber jurídico de actuar con pleno dominio del hecho.

Autor directo en los delitos de omisión culposa (específicamente en los casos de comisión por omisión culposa y omisión simple culposa), el autor directo es la persona que realiza el hecho por sí misma, de tal manera que infringe tanto un deber jurídico de actuar como un deber objetivo de cuidado.

- Autor directo que actúa bajo una acción libre en su causa dolosa. Es la persona que colma el hecho típico habiéndose provocado, previamente, un estado de inimputabilidad. En estos casos una persona imputable decide provocarse un estado de inimputabilidad para después, bajo tal estado, realizar el hecho típico.
2. Donde intervino el coautor. Es la persona que junto con otra u otras interviene en la realización del hecho típico en tal forma que la suma de las acciones de los intervinientes representa un dominio funcional de la realización del hecho típico.
 3. Donde intervino el autor mediato. Es autor mediato la persona que instrumentaliza la voluntad de otra para configurar un hecho que la ley señala como delito. Bien se puede instrumentalizar la voluntad de una persona: a) mediante la coacción; b) valiéndose de su inimputabilidad; c) a través de un organismo organizado de poder; o bien, d) haciéndola incidir en un error.
 4. Donde intervino el partícipe-inductor. El inductor es la persona que convence a otra para que efectúe una conducta típica sin justificación ninguna. En este sentido, el partícipe-inductor es la persona que hace nacer en otra la decisión de llevar a cabo una determinada conducta típica y antijurídica.

5. Donde intervino el partícipe-cómplice. El partícipe cómplice es la persona que ayuda o auxilia al autor del hecho principal, para configurar una conducta típica sin justificación alguna.
6. Donde intervino el partícipe-encubridor. El partícipe-encubridor es la persona que, con posterior a la consumación del resultado, en virtud de una persona anterior, ayuda al autor del hecho principal.

4.1.4 LA NATURALEZA DOLOSA O CULPOSA

Aunado a lo anterior, hay que sumar alguna de las siguientes modalidades de la conducta:

1. En forma de acción dolosa: El delito se puede llevar a cabo en forma de acción dolosa. Actúa dolosamente la persona que, conociendo el resultado típico, quiere su realización, o bien lo acepta en caso de que ocurra.
2. En forma de acción culposa: Actúa culposamente la persona que infringe un deber objetivo de cuidado
3. En forma de comisión por omisión dolosa: Cuando la omisión de una persona aparece asociada a un resultado típico-material recibe el nombre de “comisión por omisión”. En cambio, si la situación está vinculada con un hecho típico-formal recibe el nombre normalmente el nombre de “omisión simple”.
4. En forma de comisión por omisión culposa: en los casos de comisión por omisión culposa debe constatarse la presencia tanto del deber jurídico de actuar – o calidad de garante – como el deber jurídico quebrantado.

De fundamental importancia resulta identificar la fuente de la calidad de garante en todos los casos de comisión por omisión (dolosa o culposamente realizadas).

La calidad de garante puede sobrevenir por injerencia o por asunción. En el primer caso debido a un comportamiento culposo precedente, mientras que en el segundo supuesto, cuando el sujeto activo haya asumido como propio el cuidado o la seguridad de un bien jurídico.

5. En forma de omisión simple dolosa: la omisión simple pertenece a la Parte Especial del Derecho Penal, de modo que para fundamentarla se requiere identificar cuál es el tipo penal específico que se atribuye.

La omisión simple dolosa tiene como elementos los siguientes:

- a) La inactividad del sujeto activo; su deber jurídico de actuar; el resultado típico-formal; el dolo; y, la atribuibilidad del resultado típico-formal al comportamiento omisivo del autor.
- b) En los casos de omisión simple, a diferencia de la comisión por omisión, no se requiere demostrar que la inactividad es equivalente a la acción prohibida en el tipo penal.

La omisión simple aparece regulada a la manera de los delitos especiales propios, en el sentido de que normalmente exigen una calidad personal en el sujeto activo.

Además, los delitos de omisión simple suelen ser delitos de mera actividad, de modo que basta con la simple omisión para su configuración.

Los delitos de omisión simple son considerablemente pocos, entre ellos puede citarse: el incumplimiento de obligaciones alimentarias; la omisión de auxilio y aquellos donde se infringe el deber de denuncia.

6. En forma de omisión simple culposa:
7. Bajo una acción libre en su causa dolosa: En estos casos una persona imputable se auto-provoca un estado de inimputabilidad para, en dicho estado, realizar una conducta típica.
8. En forma de omisión dolosa: Primeramente conviene distinguir entre “comisión por omisión”, “omisión simple”, y “omisión dolosa”. Por las siguientes razones:
 - a) La comisión por omisión y la omisión simple exigen un deber jurídico de actuar, cuya infracción normalmente da lugar a una forma de autoría (dolosa o culposamente realizada).

b) La omisión dolosa, en cambio se usa para los casos en que una persona interviene como partícipe-cómplice a través de una omisión, precisamente dolosamente manifestada.

A diferencia del partícipe-inductor, quien solamente puede intervenir en forma de “acción dolosa”, el partícipe-cómplice” puede intervenir en forma de acción u omisión, dolosamente manifestadas.

El partícipe-cómplice puede ayudar o auxiliar al autor del hecho principal a través de una omisión dolosa, y no solamente mediante una actividad dolosa. Pero, el hecho de que intervenga en forma de “omisión dolosa”, de ninguna manera significa que el partícipe-cómplice deba de reunir todos los elementos que para tales efectos dispone la “omisión simple” o la “comisión por omisión”, sobre todo para los autores.

4.1.5 CLASE DE CONCURSO

Un eslabón necesario para el caso en que concurren dos o más tipos penales, está representado por las reglas del concurso de delitos.

Así encontramos dos tipos de concurso de delitos:

1. El concurso ideal o formal. Se presenta cuando si con una sola acción se infringen varias disposiciones penales, es decir, por medio de una sola acción u omisión del sujeto activo se llenan dos o más tipos penales y por lo mismo producen diversas lesiones jurídicas, afectándose diversos bienes jurídicos protegidos por la ley penal. Aquí se observa una unidad de acción y una pluralidad de resultados.
2. El real o material. Se presenta cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.

4.2 LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA PRELIMINAR

Es preliminar la clasificación jurídica la que realiza el Ministerio Público, ya que es con base en datos de prueba por las que estima que hay indicios razonables de que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de intervención del indiciado (ha cometido o participado en la comisión) del hecho que la ley señala como delito. Por tanto, es un trabajo metodológico que tendrá que realizar desde que se le hace del conocimiento de la noticia criminal y realizará actos de investigación tendentes a esclarecer el hecho que la ley señala como delito y con posterioridad demostrar la probable intervención del sujeto activo del delito.

4.2.1 EN LA FLAGRANCIA O CASO URGENTE

Aquí se puede apreciar que, la clasificación jurídica, es preliminar la que realiza el Ministerio Público tanto en los hechos señalados como delitos flagrantes cuando retiene al indiciado, una vez que, ha sido detenido y puesto a su disposición por cualquier persona o por la policía o cualquier otra autoridad así como en los casos urgentes cuando ordena detener por cumplirse los requisitos y actualizarse las condiciones que determinan los párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 16 de la CPEUM.

El artículo 16 establece en sus siguientes párrafos:

- a) Párrafo quinto: “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”.
- b) Párrafo sexto: “Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el

Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.

- c) Párrafo séptimo: “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

También los artículos 146, 147, 148 y 149 del CNPP nos explican qué debemos entender por flagrancia y cuáles son los supuestos para entender esta figura jurídica. Además, en el artículo 150 del mismo ordenamiento adjetivo encontramos los supuestos del caso urgente.

Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

- I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o
- II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:
 - a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o
 - b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

Ahora se actualiza una persecución virtual, tomando en cuenta lo que ha resuelto el Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito respecto de la persecución a través de las cámaras del C5 de la ciudad de México:

Época: Décima Época

Registro: 2017234

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 55, Junio de 2018, Tomo IV

Materia(s): Penal

Tesis: I.1o.P. J/3 (10a.)

Página: 2586

DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. SE ACTUALIZA SI INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE QUE EL SUJETO ACTIVO COMETIÓ EL HECHO DELICTIVO, SE LE PERSIGUIÓ MATERIALMENTE SIN INTERRUPCIÓN ALGUNA POR MEDIO DEL MONITOREO DE LAS CÁMARAS DE SEGURIDAD PÚBLICA INSTALADAS EN EL LUGAR DEL EVENTO (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO).

El artículo 267, párrafo primero, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, establece que se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito. Ahora bien, si la detención del sujeto activo se realizó enseguida de que cometió el hecho delictivo –lapso razonable–, con motivo del rastreo que se le dio a través del monitoreo de las cámaras de seguridad pública instaladas en el lugar del evento, dándole persecución material a dicha persona por

ese medio desde allí, hasta donde se logre capturarla, sin interrupción alguna, esa circunstancia actualiza la figura de la flagrancia, pues si bien no se le siguió físicamente al agresor, pero sí a través de dicho sistema electrónico, por cierto, inmediatamente después de que ocurrió el hecho y sin perderlo de vista, inclusive, observando detalle a detalle lo que realizó en ese recorrido; lo cierto es que, al ser esa situación acorde con lo establecido en el párrafo quinto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en concordancia con el artículo 267 indicado, la detención del presunto responsable no se apartó de las exigencias establecidas en dichos numerales, en la medida en que no se trató de un acto arbitrario o, peor aún, injustificado por los elementos de la policía aprehensores; por ende, no se violó derecho alguno en perjuicio del quejoso.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 264/2016. 26 de enero de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Enrique Sánchez Frías. Secretario: Néstor Vergara Ortiz.

Amparo directo 149/2017. 13 de julio de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Sarabia Ascencio. Secretario: Carlos Ernesto Franco Rivero.

Amparo directo 175/2017. 24 de agosto de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Sarabia Ascencio. Secretario: Carlos Ernesto Franco Rivero.

Amparo directo 198/2017. 23 de octubre de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Sarabia Ascencio. Secretario: Carlos Ernesto Franco Rivero.

Amparo directo 55/2018. 26 de abril de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Sarabia Ascencio. Secretario: Carlos Ernesto Franco Rivero.

Esta tesis se publicó el viernes 22 de junio de 2018 a las 10:28 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 25 de junio de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Artículo 147. Detención en caso de flagrancia

Cualquier persona podrá detener a otra en la comisión de un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima y ésta con la misma prontitud al Ministerio Público.

Los cuerpos de seguridad pública estarán obligados a detener a quienes cometan un delito flagrante y realizarán el registro de la detención.

La inspección realizada por los cuerpos de seguridad al imputado deberá conducirse conforme a los lineamientos establecidos para tal efecto en el presente Código.

En este caso o cuando reciban de cualquier persona o autoridad a una persona detenida, deberán ponerla de inmediato ante el Ministerio Público, quien realizará el registro de la hora a la cual lo están poniendo a disposición.

Artículo 148. Detención en flagrancia por delitos que requieran querrela

Cuando se detenga a una persona por un hecho que pudiera constituir un delito que requiera querrela de la parte ofendida, será informado inmediatamente quien pueda presentarla. Se le concederá para tal efecto un plazo razonable, de acuerdo con las circunstancias del caso, que en ningún supuesto podrá ser mayor de doce horas, contadas a partir de que la víctima u ofendido fue notificado o de veinticuatro horas a partir de su detención en caso de que no fuera posible su localización. Si transcurridos estos plazos no se presenta la querrela, el detenido será puesto en libertad de inmediato.

