

**OBEDÉZCASE, PERO NO SE CUMPLA. EL CASO DE LA
JURISPRUDENCIA 1a./J. 35/2017 QUE ESTABLECE QUE EN
EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO NO ES
EXIGIBLE EL ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS,
NORMATIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL**

*Obey, But Do Not Comply. The Case of The Jurisprudence 1a./J.
35/2017 Which Establishes That the Analysis of The Objective,
Normative and Subjective Elements of The Criminal Type Is Not
Required in The Order of Committal to Trial*

Javier GÓMEZ CERVANTES*

DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v12i23.438>

Sumario

I. Introducción II. Breve referencia al auto de vinculación a proceso III. El hecho que la ley señala como delito. La necesidad de un enfoque desde el derecho sustantivo y procesal IV. El auto de formal prisión y su análisis desde el derecho sustantivo penal V. El tipo penal: sus elementos objetivos, subjetivos y normativos VI. ¿Qué corriente dogmática tiene nuestro ordenamiento vigente respecto a la ubicación de los elementos objetivos, subjetivos y normativos de la descripción típica? VII. Los aspectos controversiales de la jurisprudencia 1ª. J. 35/2017 VIII. El estándar probatorio como un aspecto esencial del auto de vinculación a proceso IX. Conclusiones X. Referencias

Resumen: El Máximo Tribunal de Justicia del país ha establecido que el juicio de tipicidad y por ende el estudio de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal no debe ser propio de auto de vinculación a proceso, sino de la sentencia definitiva en el proceso penal. El presente trabajo de investigación tiene como objeto establecer la problemática que se suscita de prescindir del estudio de tales elementos en dicha etapa procesal.

Palabras clave: Auto de vinculación a proceso; hecho que la ley señala como delito; elementos del tipo; estándar probatorio.

Abstract: The Supreme Court of Justice of the country has established that the judgment of the criminal nature and therefore the study of the objective, subjective and normative elements of the criminal type should not be part of the formal accusation (order of committal for trial), but of the final judgment in the criminal proceeding. The purpose of this research

* Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Profesor de la materia de derecho procesal penal II en la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Guanajuato. Profesor de Derecho Penal Juvenil en la Maestría en Ciencias Jurídico Penales de la Universidad de Guanajuato. Contacto electrónico: javiergomex@gmail.com

work is to establish the problem that arises from dispensing with the study of such elements in said procedural stage.

Keywords: Order of Committal for Trial; Act That the Law Indicates as A Crime: Elements of The Type; Evidentiary Standard.

I. Introducción

La frase que da origen al presente trabajo de investigación fue acuñada en el siglo XIV por las Cortes de Burgos y Briviesca. Se aplicaba en las Indias españolas y se generalizó durante siglos para dejar sin efectos alguna norma promulgada por el rey, cuando suponía una vulneración de las leyes o fueros propios, normas, usos o costumbres o a la justicia. De esta manera la autoridad real quedaba salvaguardada y las normas del lugar, que allí se consideraban justas, seguían rigiendo con plena eficacia.

Desde nuestra perspectiva, es válido preguntarnos si es posible en la actualidad recurrir al empleo de semejante frase, específicamente en un fallo emitido por la Suprema Corte de Justicia (SCJN) en vía de Contradicción de Tesis. Lo anterior, tomando en consideración que la resolución en comento es de carácter vinculante y obligatoria por constituir jurisprudencia, en los términos del artículo 217 de la Ley de Amparo ¹.

Se trata de la Jurisprudencia 1a./J. 35/2017, en donde el Pleno de la SCJN sostuvo que al emitirse un auto de vinculación a proceso no se exige el análisis de los elementos objetivos, normativos y/o subjetivos de la descripción típica, porque su análisis es propio de la sentencia definitiva y no de esa determinación de plazo constitucional en la que únicamente se requiere establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito.

II. Breve referencia al auto de vinculación a proceso

El auto de vinculación a proceso es un instituto propio del sistema acusatorio mexicano, que no tiene existencia en ningún otro sistema procesal y constituye un resabio del

¹ Dispositivo que establece: “La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, con excepción de la propia Suprema Corte”.

antiguo modelo procesal inquisitivo-mixto, como se expresa literalmente en la exposición de motivos de la reforma constitucional mexicana².