En caso de que la víctima u ofendido tenga imposibilidad física de presentar su querrela, se agotará el plazo legal de detención del imputado. En este caso serán los parientes por consanguinidad hasta el tercer grado o por afinidad en primer grado, quienes podrán legitimar la querrela, con independencia de que la víctima u ofendido la ratifique o no con posterioridad.

Artículo 149. Verificación de flagrancia del Ministerio Público

En los casos de flagrancia, el Ministerio Público deberá examinar las condiciones en las que se realizó la detención inmediatamente después de que la persona sea puesta a su disposición. Si la detención no fue realizada conforme a lo previsto en la Constitución y en este Código, dispondrá la libertad inmediata de la persona y, en su caso, velará por la aplicación de las sanciones disciplinarias o penales que correspondan.

Así también, durante el plazo de retención el Ministerio Público analizará la necesidad de dicha medida y realizará los actos de investigación que considere necesarios para, en su caso, ejercer la acción penal.

En el artículo 150 del CNPP encontramos los supuestos de caso urgente:

Artículo 150. Supuesto de caso urgente

Sólo en casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurren los siguientes supuestos:

- I. Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;
- II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y
- III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este artículo, se considerarán graves, aún tratándose de tentativa punible.

Los oficiales de la Policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden, quien procurará que el imputado sea presentado sin demora ante el Juez de control.

El Juez de control determinará la legalidad del mandato del Ministerio Público y su cumplimiento al realizar el control de la detención. La violación de esta disposición será sancionada conforme a las disposiciones aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad.

Para los efectos de este artículo, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado que se trate y dividirlo entre dos.

Época: Décima Época

Registro: 2015231

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 51/2017 (10a.)

Página: 345

DETENCIÓN POR CASO URGENTE. EL MINISTERIO PÚBLICO PUEDE DECRETARLA, UNA VEZ QUE EL INDICIADO RINDA SU DECLARACIÓN

MINISTERIAL Y CONCLUYA LA DILIGENCIA, A LA QUE DE MANERA VOLUNTARIA ASISTIÓ, CON MOTIVO DE UNA ORDEN DE BÚSQUEDA, LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece un régimen general de libertades a favor de la persona, entre las que se encuentra el derecho a la libertad personal. Dicho precepto prevé de forma limitativa los supuestos en que el Estado puede generar afectaciones válidas a esta prerrogativa y bajo qué condiciones, tal es el caso de la orden de aprehensión, la detención en flagrancia y el caso urgente. Ahora bien, la detención por caso urgente impone una serie de condicionantes que requieren la intervención inmediata y jurídicamente justificada por parte del Ministerio Público, pues se parte de la base de la excepcionalidad de la orden de detención judicial, motivada fundamentalmente por un riesgo inminente de sustracción del inculpado. Por otra parte, la orden de búsqueda, localización y presentación, participa de las actuaciones con que cuenta el representante social para recabar los datos que le permitan resolver sobre la probable existencia de conductas sancionadas por la norma penal, conforme a sus facultades y obligaciones previstas en el artículo 21 de la Constitución Federal; en ese tenor, el objeto de la orden es lograr la comparecencia voluntaria del indiciado para que declare si así lo estima oportuno, y una vez que termina la diligencia se reincorpore a sus actividades cotidianas, por tanto, no tiene el alcance de una detención al no participar de las figuras definidas constitucionalmente. En esa lógica, no existe impedimento alguno para que el órgano investigador esté en aptitud de ordenar la detención por caso urgente del indiciado, al advertir de la diligencia originada por el diverso mandato de búsqueda, localización y presentación, particularmente de la declaración, evidencia respecto de su probable responsabilidad penal, y se cumplan de manera concurrente los requisitos genéricos previstos en el artículo 16 constitucional, a saber, se trate de un delito grave, exista riesgo fundado de que el inculpado se fugue y por razones extraordinarias no sea posible el control judicial previo, con la salvedad de que la orden de detención se emita con posterioridad a que haya finalizado la diligencia

originada por la orden de presentación. En caso de que no se rinda declaración o aun rindiéndola no se aporten datos novedosos a la investigación, el Ministerio Público no podrá decretar la detención por caso urgente, porque no estará en aptitud de acreditar la probable responsabilidad del indiciado y, por ende, la urgencia en su detención, toda vez que dicha orden excedería los efectos jurídicos de la diversa de presentación, lo que produciría injustificadamente la privación de la libertad del presentado, ya que el mandamiento de detención por caso urgente no puede ser emitido para pretender justificar en retrospectiva detenciones que materialmente ya estaban ejecutadas con motivo de una orden de búsqueda, localización y presentación, pues en tal supuesto la detención material del indiciado no habría tenido como fundamento la orden de caso urgente, sino la de presentación, lo que se traduciría en una detención arbitraria al no corresponder a las constitucionalmente admisibles.

Contradicción de tesis 312/2016. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el entonces Cuarto Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, actual Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Vigésimo Circuito. 31 de mayo de 2017. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, en cuanto al fondo. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Suleiman Meraz Ortiz.

Tesis y/o criterios contendientes:

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 2/2016, resolvió que no resulta ilegal la detención del procesado que acudió ante el agente del Ministerio Público de la Federación en

calidad de presentado en cumplimiento de una orden de búsqueda, localización y presentación.

El entonces Cuarto Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, actual Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Vigésimo Circuito, al resolver los juicios de amparos directos 1082/2014, 911/2014 y 979/2014, sostuvo la tesis aislada XX.4o.2 P (10a.), de título y subtítulo: "DETENCIÓN ILEGAL. LO ES AQUELLA QUE NO SE LLEVÓ A CABO BAJO LOS SUPUESTOS DE FLAGRANCIA O CASO URGENTE, SINO CON MOTIVO DEL CUMPLIMIENTO A UNA ORDEN DE LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN MINISTERIAL Y, CON BASE EN ELLA, EL INculpADO RINDE SU DECLARACIÓN Y POSTERIORMENTE ES CONSIGNADO ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 25 de septiembre de 2015 a las 10:30 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 22, Tomo III, septiembre de 2015, página 2061, con número de registro digital: 2010053.

Tesis de jurisprudencia 51/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiocho de junio de dos mil diecisiete.

Esta tesis se publicó el viernes 06 de octubre de 2017 a las 10:16 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 09 de octubre de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

4.2.2 EN LA DENUNCIA O QUERELLA

La denuncia o la querrela o cualquier otro requisito de procedibilidad, opera para indiciados que desde los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo en sus párrafos primero "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en

los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo”, segundo “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”, tercero “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”, décimo “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal” y décimo cuarto “Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes”; 19, párrafos primero “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; 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, segundo “El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el

desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”, cuarto “El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad” y quinto “Todo 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 delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente”.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, libro primero, título VI, capítulo III formas de conducción del imputado al proceso y en su artículo 141 dispone que:

Cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar:

I. Citatorio al imputado para la audiencia inicial;

II. Orden de comparecencia, a través de la fuerza pública, en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna, y

III. Orden de aprehensión en contra de una persona cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela.

En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente...

Como es de apreciarse que desde el párrafo segundo del artículo 141 del CNPP, es donde - en principio - se abre la posibilidad de reclasificar preliminarmente y así realizar la clasificación jurídica y que se podrá variar hasta el dictado firme de la sentencia aunque es preciso aclarar que, desde el párrafo quinto del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no podrá variar el hecho o los hechos atribuidos al imputado, aquí se cierra la litis al disponer que, "Todo 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 delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente".

4.2.3 EN EL CITATORIO, COMPARECENCIA U ORDEN DE APREHENSIÓN

Una vez que se ha cumplido con el requisito de procedibilidad y reunidos los requisitos y condiciones que establecen la CPEUM y el CNPP, lo que tiene que hacer el Ministerio Público es solicitar al juez de control que éste le otorgue el citatorio, la orden de comparecencia o la orden de aprehensión en contra del probable imputado en la comisión o participación en el hecho que la ley señala como delito para realizar el acto procesal correspondiente. Normalmente es para iniciar con la audiencia inicial.

El citatorio o citación para el imputado deberá contener (art. 91 CNPP):

1. La autoridad y el domicilio ante la que deberá presentarse;
2. El día y hora en que debe comparecer;
3. El objeto de la misma;
4. El procedimiento del que se deriva;
5. La firma de la autoridad que la ordena;
6. El apercibimiento de la imposición de un medio de apremio en caso de incumplimiento;
7. Deberá contener además el domicilio, el número telefónico del imputado y en su caso, los datos necesarios para comunicarse con la autoridad que ordene la citación.

Siempre que sea requerida la presencia del imputado para realizar un acto procesal ante el Órgano Jurisdiccional, según corresponda, lo citará junto con su Defensor a comparecer.

Aunque el juez de control le corresponde autorizar al Ministerio Público, a solicitud de éste último, la comparecencia u orden de aprehensión también es lo cierto que, puede prevenirlo para que precise o aclare su solicitud por no cumplir con alguno de los requisitos exigibles en la ley pero, en caso de que no lo haga, el mismo Juez de control puede dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que se planteen o a la participación que tuvo el imputado en los mismos, ya que así lo establece el penúltimo párrafo del artículo 143 del CNPP “En caso de que la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia no reúna alguno de los requisitos exigibles, el Juez de control prevendrá en la misma audiencia o por el sistema informático al Ministerio Público para que haga las precisiones o aclaraciones correspondientes, ante lo cual el Juez de control podrá dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que se planteen o a la participación que tuvo el imputado en los mismos. No se concederá la orden de aprehensión cuando el Juez de control considere que los hechos que señale el Ministerio Público en su solicitud resulten no constitutivos de delito”. Aquí se observa que, el Ministerio Público al no cumplir con alguno de los requisitos que le exige el artículo 141, el juez de control le puede prevenir para que precise o aclare respecto de la clasificación jurídica, como es preliminar su

clasificación jurídica puede hacer otra clasificación jurídica (reclasificación preliminar) sin que ello sea una clasificación jurídica definitiva y, así, operaría una primera clasificación jurídica preliminar. Así también el Ministerio Público puede pedir la cancelación de la orden de aprehensión o la reclasificación de la conducta o hecho por los cuales hubiese ejercido la acción penal, cuando estime su improcedencia por la aparición de nuevos datos (párrafo quinto del artículo 145 del CNPP).

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 145: “Los agentes policiales deberán informar de inmediato al Ministerio Público sobre la ejecución de la orden de aprehensión para efectos de que éste solicite la celebración de la audiencia inicial a partir de la formulación de imputación”.

4.2.4 EN LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El Ministerio Público como director de la investigación en el Proceso Penal Acusatorio tiene facultades de terminar la investigación y tomar alguna de las siguientes determinaciones:

1. Facultad de abstenerse de investigar. El Ministerio Público podrá abstenerse de investigar, cuando los hechos relacionados en la denuncia, querrela o acto equivalente, no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes o datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión siempre será fundada y motivada.

De la facultad de abstención de investigación del Ministerio Público se puede observar que:

- a) Se trata de los “hechos” de la denuncia o querrela u otro acto equivalente.
- b) No fueren constitutivos de delito o
- c) Cuando los antecedentes o datos suministrados permitan establecer que
- d) Se encuentra extinguida la acción penal o

e) Se encuentra extinguida la responsabilidad penal.

Pero, ¿cómo sabe el Ministerio Público que el hecho o hechos relacionados con la denuncia o querrela no son constitutivos de delito? ¿Cuándo el Ministerio Público debe considerar que los datos o antecedentes son suficientes para abstenerse de investigar? ¿Cómo sabe el Ministerio Público que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado?

Para responder las interrogantes conviene por su metodología usar la teoría del delito para saber si el hecho que se denuncia o se querrela está contemplado en una ley penal por ser un hecho típico, por proteger algún bien jurídico que ha sido lesionado o, cuando menos, ha sido puesto en peligro.

Una vez hecho lo anterior, el Ministerio Público podrá determinar que el hecho no es típico por no estar contemplado en alguna ley penal y puede abstenerse de investigar. Por ejemplo, una persona considera que ha sido víctima de robo y presenta su querrela o denuncia ante el agente del Ministerio Público porque se percató que no portaba su billetera al momento de querer pagar ciertos productos en una tienda de abarrotes. Durante la narración realizada ante el Ministerio Público por la denunciante o querellante, pone en duda si fue objeto de delito o es resultado de alguna distracción (se le olvidó en algún lugar), si extravió su billetera o alguien de confianza lo tomó equivocadamente. Aquí no aporta datos de prueba que puedan conducir al esclarecimiento del hecho y menos aún el partícipe o quien haya cometido ese hecho.

La decisión asumida por el Ministerio Público tiene que fundarlo y motivarlo. Pero aún fundado y motivado dicha decisión puede que el Ministerio Público se haya equivocado al momento de hacer su análisis y, por ende, el juez de control determinará si procede o no, al haber sido impugnado por la víctima u ofendido la decisión asumida por el Ministerio Público dentro del término de diez días establecido en el primer párrafo del artículo 258 del CNPP.

Si el juez determina que la impugnación es válida y considera que no existe motivación ni fundamento para la abstención de investigación por parte del Ministerio Público deberá de realizar la clasificación jurídica correspondiente del hecho o hechos que la ley señala como delito y obren datos de prueba de la comisión o participación del imputado en el hecho que la ley señala como delito.

2. Archivo temporal. El Ministerio Público podrá archivar temporalmente aquellas investigaciones en su fase inicial en las que no se encuentren antecedentes, datos suficientes o elementos de los que se puedan establecer líneas de investigación que permitan realizar diligencias tendentes a esclarecer los hechos que dieron origen en la investigación. El archivo subsistirá en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar la acción penal.
3. No ejercicio de la acción. Antes de la audiencia inicial, el Ministerio Público previa autorización del Procurador o del servidor público en quien se delegue la facultad, podrá decretar el no ejercicio de la acción penal cuando de los antecedentes del caso le permitan concluir que en el caso concreto se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento previstas en este Código.

En lo que respecta el no ejercicio penal en casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Lo anterior así lo establece el párrafo séptimo del artículo 16 de la CPEUM al señalar que, “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.” y del artículo 140 del CNPP cuando se refiere a la flagrancia “En los casos de detención por flagrancia, cuando se trate de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa y el Ministerio Público determine que no solicitará prisión preventiva como medida cautelar, podrá disponer la libertad del imputado o imponerle una medida de protección en los términos de lo dispuesto por este Código.

Cuando el Ministerio Público decreta la libertad del imputado, lo prevendrá a fin de que se abstenga de molestar o afectar a la víctima u ofendido y a los testigos del hecho, a no obstaculizar la investigación y comparecer cuantas veces sea citado para la práctica de diligencias de investigación, apercibiéndolo con imponerle medidas de apremio en caso de desobediencia injustificada.

Desde luego, cuando tampoco el Ministerio Público solicite la prisión preventiva justificada, ya que desde la fracción XI del artículo 131 y del artículo 149 del CNPP es una obligación para el representante social detener y retener al imputado.

La determinación de no ejercicio de la acción penal, para los casos del artículo 327 del presente Código, inhibe una nueva persecución penal por los mismos hechos respecto del indiciado, salvo que sea por diversos hechos o en contra de diferente persona.

4. Criterios de oportunidad. Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos (art. 256 CNPP):

- I. Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia;
- II. Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares;

III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;

IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero;

V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio;

VI. Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal.

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.

La aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

La aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable.

La aplicación de los criterios de oportunidad extinguirá la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso la aplicación de dicho criterio. Si la decisión del Ministerio Público se sustentara en alguno de los supuestos de

procedibilidad establecidos en las fracciones I y II del artículo 256 del CNPP, sus efectos se extenderán a todos los imputados que reúnan las mismas condiciones. En el caso de la fracción V del artículo 256 del CNPP, se suspenderá el ejercicio de la acción penal, así como el plazo de la prescripción de la acción penal, hasta en tanto el imputado comparezca a rendir su testimonio en el procedimiento respecto del que aportó información, momento a partir del cual, el agente del Ministerio Público contará con quince días para resolver definitivamente sobre la procedencia de la extinción de la acción penal.

En el supuesto a que se refiere la fracción V del artículo 256 del CNPP, se suspenderá el plazo de la prescripción de la acción penal.

Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución. En estos casos, el Juez de control convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su Defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación.

La resolución que el Juez de control dicte en estos casos no admitirá recurso alguno.

Las determinaciones anteriores se desprenden del CNPP en los artículos 253 (facultad de abstenerse de investigar), 254 (archivo temporal), 255 (no ejercicio de la acción penal), 256 (casos en que operan los criterios de oportunidad) y 257 (los efectos del criterio de oportunidad)

Si el imputado ha sido citado y se presenta voluntariamente, comparecido o aprehendido y presentado, es decir, si llega a la audiencia mediante alguna de las

formas que establece el artículo 141 del CNPP, se inicia con audiencia inicial referente a la audiencia de la formulación de la imputación.

Para cualquiera de las determinaciones que asuma el Ministerio Público tendrá necesariamente que llevar a cabo la clasificación jurídica preliminar pero podrá ser o convertirse en clasificación jurídica definitiva en el caso de que la víctima o el ofendido no impugne, ya que si encuentra oposición fundada de la víctima o del ofendido, el juez de control tendrá que realizar una clasificación jurídica distinta aplicando también la teoría del delito.

Época: Décima Época

Registro: 2017641

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 17 de agosto de 2018 10:25 h

Materia(s): (Penal)

Tesis: 1a./J. 27/2018 (10a.)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LAS OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, SON IMPUGNABLES ANTE EL JUEZ DE CONTROL A TRAVÉS DEL MEDIO DE DEFENSA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Los artículos 20, apartado C, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 109, fracción XXI, del Código Nacional de Procedimientos Penales, otorgan a la víctima u ofendido de un delito, el derecho a impugnar ante autoridad judicial, las omisiones del Ministerio Público en sus funciones de investigación, en los términos previstos en ese Código. Asimismo, el artículo 16,

párrafo décimo cuarto, de la Constitución General, prevé que los jueces de control tienen encomendada la tarea de resolver en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial; además, deben garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos, cuidando que la actuación de la parte acusadora sea apegada a derecho; esto es, les corresponde resolver las diligencias que requieran control judicial, en forma acelerada y ágil, así como realizar las audiencias procesales preliminares al juicio conforme a los principios del sistema acusatorio. Por otra parte, el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales prevé la posibilidad de impugnar las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal, esto es, en general se trata de actuaciones del Ministerio Público que tengan como efecto paralizar, suspender o terminar una investigación. En este sentido, bien puede entenderse que las omisiones del Ministerio Público en la etapa de investigación encuadran en este supuesto, ya que dicha conducta supone la paralización de su función investigadora. Así, de la interpretación sistemática y funcional de los artículos citados, se obtiene que la víctima u ofendido pueden impugnar ante el Juez de Control las omisiones de la autoridad ministerial derivadas de su facultad investigadora, a través del medio de defensa innominado previsto en el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, puesto que la finalidad de que el Juez de Control revise las decisiones u omisiones del Ministerio Público, que definen el curso de una indagatoria es que, al estimar que su actuación es ilegal, debe conminarlo a que reanude la investigación y practique todas las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos.

PRIMERA SALA

Contradicción de tesis 233/2017. Entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y

Administrativa del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 18 de abril de 2018. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de tres votos en cuanto al fondo, de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Horacio Vite Torres.

Tesis y/o criterios contendientes:

El Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver la queja 142/2016, sostuvo la tesis aislada I. 9o.P. 140 P (10a.), de título y subtítulo: "OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS DENUNCIADOS EN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO. AL NO ESTABLECERSE EXPRESAMENTE EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES NI EN ALGUNA OTRA DISPOSICIÓN APLICABLE, EL RECURSO O MEDIO DE IMPUGNACIÓN QUE DEBE INTERPONERSE EN SU CONTRA, LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO NO ESTÁ OBLIGADO A AGOTAR EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD, PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 10 de marzo de 2017 a las 10:13 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, Tomo IV, marzo de 2017, página 2781, con número de registro digital: 2013932.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, al resolver la queja 38/2017, consideró que no hay recurso alguno que proceda contra las omisiones del Ministerio Público que se actualicen en la etapa de investigación, por lo que no hay necesidad de agotar el principio de definitividad antes de acudir al amparo. Lo anterior, toda vez que el Código Nacional de Procedimientos Penales no establece de forma expresa el recurso o medio de impugnación que debe

interponerse contra dichas omisiones, de ahí que no exista medio de defensa al que se deba acudir antes de promover el juicio de amparo.

El Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Octavo Circuito, al resolver las quejas 197/2016, 189/2016 y 252/2016, sostuvo la tesis aislada XVIII.1o.P.A.2 P (10a.), de título y subtítulo: "SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. LA OMISIÓN DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, DEBE IMPUGNARSE ANTE EL JUEZ DE CONTROL A TRAVÉS DEL MEDIO DE IMPUGNACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 12 de mayo de 2017 a las 10:17 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 42, Tomo III, página 2141, con número de registro digital: 2014279.

Tesis de jurisprudencia 27/2018 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintitrés de mayo de dos mil dieciocho.

Esta tesis se publicó el viernes 17 de agosto de 2018 a las 10:25 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 20 de agosto de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época

Registro: 2017640

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 17 de agosto de 2018 10:25 h

Materia(s): (Común, Penal)

Tesis: 1a./J. 28/2018 (10a.)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO. CONTRA LAS OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, PROCEDE EL MEDIO DE DEFENSA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EL CUAL DEBE AGOTARSE EN CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD QUE RIGE EL JUICIO DE AMPARO.

De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 16, párrafo décimo cuarto y 20, apartado C, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 109, fracción XXI y 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que la víctima u ofendido puede impugnar ante el Juez de Control las omisiones de la autoridad ministerial derivadas de su facultad investigadora, a través del medio de defensa innominado que prevé el artículo 258 citado, cuya finalidad es que el Juez de Control revise las decisiones u omisiones

del Ministerio Público, que definen el curso de una indagatoria, pues al estimar que su actuación es ilegal, debe conminarlo a que cese ese estado de cosas, reanude la investigación y practique todas las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos. Por lo tanto, previamente a la promoción del juicio de amparo indirecto, se debe agotar ese medio de defensa ordinario, en observancia al principio de definitividad.

PRIMERA SALA

Contradicción de tesis 233/2017. Entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 18 de abril de 2018. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío

Díaz. Mayoría de tres votos en cuanto al fondo, de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Horacio Vite Torres.

Tesis y/o criterios contendientes:

El Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver la queja 142/2016, sostuvo la tesis aislada I. 9o.P. 140. P (10a.), de título y subtítulo: "OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS DENUNCIADOS EN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO. AL NO ESTABLECERSE EXPRESAMENTE EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES NI EN ALGUNA OTRA DISPOSICIÓN APLICABLE, EL RECURSO O MEDIO DE IMPUGNACIÓN QUE DEBE INTERPONERSE EN SU CONTRA, LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO NO ESTÁ OBLIGADO A AGOTAR EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD, PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 10 de marzo de 2017 a las 10:13 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 40, Tomo IV, marzo de 2017, página 2781, con número de registro digital: 2013932.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, al resolver la queja 38/2017, consideró que no hay recurso alguno que proceda contra las omisiones del Ministerio Público que se actualicen en la etapa de investigación, por lo que no hay necesidad de agotar el principio de definitividad antes de acudir al amparo. Lo anterior, toda vez que el Código Nacional de Procedimientos Penales no establece de forma expresa el recurso o medio de impugnación que debe interponerse contra dichas omisiones, de ahí que no exista medio de defensa al que se deba acudir antes de promover el juicio de amparo.

El Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Octavo Circuito, al resolver las quejas 197/2016, 189/2016 y 252/2016, sostuvo la tesis aislada XVIII.1o.P.A.2 P (10a.), de título y subtítulo: "SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. LA OMISIÓN DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CUMPLIR CON SUS OBLIGACIONES EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, DEBE IMPUGNARSE ANTE EL JUEZ DE CONTROL A TRAVÉS DEL MEDIO DE IMPUGNACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 12 de mayo de 2017 a las 10:17 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 42, Tomo III, mayo de 2017, página 2141, con número de registro digital: 2014279.

Tesis de jurisprudencia 28/2018 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintitrés de mayo de dos mil dieciocho.

Esta tesis se publicó el viernes 17 de agosto de 2018 a las 10:25 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 20 de agosto de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

4.2.5 FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

La audiencia inicial se lleva a cabo ante el Juez de Control a petición del Ministerio Público y tiene como objetivo -si hay imputado detenido- cumplir una triple función de la unidad procesal, es decir, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación, se dará la oportunidad de declarar al imputado, se resolverá sobre las solicitudes de vinculación a proceso y medidas cautelares y se definirá el plazo para el cierre de la investigación. Sin embargo, si no hay detenido, se comienza con la formulación de la imputación una vez que se ha conducido el imputado al proceso a través de una de las formas que establece el artículo 141 del CNPP.

La audiencia inicial es conocida como audiencia combo²⁶⁴. Esta nomenclatura fue tomada del derecho Comparado y en México, desde el Código Modelo de la CONATRI, se le denomina a la audiencia inicial “audiencia combo”. La audiencia citada, es por antonomasia, la materialización del principio de contradicción, ya que en la medida de lo posible en un solo acto procesal debe informarse al imputado sus derechos constitucionales y legales (...)

Si hay imputado detenido por flagrancia o caso urgente, lo ideal, a pesar de que con anterioridad ya se le haya hecho de su conocimiento sus derechos constitucionales y legales, se le pregunte en la audiencia inicial, si ya le ha sido informado por la policía o Ministerio Público y si ya los ha entendido; de ser necesario, se le reitera las mismas para que quede bien entendido y no quede duda de ello, ya que al ser omiso la autoridad correspondiente en turno trae consecuencias deleznable desde la Constitución para las propias autoridades por haber responsabilidad penal, civil y/o administrativo. Ello no contraviene los principios de concentración ni, mucho menos, el de continuidad por ser un derecho del imputado desde la misma Constitución para el esclarecimiento de los hechos, para proteger al inocente, para procurar que el culpable no quede impune y para que los daños causados por el delito se reparen.

Copiado mal del Código de Procedimientos Penales de Chile, la formulación de imputación lo introducen como la comunicación que realiza el Ministerio Público al imputado de que:

En la audiencia inicial se informarán al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación, se dará la oportunidad de declarar al imputado, se resolverá sobre las solicitudes

²⁶⁴ Martínez Bastida, Eduardo, *Manual para litigantes del procedimiento nacional acusatorio y oral*, México, 3ª. Ed., editorial Raúl Juárez Carro, 2016, p.53.

de vinculación a proceso y medidas cautelares y se definirá el plazo para el cierre de la investigación.

En caso de que el Ministerio Público o la víctima u ofendido solicite la procedencia de una medida cautelar, dicha cuestión deberá ser resuelta antes de que se dicte la suspensión de la audiencia inicial.

A esta audiencia deberá concurrir el Ministerio Público, el imputado y su Defensor. La víctima u ofendido o su Asesor jurídico, podrán asistir si así lo desean, pero su presencia no será requisito de validez de la audiencia.

Inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación. El Juez le preguntará al detenido si cuenta con Defensor y en caso negativo, ordenará que se le nombre un Defensor público y le hará saber que tiene derecho a ofrecer datos de prueba, así como acceso a los registros.

El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en el CNPP.

Ratificada la detención en flagrancia, caso urgente, y cuando se hubiere ejecutado una orden de aprehensión, el imputado permanecerá detenido durante el desarrollo de la audiencia inicial, hasta en tanto no se resuelva si será o no sometido a una medida cautelar.

En caso de que al inicio de la audiencia el agente del Ministerio Público no esté presente, el Juez de control declarará en receso la audiencia hasta por una hora y ordenará a la administración del Poder Judicial para que se comuniquen con el superior jerárquico de aquél, con el propósito de que lo haga comparecer o lo

sustituya. Concluido el receso sin obtener respuesta, se procederá a la inmediata liberación del detenido.

La omisión del Ministerio Público o de su superior jerárquico, al párrafo precedente los hará incurrir en las responsabilidades de conformidad con las disposiciones aplicables.

La formulación de la imputación es la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez de control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito.

En el caso de detenidos en flagrancia o caso urgente, después que el Juez de control califique de legal la detención, el Ministerio Público deberá formular la imputación, acto seguido solicitará la vinculación del imputado a proceso sin perjuicio del plazo constitucional que pueda invocar el imputado o su Defensor.

En el caso de que el Ministerio Público o la víctima u ofendido o el Asesor jurídico solicite una medida cautelar y el imputado se haya acogido al plazo constitucional, el debate sobre medidas cautelares sucederá previo a la suspensión de la audiencia.

El imputado no podrá negarse a proporcionar su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirijan con respecto a ésta y se le exhortará para que se conduzca con verdad.

Se le preguntará al imputado si es su deseo proporcionar sus datos en voz alta o si prefiere que éstos sean anotados por separado y preservados en reserva.

Si el imputado decidiera declarar en relación a los hechos que se le imputan, se le informarán sus derechos procesales relacionados con este acto y que lo que declare puede ser utilizado en su contra, se le cuestionará si ha sido asesorado por su Defensor y si su decisión es libre.

Si el imputado decide libremente declarar, el Ministerio Público, el Asesor jurídico de la víctima u ofendido, el acusador privado en su caso y la defensa podrán dirigirle preguntas sobre lo que declaró, pero no estará obligado a responder las que puedan ser en su contra.

En lo conducente se observarán las reglas previstas en el CNPP para el desahogo de los medios de prueba.

El agente del Ministerio Público podrá formular la imputación cuando considere oportuna la intervención judicial con el propósito de resolver la situación jurídica del imputado.

Si el Ministerio Público manifestare interés en formular imputación a una persona que no se encontrare detenida, solicitará al Juez de control que lo cite en libertad y señale fecha y hora para que tenga verificativo la audiencia inicial, la que se llevará a cabo dentro de los quince días siguientes a la presentación de la solicitud.

Cuando lo considere necesario, para lograr la presencia del imputado en la audiencia inicial, el agente del Ministerio Público podrá solicitar orden de aprehensión o de comparecencia, según sea el caso y el Juez de control resolverá lo que corresponda. Las solicitudes y resoluciones deberán realizarse en los términos del presente Código.

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 éste exponga al imputado el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su

acusador, salvo que, a consideración del Juez de control sea necesario reservar su identidad en los supuestos autorizados por la Constitución y por la ley.

En este orden de ideas, llegado hasta este estadio procesal el Ministerio Público tiene que darle a conocer al imputado la calificación jurídica preliminar, es decir, la clasificación jurídica preliminar del hecho típico atribuido en la comisión del hecho que la ley señala como delito.

Se aprecia en la siguiente jurisprudencia se parte de la base de que al formular la imputación no se modifican los hechos a pesar de la reposición por infringir la oralidad aunque no se comparte que se tome como principio el de oralidad.

Época: Décima Época

Registro: 2011698

Instancia: Plenos de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 30, Mayo de 2016, Tomo III

Materia(s): Común, Penal

Tesis: PC.XVIII. J/15 P (10a.)

Página: 1571

AMPARO INDIRECTO EN MATERIA PENAL. EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE SE CONCEDE, POR CONSIDERAR QUE CON LA LECTURA DE LAS CONSTANCIAS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, AL FORMULAR LA IMPUTACIÓN, SE INFRINGE EL PRINCIPIO DE ORALIDAD.

Si un órgano de justicia federal, al resolver un juicio de amparo indirecto, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y con libertad de jurisdicción, considera

que se infringe el principio de oralidad cuando el Ministerio Público expone los antecedentes del caso con la lectura de las constancias de la carpeta de investigación, al formular la imputación, debe otorgar la protección constitucional para el efecto de que se deje insubsistente el auto de vinculación a proceso y se reponga el procedimiento hasta la audiencia de imputación a fin de que el órgano acusador subsane tal irregularidad; sin que con la reposición ordenada se permita al agente ministerial modificar los hechos y datos que sirvieron de base a la primigenia imputación, ello en observancia a los principios de non reformatio in peius y de igualdad entre las partes.

PLENO DEL DECIMOCTAVO CIRCUITO.

Contradicción de tesis 10/2014. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto, ambos del Décimo Octavo Circuito. 26 de octubre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Magistrados Ricardo Ramírez Alvarado, Alejandro Roldán Velázquez, Carla Isselin Talavera y Justino Gallegos Escobar. Disidente: Francisco Paniagua Amézquita. Ponente: Ricardo Ramírez Alvarado. Secretaria: Erika Nayeli Torres Santiago.

Criterios contendientes:

El sustentado por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, al resolver el amparo en revisión 242/2012, y el diverso sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, al resolver el amparo en revisión 43/2013.

Nota:

Por ejecutoria del 11 de enero de 2017, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 189/2016 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.

Por ejecutoria del 6 de diciembre de 2017, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 357/2016 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.

Esta tesis se publicó el viernes 27 de mayo de 2016 a las 10:27 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 30 de mayo de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

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.

4.2. 6 EN LA VINCULACIÓN A PROCESO

Formulada la imputación, el Juez de control le preguntará al imputado si la entiende y si es su deseo contestar al cargo. En caso de que decida guardar silencio, éste no podrá ser utilizado en su contra. Si el imputado manifiesta su deseo de declarar, su declaración se rendirá conforme a lo dispuesto en este Código. Cuando se trate de varios imputados, sus declaraciones serán recibidas sucesivamente, evitando que se comuniquen entre sí antes de la recepción de todas ellas.

Después de que el imputado haya emitido su declaración, o manifestado su deseo de no hacerlo, el agente del Ministerio Público solicitará al Juez de control la oportunidad para discutir medidas cautelares, en su caso, y posteriormente solicitar la vinculación a proceso. Antes de escuchar al agente del Ministerio Público, el Juez de control se dirigirá al imputado y le explicará los momentos en los cuales puede resolverse la solicitud que desea plantear el Ministerio Público.

El Juez de control cuestionará al imputado si desea que se resuelva sobre su vinculación a proceso en esa audiencia dentro del plazo de setenta y dos horas o si solicita la ampliación de dicho plazo. En caso de que el imputado no se acoja al

plazo constitucional ni solicite la duplicidad del mismo, el Ministerio Público deberá solicitar y motivar la vinculación del imputado a proceso, exponiendo en la misma audiencia los datos de prueba con los que considera que se establece un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. El Juez de control otorgará la oportunidad a la defensa para que conteste la solicitud y si considera necesario permitirá la réplica y contrarréplica. Hecho lo anterior, resolverá la situación jurídica del imputado.

Si el imputado manifestó su deseo de que se resuelva sobre su vinculación a proceso dentro del plazo de setenta y dos horas o solicita la ampliación de dicho plazo, el Juez deberá señalar fecha para la celebración de la audiencia de vinculación a proceso dentro de dicho plazo o su prórroga.

La audiencia de vinculación a proceso deberá celebrarse, según sea el caso, dentro de las setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas siguientes a que el imputado detenido fue puesto a su disposición o que el imputado compareció a la audiencia de formulación de la imputación.

El Juez de control deberá informar a la autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el imputado si al resolverse su situación jurídica además se le impuso como medida cautelar la prisión preventiva o si se solicita la duplicidad del plazo constitucional. Si transcurrido el plazo constitucional el Juez de control no informa a la autoridad responsable, ésta deberá llamar su atención sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, deberá poner al imputado en libertad.

El imputado o su Defensor podrán, durante el plazo constitucional o su ampliación, presentar los datos de prueba que consideren necesarios ante el Juez de control.

Exclusivamente en el caso de delitos que ameriten la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa u otra personal, de conformidad con lo

previsto en este Código, el Juez de control podrá admitir el desahogo de medios de prueba ofrecidos por el imputado o su Defensor, cuando, al inicio de la audiencia o su continuación, justifiquen que ello resulta pertinente.

La continuación de la audiencia inicial comenzará con la presentación de los datos de prueba aportados por las partes o, en su caso, con el desahogo de los medios de prueba que hubiese ofrecido y justificado el imputado o su defensor en términos del artículo 314 del CNPP. Para tal efecto, se seguirán en lo conducente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral. Desahogada la prueba, si la hubo, se le concederá la palabra en primer término al Ministerio Público, al asesor jurídico de la víctima y luego al imputado. Agotado el debate, el Juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado a proceso.

En casos de extrema complejidad, el Juez de control podrá decretar un receso que no podrá exceder de dos horas, antes de resolver sobre la situación jurídica del imputado.

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

- I. Se haya formulado la imputación;
- II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;
- III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y
- IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

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

El hecho o los hechos que fijan la litis a partir del dictado del auto de vinculación a proceso quedarán firmes, ya que sólo podrá variarse su clasificación jurídica de conformidad con los párrafos segundo y tercero del artículo 316 del CNPP y del párrafo quinto del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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 (tercer párrafo del art. 316 del CNPP).

El auto de vinculación a proceso establecerá el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso o se determinarán las formas anticipadas de terminación del proceso, la apertura a juicio o el sobreseimiento.

En caso de que no se reúna alguno de los requisitos previstos en este Código, el Juez de control dictará un auto de no vinculación del imputado a proceso y, en su caso, ordenará la libertad inmediata del imputado, para lo cual revocará las providencias precautorias y las medidas cautelares anticipadas que se hubiesen decretado.

El auto de no vinculación a proceso no impide que el Ministerio Público continúe con la investigación y posteriormente formule nueva imputación, salvo que en el mismo se decrete el sobreseimiento.

El auto de vinculación a proceso deberá contener:

- I. Los datos personales del imputado;
- II. Los fundamentos y motivos por los cuales se estiman satisfechos los requisitos mencionados en el artículo 316 del CNPP, y
 - II. El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del hecho que se imputa.

Época: Décima Época

Registro: 2017728

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 31 de agosto de 2018 10:39 h

Materia(s): (Penal)

Tesis: XVII.1o.P.A. J/19 (10a.)

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. TEST DE RACIONALIDAD QUE PROCEDE APLICAR PARA EL ESTUDIO DE LOS DATOS DE PRUEBA, A PARTIR DE LOS CUALES PUEDE ESTABLECERSE QUE SE HA COMETIDO UN HECHO IMPUTADO COMO DELITO [MODIFICACIÓN DE LA TESIS XVII.1o.P.A.31 P (10a.)].

Este Tribunal Colegiado de Circuito, en la tesis aislada XVII.1o.P.A.31 P (10a.), estableció el test de racionalidad que procede aplicar por el tribunal de amparo, en relación con los antecedentes de investigación como canon de control de la legalidad del auto de vinculación a proceso. Ahora bien, una nueva reflexión sobre el tema, lleva a este órgano jurisdiccional a modificar dicho criterio, para ahora definir el test que procede aplicar para el estudio de los datos de prueba a partir de los cuales puede establecerse que se ha cometido un hecho imputado como delito, el cual tiene como objetivo diferenciar el nivel de exigencia probatoria que es

aplicable en las resoluciones susceptibles de ser dictadas en la audiencia inicial, frente a la sentencia definitiva dictada en el juicio oral. En la premisa fáctica se requiere para la aceptación o rechazo de una teoría: a) Una hipótesis (teoría del caso): Es una proposición que tiene como sustento un hecho captado por medio de los sentidos. b) Los enunciados que integran la hipótesis; razonamientos con cierta probabilidad o verosimilitud. c) La verificabilidad de los enunciados, mediante la existencia de datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y, la valoración debe ser racional, es decir, aquella que en su práctica emplea elementos o reglas racionales, lógicas, máximas de experiencia, método científico y pensar reflexivo, para valorar e interpretar los resultados de la aportación de datos de prueba en conjunción con lo alegado para determinar qué puede dar o considerar como probado, que en última instancia no es más que evaluar el grado de probabilidad, con fundamento en los medios disponibles, si puede considerarse como verdadera una hipótesis sobre los hechos. d) La aceptación o rechazo de la hipótesis, mediante la argumentación de la hipótesis aceptada y la refutación, por contrastabilidad, de la rechazada. La aceptabilidad de una hipótesis es un juicio sobre su confirmación y no refutación. Una vez confirmada debe someterse aún a la refutación examinando los posibles hechos que -de existir- invalidarán o reducirán el grado de probabilidad de la hipótesis, es decir, el Juez contrasta unas afirmaciones -hipótesis- poniendo a prueba su valor explicativo. Una hipótesis se considera confirmada por un dato o medio de prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas, de modo que se configure una razón para su aceptación. La confirmación corresponde a una inferencia en virtud de la cual, a partir de unos datos de prueba y de una regla que conecta a esos datos de prueba con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última.

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

Amparo en revisión 60/2017. 8 de septiembre de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretaria: Rosalba Salazar Luján.

Amparo en revisión 568/2017. 19 de abril de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Araceli Trinidad Delgado. Secretaria: Margarita de Jesús García Ugalde.

Amparo en revisión 529/2017. 10 de mayo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Araceli Trinidad Delgado. Secretario: Juan Carlos Rivera Pérez.

Amparo en revisión 309/2017. 17 de mayo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Marta Olivia Tello Acuña. Secretario: Irving Armando Anchondo Anchondo.

Amparo en revisión 634/2017. 28 de junio de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: José Raymundo Cornejo Olvera. Secretario: Jorge Wences Aguirre.

Nota: Esta tesis modifica el criterio sostenido por el propio tribunal, en la diversa XVII.1o.P.A.31 P (10a.), de título y subtítulo: "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. TEST DE RACIONALIDAD QUE PROCEDE APLICAR POR EL TRIBUNAL DE AMPARO, EN RELACIÓN CON LOS ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN COMO CANON DE CONTROL DE SU LEGALIDAD.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 30 de septiembre de 2016 a las 10:39 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Tomo IV, septiembre de 2016, página 2632.

Esta tesis se publicó el viernes 31 de agosto de 2018 a las 10:39 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 03 de septiembre de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

4.3 LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN LA ETAPA INTERMEDIA

La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio.

Esta etapa se compondrá de dos fases, una escrita y otra oral. La fase escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

4.3.1 EN LA ACUSACIÓN

En el Sistema Acusatorio y Oral del Derecho Procesal Penal, el Ministerio Público debe manejar una acusación que, definida desde México se llama imputación (del art. 19, párrafo primero CPEUM), desde el principio acusatorio (art. 20, A, fracción V) el abogado defensor y el imputado necesitan conocer la imputación y/o acusación para ejercer con claridad la defensa en las distintas audiencias (art. 20, B, fracción III CPEUM). El Ministerio Público desde la teoría del delito debe contar con un hecho delictivo que se adecue a un tipo penal, no exige más teoría que la adecuación dolosa y/o culposa de la conducta a un tipo penal determinado, la teoría del delito nos enfrenta a valores distintos desde la acusación y desde la defensa que, por lo general se adecuan a las excluyentes.

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

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

- I. La individualización del o los acusados y de su Defensor;
- II. La identificación de la víctima u ofendido y su Asesor jurídico;
- III. La relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos atribuidos en modo, tiempo y lugar, así como su clasificación jurídica;
- IV. La relación de las modalidades del delito que concurrieren;

- V.** La autoría o participación concreta que se atribuye al acusado;
- VI.** La expresión de los preceptos legales aplicables;
- VII.** El señalamiento de los medios de prueba que pretenda ofrecer, así como la prueba anticipada que se hubiere desahogado en la etapa de investigación;
- VIII.** El monto de la reparación del daño y los medios de prueba que ofrece para probarlo;
- IX.** La pena o medida de seguridad cuya aplicación se solicita incluyendo en su caso la correspondiente al concurso de delitos;
- X.** Los medios de prueba que el Ministerio Público pretenda presentar para la individualización de la pena y en su caso, para la procedencia de sustitutivos de la pena de prisión o suspensión de la misma;
- XI.** La solicitud de decomiso de los bienes asegurados;
- XII.** La propuesta de acuerdos probatorios, en su caso, y
- XIII.** La solicitud de que se aplique alguna forma de terminación anticipada del proceso cuando ésta proceda.

La acusación sólo podrá formularse por los hechos y personas señaladas en el auto de vinculación a proceso, aunque se efectúe una distinta clasificación, la cual deberá hacer del conocimiento de las partes. Esto es acorde con lo que señalan los artículos 316 en su párrafo segundo y tercero y; 335 en su fracción III del CNPP.

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

Una vez presentada la acusación, el Juez de control ordenará su notificación a las partes al día siguiente. Con dicha notificación se les entregará copia de la acusación.

Ahora corresponde analizar la fase oral de la etapa intermedia, ya que aquí el Juez de Control dictará también en el mismo auto en que tenga por presentada el escrito de acusación del Ministerio Público, señala la fecha para la celebración de la audiencia intermedia, debiendo señalar un plazo que va de 30 a 40 días naturales y si la defensa lo solicita y justifica podrá el Juez de control diferir, por única vez, hasta por diez días dicha audiencia con la intermediación de dicho juez y desarrollándose oralmente.

La audiencia intermedia comienza con el Ministerio Público realizando una exposición resumida de la acusación.

4.4 LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN LA ETAPA DEL JUICIO ORAL

Antes de finalizar la audiencia intermedia, el Juez de control dictará el auto de apertura de juicio que deberá indicar:

- I. El Tribunal de enjuiciamiento competente para celebrar la audiencia de juicio;
- II. La individualización de los acusados;
- III. Las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas, así como los hechos materia de la acusación;
- IV. Los acuerdos probatorios a los que hubieren llegado las partes;
- V. Los medios de prueba admitidos que deberán ser desahogados en la audiencia de juicio, así como la prueba anticipada;
- VI. Los medios de pruebas que, en su caso, deban de desahogarse en la audiencia de individualización de las sanciones y de reparación del daño;

VII. Las medidas de resguardo de identidad y datos personales que procedan en términos de este Código;

VIII. Las personas que deban ser citadas a la audiencia de debate, y

IX. Las medidas cautelares que hayan sido impuestas al acusado.

El Juez de control hará llegar el mismo al Tribunal de enjuiciamiento competente dentro de los cinco días siguientes de haberse dictado y pondrá a su disposición los registros, así como al acusado.

Interesa aquí, las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas, así como los hechos materia de la acusación, ya que su clasificación jurídica debe estar ya más clarificado en el entendido de que es en esta fase cuando ya se ha cerrado la investigación complementaria, se han depurado los hechos controvertidos, se han excluido los medios de prueba ilícitos, se ha llegado a los acuerdos probatorios y se ha llevado a cabo el descubrimiento probatorio entre las partes procesales.

4.4.1 EN EL AUTO DE APERTURA A JUICIO

Establecido en el artículo 391 del CNPP:

En el día y la hora fijados, el Tribunal de enjuiciamiento se constituirá en el lugar señalado para la audiencia. Quien la presida, verificará la presencia de los demás jueces, de las partes, de los testigos, peritos o intérpretes que deban participar en el debate y de la existencia de las cosas que deban exhibirse en él, y la declarará abierta. Advertirá al acusado y al público sobre la importancia y el significado de lo que acontecerá en la audiencia e indicará al acusado que esté atento a ella.

Cuando un testigo o perito no se encuentre presente al iniciar la audiencia, pero haya sido debidamente notificado para asistir en una

hora posterior y se tenga la certeza de que comparecerá, el debate podrá iniciarse.

El juzgador que presida la audiencia de juicio señalará las acusaciones que deberán ser objeto del juicio contenidas en el auto de su apertura y los acuerdos probatorios a que hubiesen llegado las partes.

Aquí es el Tribunal de Enjuiciamiento Unitario o Colegiado al que le corresponde señalar las acusaciones contenidas del auto de apertura a juicio así como de los acuerdos probatorios que alcanzaron las partes. Pero es el Ministerio Público el que deberá exponer la acusación con los medios de prueba a desahogarse.

Si la acusación tuviere por objeto varios hechos punibles atribuidos a uno o más imputados, el Tribunal de enjuiciamiento podrá disponer, incluso a solicitud de parte, que los debates se lleven a cabo separadamente, pero en forma continua.

El Tribunal de enjuiciamiento podrá disponer la división de un debate en ese momento y de la misma manera, cuando resulte conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa de los acusados.

Una vez abierto el debate, el juzgador que presida la audiencia de juicio concederá la palabra al Ministerio Público para que exponga de manera concreta y oral la acusación y una descripción sumaria de las pruebas que utilizará para demostrarla. Acto seguido se concederá la palabra al Asesor jurídico de la víctima u ofendido, si lo hubiere, para los mismos efectos. Posteriormente se ofrecerá la palabra al Defensor, quien podrá expresar lo que al interés del imputado convenga en forma concreta y oral (artículo 394 del CNPP).

4.4.2 EN LA DELIBERACIÓN DEL FALLO DEL TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO

Inmediatamente después de concluido el debate, el Tribunal de enjuiciamiento ordenará un receso para deliberar en forma privada, continua y aislada, hasta emitir el fallo correspondiente. La deliberación no podrá exceder de veinticuatro horas ni

suspenderse, salvo en caso de enfermedad grave del Juez o miembro del Tribunal. En este caso, la suspensión de la deliberación no podrá ampliarse por más de diez días hábiles, luego de los cuales se deberá reemplazar al Juez o integrantes del Tribunal y realizar el juicio nuevamente (art. 400 del CNPP).

La deliberación del fallo va de la mano con las pruebas desahogadas y demostradas con el hecho punible, para que el Tribunal de Enjuiciamiento se haya formado y tomado convicción. Así lo dispone el artículo 402 del CNPP “El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código”.

Al deliberar el fallo, el Tribunal de Enjuiciamiento necesariamente concatena las pruebas con la aplicación de la Teoría del delito, ya que el artículo 407 a la letra dice que, “La sentencia de condena no podrá sobrepasar los hechos probados en juicio”. Además, el párrafo sexto del artículo 406 así lo dispone porque “el Tribunal de enjuiciamiento solamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate”.

Con mayor alcance y clarificación no dicen los párrafos séptimo, octavo, noveno, del artículo 406 respecto de la sentencia condenatoria:

(...) Al dictar sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.

La sentencia condenatoria hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica.

En toda sentencia condenatoria se argumentará por qué el sentenciado no está favorecido por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.

En la sentencia, el Tribunal de enjuiciamiento deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia (párrafo segundo del artículo 402 del CNPP).

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado (tercer párrafo del artículo 402 del CNPP).

Sobre todo, no se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.

4.4.3 EN LA EMISIÓN DEL FALLO

Lo que establece el artículo 401 del CNPP:

Una vez concluida la deliberación, el Tribunal de enjuiciamiento se constituirá nuevamente en la sala de audiencias, después de ser convocadas oralmente o por cualquier medio todas las partes, con el propósito de que el Juez relator comunique el fallo respectivo.

El fallo deberá señalar:

- I. La decisión de absolución o de condena;
- II. Si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría de miembros del Tribunal, y
- III. La relación sucinta de los fundamentos y motivos que lo sustentan.

En caso de condena, en la misma audiencia de comunicación del fallo se señalará la fecha en que se celebrará la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días.

En caso de absolución, el Tribunal de enjuiciamiento podrá aplazar la redacción de la sentencia hasta por un plazo de cinco días, la que será comunicada a las partes.

Comunicada a las partes la decisión absolutoria, el Tribunal de enjuiciamiento dispondrá en forma inmediata el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado en contra del imputado y ordenará se tome nota de ese levantamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuren, así como su inmediata libertad sin que puedan mantenerse dichas medidas para la realización de trámites administrativos. También se ordenará la cancelación de las garantías de comparecencia y reparación del daño que se hayan otorgado.

El Tribunal de enjuiciamiento dará lectura y explicará la sentencia en audiencia pública. En caso de que en la fecha y hora fijadas para la celebración de dicha audiencia no asistiere persona alguna, se dispensará de la lectura y la explicación y se tendrá por notificadas a todas las partes.

4.5 LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN LA SENTENCIA

La sentencia contendrá:

- I. La mención del Tribunal de enjuiciamiento y el nombre del Juez o los Jueces que lo integran;
- II. La fecha en que se dicta;
- III. Identificación del acusado y la víctima u ofendido;
- IV. La enunciación de los hechos y de las circunstancias o elementos que hayan sido objeto de la acusación y, en su caso, los daños y perjuicios reclamados, la pretensión reparatoria y las defensas del imputado;
- V. Una breve y sucinta descripción del contenido de la prueba;
- VI. La valoración de los medios de prueba que fundamenten las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de enjuiciamiento;
- VII. Las razones que sirvieran para fundar la resolución;
- VIII. La determinación y exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se consideren probados y de la valoración de las pruebas que fundamenten dichas conclusiones;

IX. Los resolutivos de absolución o condena en los que, en su caso, el Tribunal de enjuiciamiento se pronuncie sobre la reparación del daño y fije el monto de las indemnizaciones correspondientes, y

X. La firma del Juez o de los integrantes del Tribunal de enjuiciamiento.

4.5.1 CONDENATORIA

Si el Ministerio Público realizó correctamente la clasificación jurídica correspondiente y los órganos de prueba se desahogaron correctamente según las estrategias de litigación para las etapas previas y de la Etapa de Juicio Oral, se puede decir que el Tribunal de Juicio Oral atendiendo los artículos 68 y 407 del CNPP no variará la clasificación jurídica del Ministerio Público.

El artículo 68 del CNPP establece que, “Los autos y las sentencias deberán ser congruentes con la petición o acusación formulada y contendrán de manera concisa los antecedentes, los puntos a resolver y que estén debidamente fundados y motivados; deberán ser claros, concisos y evitarán formulismos innecesarios, privilegiando el esclarecimiento de los hechos”. Así que, “La sentencia de condena no podrá sobrepasar los hechos probados en juicio” (art. 407 CNPP).

La sentencia condenatoria fijará las penas, o en su caso la medida de seguridad, y se pronunciará sobre la suspensión de las mismas y la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

La sentencia que condene a una pena privativa de la libertad, deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de base para su cumplimiento.

La sentencia condenatoria dispondrá también el decomiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente.

El Tribunal de enjuiciamiento condenará a la reparación del daño.

Cuando la prueba producida no permita establecer con certeza el monto de los daños y perjuicios, o de las indemnizaciones correspondientes, el Tribunal de enjuiciamiento podrá condenar genéricamente a reparar los daños y los perjuicios y ordenar que se liquiden en ejecución de sentencia por vía incidental, siempre que éstos se hayan demostrado, así como su deber de repararlos.

El Tribunal de enjuiciamiento solamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio general de que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal de que se trate.

Al dictar sentencia condenatoria se indicarán los márgenes de la punibilidad del delito y quedarán plenamente acreditados los elementos de la clasificación jurídica; es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.

La sentencia condenatoria hará referencia a los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, precisando si el tipo penal se consumó o se realizó en grado de tentativa, así como la forma en que el sujeto activo haya intervenido para la realización del tipo, según se trate de alguna forma de autoría o de participación, y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta típica.

En toda sentencia condenatoria se argumentará por qué el sentenciado no está favorecido por ninguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad; igualmente, se hará referencia a las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y a la clase de concurso de delitos si fuera el caso.

En la sentencia, el Tribunal de enjuiciamiento deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para

hacerlo. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.

No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.

4.5.2 ABSOLUTORIA

Si el legislador y los encargados de hacer jurisprudencia comprendieran la importancia de conocer la Teoría del Delito para aplicarlo correctamente a los casos concretos desde audiencias preliminares al juicio aun con datos de prueba no tendríamos que llegar hasta la etapa de juicio oral con el Tribunal de Enjuiciamiento con una sentencia absolutoria para excluir el delito si desde el auto de vinculación a proceso se respetara la fracción IV del artículo 316 del CNPP al disponer, “Que no se actualice una ... excluyente del delito”. Solo exceptuando a la culpabilidad como elemento del delito por ser la que debe llegar a discutirse concatenado con los elementos probatorios aportados por las partes hasta la etapa de Juicio Oral para que el Tribunal de Enjuiciamiento se forme y tome convicción junto con las máximas de la experiencia, la sana crítica, libre y lógica valoración de las pruebas y de las aportaciones científicas y que en su conjunto sean suficientes. Pero como ignoran los excluyentes del delito, como consecuencia también ignoran su aplicación. Es decir, no se puede excluir el delito sino se entra a estudiar qué es el delito y sin previamente haber estudiado el hecho típico. Pero ahora, simplemente hay que encuadrar el hecho que la ley señala como delito al tipo penal y hay que llegar con la acusación hasta la sentencia para realizar la clasificación jurídica. No puedo excluir lo que no conozco. No obstante, el abogado defensor, el asesor jurídico y el juzgador deben conocer la Teoría del Delito para aplicar las excluyentes del delito desde las audiencias preliminares al juicio para evitar carga de trabajo al Sistema Acusatorio y Oral del Derecho Procesal Penal Mexicano.

En la sentencia absolutoria, el Tribunal de enjuiciamiento ordenará que se tome nota del levantamiento de las medidas cautelares, en todo índice o registro público y policial en el que figuren, y será ejecutable inmediatamente.

En su sentencia absolutoria el Tribunal de enjuiciamiento determinará la causa de exclusión del delito, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad, bajo los rubros siguientes:

I. Son causas de atipicidad: la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible;

II. Son causas de justificación: el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, o

III. Son causas de inculpabilidad: el error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta.

De ser el caso, el Tribunal de enjuiciamiento también podrá tomar como referencia que el error de prohibición vencible solamente atenúa la culpabilidad y con ello atenúa también la pena, dejando subsistente la presencia del dolo, igual como ocurre en los casos de exceso de legítima defensa e imputabilidad disminuida.

4.6 LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Debe entenderse que sólo en el caso de la sentencia condenatoria dará lugar a la individualización de la pena tanto para personas físicas como a las personas jurídicas con responsabilidad penal atendiendo a su forma de intervención (autoría o participación).

El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.

La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado.

El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido. Igualmente se tomarán en cuenta las demás circunstancias especiales del sentenciado, víctima u ofendido, siempre que resulten relevantes para la individualización de la sanción. Se podrán tomar en consideración los dictámenes periciales y otros medios de prueba para los fines señalados en el presente artículo.

Cuando el sentenciado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además de los aspectos anteriores, sus usos y costumbres.

En caso de concurso real se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de los máximos señalados en la ley penal aplicable. En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos. No habrá concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado; sin embargo, en estos casos se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido.

El aumento o la disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no serán aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Sí serán aplicables las que se fundamenten en circunstancias objetivas, siempre que los demás sujetos tengan conocimiento de ellas.

CAPÍTULO V

LA RECLASIFICACIÓN JURÍDICA

La reclasificación jurídica sólo operará para los casos en que el CNPP así lo contemple y no esté en contra de lo que establece la CPEUM ni por Acuerdos Internacionales suscritos por las autoridades facultados por la propia Constitución. Es así como considero que existe también una reclasificación jurídica preliminar así como una reclasificación jurídica definitiva.

5.1 PRELIMINAR

5.1.1 EN EL CITATORIO, COMPARECENCIA U ORDEN DE APREHENSIÓN

A pesar de que el Ministerio Público tiene la potestad de realizar la reclasificación jurídica correspondiente, posteriormente de que ha realizado una clasificación jurídica al solicitarle al Juez de Control el citatorio, la comparecencia o la orden de aprehensión en las formas de conducción del imputado al proceso que expresamente autoriza el CNPP, no es lo menos cierto que, dicha reclasificación también es preliminar como lo es con la clasificación jurídica y como lo es también la reclasificación que realiza el juez de control al dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que se planteen o, bien, lo referente, a la intervención del autor o partícipe que tuvo en los mismos es de igual manera preliminar. Ahora bien, en el caso de que la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia no reúna alguno de los requisitos exigibles, el Juez de control prevendrá en la misma audiencia o por el sistema informático al Ministerio Público para que haga las precisiones o aclaraciones correspondientes, ante lo cual el Juez de control podrá dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que se planteen o a la participación que tuvo el imputado en los mismos. No se concederá la orden de aprehensión cuando el Juez de control considere que los hechos que señale el Ministerio Público en su solicitud resulten no constitutivos de delito. Asimismo, el Ministerio Público también puede pedirle al Juez de Control que cancele la orden de aprehensión o reclasifique

la conducta conforme al párrafo quinto del artículo 145 del CNPP “El Ministerio Público podrá solicitar la cancelación de una orden de aprehensión o la reclasificación de la conducta o hecho por los cuales hubiese ejercido la acción penal, cuando estime su improcedencia por la aparición de nuevos datos”.

5.1.2 EN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

En el entendido de que, en la formulación de la imputación, el M. P. puede realizar una clasificación jurídica distinta al que realizó al solicitarle el citatorio, comparecencia, presentación u orden de aprehensión al juez de control, ya que puede realizar una reclasificación jurídica del hecho que la ley señala como delito, pero dicha reclasificación es preliminar, puesto que podrá variar la misma hasta en el alegato de clausura en la etapa de juicio oral si es que se llega hasta esta etapa procesal. Aquí debe entenderse que, el Ministerio Público tiene la potestad de realizar la reclasificación jurídica hasta el alegato de clausura en la etapa de juicio oral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del CNPP.

5.1.3 EN LA VINCULACIÓN A PROCESO

También en el auto de vinculación a proceso se puede variar la clasificación jurídica y así reclasificar preliminarmente. Así es como lo dispone el penúltimo párrafo del artículo 316 del CNPP cuando establece que, “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”. Visto así, opera la reclasificación preliminar para el Juez de Control, ya que será el Tribunal de Enjuiciamiento al dictar la sentencia condenatoria o absolutoria la que realizará la reclasificación jurídica definitiva si es necesario hacerlo con el caso concreto.

5.1.4 EN LA ACUSACIÓN

Llegado hasta la etapa intermedia en su fase escrita, la acusación que realiza el Ministerio Público al no reclasificar preliminarmente en la formas de conducción al

imputado al proceso, en la formulación de la imputación ni en la vinculación a proceso, puede hacerlo hasta en la exposición oral que realiza la acusación durante la audiencia intermedia.

5.1.5 EN EL ALEGATO DE APERTURA

Tomado desde el acápite del artículo 398 del CNPP “la reclasificación jurídica” para el Ministerio Público es su penúltima y última oportunidad para realizar la reclasificación jurídica preliminar, ya que ni el juez de control llegó hasta aquí, ya que para éste último terminó su participación en la etapa intermedia al dictar el auto de apertura a juicio en la reclasificación jurídica del hecho que la ley señala como delito con los mecanismos alternos de solución de conflictos o mecanismos anticipados de terminación de conflictos para realizar una reclasificación jurídica definitiva. Como puede apreciarse, es el Tribunal de Enjuiciamiento la que tendrá la última palabra respecto de la reclasificación jurídica que realice el Ministerio Público en la emisión del fallo de la sentencia. Esto es así, ya que con la sentencia firme y no sea apelada por alguna de las partes y no se funde ni motive un reconocimiento de inocencia ni la nulidad de la sentencia habrá operado la reclasificación jurídica definitiva.

5.1.6 EN EL ALEGATO DE CLAUSURA

Siendo en los alegatos de clausura la última oportunidad para el Ministerio Público para llevar a cabo su reclasificación jurídica preliminar, al no haberlo hecho en etapas anteriores al Juicio puesto que así lo establece el artículo 398 del CNPP:

Tanto en el alegato de apertura como en el de clausura, el Ministerio Público podrá plantear una reclasificación respecto del delito invocado en su escrito de acusación. En este supuesto, el juzgador que preside la audiencia dará al imputado y a su Defensor la oportunidad de expresarse al respecto, y les informará sobre su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el Tribunal de

enjuiciamiento suspenderá el debate por un plazo que, en ningún caso, podrá exceder del establecido para la suspensión del debate previsto por este Código.

Aquí nos retrotraemos hasta el escrito de acusación de la etapa intermedia pasando por la audiencia intermedia y el dictado del auto de apertura a juicio oral así como la apertura de este último por el juez del Tribunal de Enjuiciamiento Unitario o Colegiado encargado de señalar las acusaciones y, una vez, abierto el debate el Ministerio Público deberá exponer de manera concreta y oral la acusación y una descripción sumaria de las pruebas que utilizará para demostrarla. No obstante, en el alegato o alegatos de clausura podrá realizar la reclasificación jurídica con las consecuencias de suspensión hasta por diez días de la audiencia o el cambio del Tribunal de Enjuiciamiento al onceavo o undécimo día de conformidad con lo que dispone el artículo 352 del CNPP y de la nulidad de lo actuado.

5.1.7 EN EL RECURSO DE APELACIÓN

Se recurre mediante apelación, las resoluciones judiciales ya sea del juez de control o de del tribunal de enjuiciamiento. Así que, el derecho a recurrir corresponde tan solo a quien le sea expresamente otorgado y pueda ser afectado por la resolución. Así lo han establecido los siguientes artículos del Código Nacional de Procedimiento Penales:

Artículo 467. Resoluciones del Juez de control apelables

Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Juez de control:

- I. Las que nieguen el anticipo de prueba;
- II. Las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios o no los ratifiquen;
- III. La negativa o cancelación de orden de aprehensión;

- IV. La negativa de orden de cateo;
- V. Las que se pronuncien sobre las providencias precautorias o medidas cautelares;
- VI. Las que pongan término al procedimiento o lo suspendan;
- VII. El auto que resuelve la vinculación del imputado a proceso;
- VIII. Las que concedan, nieguen o revoquen la suspensión condicional del proceso;
- IX. La negativa de abrir el procedimiento abreviado;
- X. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado, o
- XI. Las que excluyan algún medio de prueba.

Artículo 468. Resoluciones del Tribunal de enjuiciamiento apelables

Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Tribunal de enjuiciamiento:

- I. Las que versen sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público;
- II. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso.

Las fracciones III, V, VI, VII, VIII, IX y X del artículo 467 del CNPP son los que desde mi punto de vista tienen que ver con la reclasificación jurídica preliminar para ser declarados definitivos por el Tribunal de Alzada

promovido por una de las partes por causarle agravio lo resuelto por el Juez de Control. Ahora bien, en lo que respecta a la resolución del Tribunal de Enjuiciamiento que afecta a la parte que interpone la apelación será resuelta por el Tribunal de Alzada con una reclasificación jurídica que será definitiva si no se violan derechos fundamentales y no se interpone amparo directo.

5.2 DEFINITIVA

5.2.1 EN LA SENTENCIA FIRME

Artículo 412. Sentencia firme

En cuanto no sean oportunamente recurridas, las resoluciones judiciales quedarán firmes y serán ejecutables sin necesidad de declaración alguna.

De esta manera precluido el derecho a interponer apelación será firme la sentencia declarada por el Tribunal de Enjuiciamiento y así habrá sido definitiva la clasificación jurídica, o mejor dicho, la reclasificación jurídica realizada por dicho tribunal.

5.2.2 EN EL RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA

La sentencia condenatoria que afecta al sentenciado y aún con dicha sentencia siente que no pudo o no halló los medios para defenderse y cree que aún con la condena se le debe reconocer su inocencia, le queda la solicitud de reconocimiento de inocencia así como también de la anulación de la sentencia. En ambos casos, tendrá que solicitarlo ante el Tribunal de Alzada que fuere competente para conocer del recurso de apelación con una exposición detallada por escrito.

Artículo 486. Reconocimiento de inocencia

Procederá cuando después de dictada la sentencia aparezcan pruebas de las que se desprenda, en forma plena, que no existió el delito por el que se dictó la condena o que, existiendo éste, el sentenciado no participó en su comisión, o bien cuando

se desacrediten formalmente, en sentencia irrevocable, las pruebas en las que se fundó la condena.

Aquí importan las pruebas que podríamos llamarles supervenientes, ya que son conocidos después de dictada la sentencia condenatoria y, una vez, que, haya sido firme dicha sentencia por haber precluido el derecho a apelar, esto tendrá que realizarse ante el Tribunal de Alzada.

También es muy importante delimitar el hecho o los hechos en la vinculación a proceso y adecuarlo al tipo penal para no tener que llegar a interponer el reconocimiento de inocencia del sentenciado, ya que si no se logra aún en el escrito de la acusación por parte del Ministerio Público y sus consecuentes reclasificaciones jurídicas y el Tribunal de Enjuiciamiento no lo corrige en la deliberación y emisión de la sentencia, pero el sentenciado le precluye el derecho de apelar y tramitar el Juicio de Amparo tendrá que pedir el reconocimiento de su inocencia.

5.2.3 EN LA ANULACIÓN DE LA SENTENCIA

Artículo 487. Anulación de la sentencia

La anulación de la sentencia ejecutoria procederá en los casos siguientes:

- I. Cuando el sentenciado hubiere sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos, en cuyo caso se anulará la segunda sentencia, y
- II. Cuando una ley se derogue, o se modifique el tipo penal o en su caso, la pena por la que se dictó sentencia o la sanción impuesta, procediendo a aplicar la más favorable al sentenciado.

La sola causación del resultado no podrá fundamentar, por sí sola, la responsabilidad penal. Por su parte los tipos penales estarán limitados a la exclusiva protección de los bienes jurídicos necesarios para la adecuada convivencia social.

Si bien es cierto que, el hecho típico o hecho punible al que se refiere o contempla el artículo 20 del Código Nacional de Procedimientos penales al establecer las reglas de competencia para los Órganos Jurisdiccionales, debe analizarse desde la flagrancia, caso urgente, o bien, desde los requisitos de procedibilidad, o aún mejor, desde las audiencias preliminares al juicio también con un estándar de prueba razonable para atribuirle al imputado su autoría o participación en la comisión de hecho que la ley señala como delito. También es muy cierto muchas veces, se tiene que agotar la presunción de inocencia del imputado, acusado o sentenciado porque la sola causación del resultado no podrá fundamentar, por sí sola, la responsabilidad penal en la individualización de las penas del sentenciado pero en la práctica jurídica penal ocurre y es por esta razón que he considerado que tiene que operar una reclasificación jurídica para anular la sentencia condenatoria impuesta al individualizar las penas el Tribunal de Enjuiciamiento. Esto tiene que ser llevado ante el Tribunal de Alzada.

Conclusiones

PRIMERA. Sin ánimo de causar polémica y en el entendido de que la Ciencia Jurídica es inacabada, sujeto a la crítica y en constante evolución, la aplicación de la teoría del delito durante la reclasificación jurídica del hecho que la ley señala como delito en el sistema acusatorio y oral del derecho procesal penal mexicano se refiere que, el hecho o los hechos fijados en el dictado del Auto de Vinculación a Proceso se podrá variar sólo jurídicamente, es decir, su clasificación jurídica podrá tomar variaciones según la etapa procesal en que se encuentre con su respectiva estándar probatorio.

SEGUNDA. El hecho o los hechos fijan la utilidad práctica de la Teoría del delito, ya que no cualquier hecho le importa el Derecho Penal sino sólo el hecho típico, es decir, aquel que está protegido como un bien jurídico en una norma penal y que ha sido lesionado o se ha puesto en peligro.

TERCERA. La Teoría del Delito es imprescindible para que el Derecho Procesal Penal Acusatorio y Oral en México sea entendido y desarrollado correctamente en sus diferentes etapas siempre respetando la dignidad humana de las partes.

CUARTA. El dominio de la Teoría del Delito es imprescindible puesto que el operador jurídico debe manejar adecuadamente el derecho sustantivo vigente para aplicarlo al caso concreto.

QUINTA. El Derecho Procesal Penal Acusatorio y Oral se implementó parcialmente primero en Nuevo León y Estado de México y después sistemáticamente Chihuahua

y Oaxaca, es decir, en las Entidades Federativas antes mencionadas fue donde se fraguó y son antecedentes inmediatos a las Reformas del año 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia procesal penal.

SEXTA. Con las reformas realizadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el año 2008 en materia procesal penal propició otras reformas a la misma Constitución como los de “Derechos Humanos” , de la “ley de Amparo” y de la creación del “Código Nacional de Procedimientos Penales”.

SEPTIMA. Al implementarse la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales con sus respectivas declaratorias empezando por Durango y con la, posterior, publicación de la *Miscelánea Penal* el diecisiete de junio del año dos mil dieciséis se inaugura una nueva figura procesal denominado “clasificación jurídica” en todo México desplazando las figuras procesales “el cuerpo del delito” y la “probable responsabilidad” vigentes con el sistema mixto y aún a “el hecho que la ley señala como delito” y la “probable comisión o participación del indiciado”.

OCTAVA. El proceso penal mexicano analizado desde una lectura constitucional, ética y epistemológica es teleológica, ya que tiene como objeto o finalidad el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Aunque en el delito de homicidio no veo como pueda ser reparado por el daño causado.

NOVENA. El hecho que la ley señala como delito debe entenderse como el hecho típico que está prohibido en la ley penal.

DECIMA. Ahora se le denomina forma de intervención a la probabilidad de que el indiciado cometió o participó en la comisión del hecho que la ley señala como delito.

DECIMOPRIMERA. La clasificación jurídica es la figura jurídica del derecho procesal penal del sistema acusatorio y oral compuesto por el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho típico, la forma de intervención, la naturaleza de la conducta y, en su caso, la clase de concurso correspondiente.

DECIMOSEGUNDA. La clasificación jurídica es preliminar la que realizan el Ministerio Público y el Juez de Control, ya que el Tribunal de Enjuiciamiento le corresponde determinar en la sentencia con la convicción que toma de las pruebas acreditadas por las partes ya sea absolviendo o condenando.

DECIMOTERCERA. Para aplicar algún mecanismo alternativo de solución o terminación anticipado de conflicto debe realizarse una clasificación jurídica, aunque el Código Nacional de Procedimientos nos autoriza hasta antes del dictado de del auto de Apertura a Juicio y en la Individualización de sanciones en el caso de sentencia condenatoria y la Ley Nacional de Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos nos remite a éstas, actualmente la Ley Nacional de Ejecución de Sanciones Penales nos dice que puede operar la Justicia Restaurativa para todos los delitos en la Etapa de Ejecución.

DECIMOCUARTA. La reclasificación jurídica solamente debe operar con el hecho o los hechos fijados con el auto de vinculación a proceso, nunca podrán variarse los hechos una vez dictado dicho auto. Además es responsabilidad del Ministerio

Público fundar y motivar en la etapa de Juicio Oral, ya que puede suspenderse el debate hasta por diez días o interrumpirse al undécimo día dando como consecuencia el cambio del Tribunal de Enjuiciamiento y la nulidad de lo actuado.

DECIMOQUINTA. Si dictada la sentencia condenatoria al sentenciado dejó de ser presunto inocente y sólo con el resultado de la acción se le condenó pero con posterioridad a la sentencia consigue nuevas probanzas para demostrar su inocencia debe operar una reclasificación jurídica demostrando que le precluyó el derecho a la apelación pero no así el de reconocimiento de inocencia ni el de la anulación de la sentencia.

Fuentes de consulta

Bibliográfica

BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la teoría del delito*, Juricentro, San José, 1985

BARDALES LAZCANO, Erika, *Guía para el estudio del sistema penal acusatorio en México*, 6a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2016.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, 3a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2016.

_____, *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, Flores editor y distribuidor, México, 2015.

_____, *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral*, 3a. ed., México, Flores editor y distribuidor, México, 2014.

_____, y MURILLO HIDALGO, José Daniel, *Manual del derecho procesal penal mexicano*, México, Flores editor y distribuidor, 2014.

CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales del derecho penal*, 46a. ed., México, Porrúa, 2005.

CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, 6a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2014.

_____, Camilo y QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *40 Reglas para que el Ministerio Público determine la clasificación jurídica*, México, editorial MaGister, 2016.

CÓRDOBA RODÁ, Juan, et al., *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1979.

DIAZ ARANDA, Enrique y ROXIN, Claus, *Teoría del caso y del delito en el proceso penal acusatorio*, México, Straf, 2015.

_____, et al., *El hecho que la ley señala como delito*, México, MaGister, 2016.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, *Derecho penal*, México, UNAM, 1990.

_____, *El sistema penal en la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2016.

HIDALGO MURILLO, *Argumentar en la oralidad, desde la publicidad, intermediación y concentración*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015.

_____, *Cadena de custodia*, México, Flores editor y distribuidor, 2015.

_____, *Investigación policial y teoría del caso*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2015.

_____, *Teoría del caso y gestión del caso*, México, Flores editor y distribuidor, 2015.

JIMENEZ MARTINEZ, Javier, *La importancia de conocer la teoría del delito en el nuevo sistema procesal penal acusatorio*, México, Flores editor y distribuidor, 2013.

LÓPEZ BETANCUORT, Eduardo, *Derecho procesal penal*, México, lure editores, 2003.

MARTINEZ BASTIDA, Eduardo, *Manual para litigantes del procedimiento nacional acusatorio y oral*, 3a. ed., México, Raúl Juárez Carro, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 2016.

_____, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002.

PEREZ LOYO, Erik, *Inconstitucionalidades e incongruencias del código nacional de procedimientos penales*, México, Flores editor y distribuidor, 2016.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Dogmática penal aplicada al sistema acusatorio y oral*, México, Flores editor y distribuidor, 2015.

_____, *Dogmática penal aplicada al sistema acusatorio y oral*, 2a. ed., México, Flores editor y distribuidor, 2018.

_____, *Introducción a la teoría del delito*, México, Flores editor y distribuidor, 2017.

RIVERA MORALES, Rodrigo, *Actos de investigación y prueba en el proceso penal*, México, Flores editor y distribuidor, 2016.

VALADEZ DIAZ, Manuel y VALADEZ DÍAZ, Adriana, *Mediación penal*, México, Flores editor y distribuidor, 2016.

_____ y GUZMÁN GONZÁLEZ, Carlos Enrique, *Estrategias elementales para la enseñanza del juicio oral*, México, Limusa, 2015.

_____, *Teoría del delito y sistema acusatorio*, México, Flores editor y distribuidor, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., México, Cárdenas, 1998.

Normatividad

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Nacional de Procedimientos Penales

Código Penal para el Distrito Federal

Digital

<http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/libro-teoria-del-delito-oscar-pena.pdf>

Jurisprudencia

DÉCIMA ÉPOCA, Registro: 2015305, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.).

_____, Registro: 2015304, Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 87/2017 (10a.).

_____, Registro: 2006224, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a.).

_____, Registro: 2012363, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.).

_____, Registro: 2014218, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 42, Mayo de 2017, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Común, Tesis: 2a./J. 41/2017 (10a.).

_____, Registro: 2016600, Instancia: Plenos de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 53, Abril de 2018, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: PC.I.P. J/43 P (10a.).

_____, Registro: 2014800, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 45, Agosto de 2017, Tomo I, Materia(s): Penal, Tesis: 1a./J. 35/2017 (10a.).

_____, Registro: 2016320, Instancia: Plenos de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 52, Marzo de 2018, Tomo II, Materia(s): Común, Penal, Tesis: PC.II.P. J/7 P (10a.).

_____, Registro: 2015127, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, Septiembre de 2017, Tomo I Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a./J. 34/2017 (10a.).

_____, Registro: 2017234, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 55, Junio de 2018, Tomo IV, Materia(s): Penal, Tesis: I.1o.P. J/3 (10a.).

_____, Registro: 2015231, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 51/2017 (10a.).

_____, Registro: 2017641, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 17 de agosto de 2018 10:25 h, Materia(s): (Penal), Tesis: 1a./J. 27/2018 (10a.).

_____, Registro: 2017640, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 17 de agosto de 2018 10:25 h, Materia(s): (Común, Penal), Tesis: 1a./J. 28/2018 (10a.).

_____, Registro: 2011698, Instancia: Plenos de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 30, Mayo de 2016, Tomo III, Materia(s): Común, Penal, Tesis: PC.XVIII. J/15 P (10a.).

_____, Registro: 2017728, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 31 de agosto de 2018 10:39 h, Materia(s): (Penal), Tesis: XVII.1o.P.A. J/19 (10a.).