El auto de sujeción a proceso en el modelo en abandono, significaba que existían elementos para continuar el proceso e implicaba per se afectaciones a la libertad personal del procesado, al obligar a este a comparecer periódicamente ante el juez, existiendo casos en que la resolución decretada constituía un auto de formal prisión, en aquellos delitos sancionados con pena privativa de libertad, restricción que no obstante podía ser sustituida por una caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo en determinados delitos que la ley secundaria establecía como no graves.

Sin embargo, en un sistema acusatorio, en realidad una resolución de esta naturaleza carece de sentido, ya que no existe necesidad de que un juez decreta que existen elementos para continuar la investigación complementaria por parte del ministerio público. En todo caso, como lo precisa la exposición de motivos de la reforma constitucional, la formulación de la imputación, en donde se precisan los cargos que pesan en contra el imputado, permitiría cumplir con la finalidad de que este sepa cuáles son los hechos delictivos que se le atribuyen para que pueda ejercer su derecho de defensa, permitiendo además que la autoridad judicial controle las actuaciones del fiscal, en lo que se conoce como la formalización de la causa³.

Ahora bien, independientemente de que estemos o no de acuerdo con la subsistencia de la figura del auto de vinculación a proceso, lo cierto es que en nuestro contexto tiene

² CÁMARA DE DIPUTADOS, Dictamen de 1ª Lectura, 1ª Vuelta, 12 de diciembre de 2007, p. 134, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> Donde se señala: “En esta reforma se modifica el nombre del tradicional auto de sujeción a proceso para sustituirlo por el auto de vinculación a proceso. La idea de sujeción denota justamente una coacción que por lo general lleva aparejada alguna afectación a derechos, en cambio, vinculación únicamente se refiere a la información formal que el Ministerio Público realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el juez intervenga para controlar las actuaciones que pudieran derivar en la afectación de un derecho fundamental”.

³ Lo anterior, más aún que en el caso de que el ministerio público no presente suficientes elementos al juez para vincular a proceso a una persona, el dictado del auto de no vinculación a proceso no tendría trascendencia alguna, ya que el fiscal podría continuar con la investigación y perfeccionarla, formulando posteriormente una nueva imputación, salvo que en dicho auto se decreta el sobreseimiento, como lo enuncia el segundo párrafo del artículo 319 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).

una gran importancia porque fija la *litis* fáctica del caso al implicar que necesariamente el proceso deberá seguirse por el hecho o los hechos establecidos en dicha resolución, tal como lo establece expresamente el artículo 19 constitucional. Además, constituye un presupuesto indispensable para el dictado de las medidas cautelares que lleguen a dictarse en diversa resolución, como lo dispone la fracción II del artículo 154 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).

Cabe destacar que en otras legislaciones en las que rige el sistema acusatorio, a pesar de no contar con el auto de vinculación a proceso, se exigen precisamente los mismos requisitos contenidos en dicha resolución como presupuesto para decretar una medida cautelar, aunque a diferencia de México, prescinden de una resolución independiente para su análisis. Por ejemplo, el Código Procesal Penal Federal Argentino, que dispone en el artículo 220 que al solicitar la imposición de una o varias de las medidas de coerción se deberá acreditar, entre otros requisitos, que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en este, y justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a las personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación o la realización de un acto concreto del proceso.

En Chile, para dictar la prisión preventiva como medida cautelar, el artículo 140 del Código Procesal Penal exige los requisitos consistentes en que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga, que existen antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y que existen antecedentes para que esta medida garantice el éxito en la investigación o que la libertad del procesado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

De esta manera, el presupuesto de toda medida cautelar es que se colmen dos requisitos esenciales: datos para soportar el supuesto material, también llamado apariencia del buen derecho o *Fumus Boni Iuri*, y la existencia de un riesgo procesal. Respecto al primero de los requisitos en mención, significa que deben existir suficientes elementos para restringir la libertad o el patrimonio del imputado, tratándose de una

condición *sine qua non* para la medida restrictiva de libertad; se trata de la “razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible”⁴. Así lo ha dejado establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁵, al establecer que:

para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga [...] la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también se ha pronunciado sobre el particular en variadas ocasiones⁶. En otras palabras, nuestro orden jurídico exige la apariencia del buen derecho o existencia del supuesto material para la procedencia de las medidas cautelares⁷, aunque exige estos requisitos en una resolución previa e independiente, esto es en el auto de vinculación a proceso, ya que de conformidad con el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) para su dictado se requiere:

1. Datos de prueba aportados por el ministerio público, de los que se establezca se ha cometido un hecho que la ley señala como delito.

⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso de habeas corpus*, Madrid, Civitas, 1985, p. 65.

⁵ *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*, párrafos 101 a 103.

⁶ Como en el *Caso Fox, Campbell y Hartley vs. Reino Unido*, sentencia de 30 de agosto de 1990, fundamento jurídico 32, al destacar: “La racionalidad de las sospechas en que se funde una detención es una parte fundamental de la protección que proporciona el artículo 5.1. c) contra las privaciones de libertad arbitrarias. El Tribunal, de acuerdo con la Comisión y con el Gobierno, entiende que la existencia de sospechas (o indicios) racionales presupone la de hechos o informes adecuados para convencer a un observador imparcial de que el individuo de que se trate pueda haber cometido el delito. Sin embargo, lo que puede considerarse racional dependerá del conjunto de las circunstancias”.

⁷ Precisamente, como lo establece la exposición de motivos de la reforma constitucional, señalada previamente, al establecer: “Se continuará exigiendo, no obstante, acreditar el supuesto material.”

2. Que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. De esta forma, en nuestro país, el supuesto material se determina en el proveído denominado auto de vinculación a proceso, mientras que el riesgo procesal se analiza al momento de estudiarse la procedencia de la medida cautelar, en el entendido de que en otras latitudes el análisis de todos estos requisitos se establece conjuntamente en la propia medida cautelar.

III. El hecho que la ley señala como delito.

La necesidad de un enfoque desde el derecho sustantivo y procesal

Como se ha precisado en líneas anteriores, la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH respecto a los requisitos de la apariencia del buen derecho como presupuesto del dictado de una medida cautelar —considerados en nuestro contexto requisitos para la procedencia del auto de vinculación a proceso— se han identificado con cuestiones de derecho procesal, atinentes al establecimiento de indicios suficientes para suponer razonablemente que la persona sometida a proceso participó en el delito investigado.

En nuestro contexto, históricamente, la línea jurisprudencial marcada por la SCJN al establecer el concepto cuerpo del delito como requisito para la procedencia del auto del auto de formal prisión, se definió desde una perspectiva procesal, pero también desde la óptica de la teoría del delito. La jurisprudencia 1a./J. 35/2017 que aquí se analiza, parecería desde una primera aproximación desmarcarse de esa línea interpretativa y aproximarse a establecer la necesidad de que exista un estándar probatorio que debe colmarse en la vinculación a proceso, al indicar en su rubro que es preciso que se encuadre la conducta en un tipo penal en forma razonada⁸.

Sin embargo, al no establecerse en este nuevo paradigma constitucional cuál es en concreto el contenido del hecho que la ley señala como delito propio de la vinculación a

⁸ De rubro: 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), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 45, agosto de 2017, Tomo I, p. 360.

proceso, y señalarse que no es exigible que el objeto de prueba en esta etapa procesal recaiga sobre los elementos objetivos, normativos y subjetivos de la descripción típica, paradójicamente ha ocasionado problemas de interpretación en los tribunales al momento de aplicar dicha jurisprudencia. Esto se debe a que supondría entonces que no se requiere colmar el elemento tipicidad, categoría del delito a la que pertenecen dichos elementos. De esta manera surgen las siguientes dudas: ¿sobre qué aspectos se debe enfocar la prueba? ¿bajo qué metodología se puede establecer el encuadramiento en un determinado tipo penal?

Lo anterior es espacialmente relevante, ya que absolutamente todos los tipos penales cuentan con elementos de carácter objetivo, como han coincidido todas las corrientes doctrinales que se han enfocado en sistematizar las distintas categorías del delito. Además, la corriente actual que sigue nuestro ordenamiento vigente precisa el análisis del dolo y la culpa, elementos eminentemente subjetivos dentro del concepto tipicidad, como se desarrollará en este trabajo. Sin embargo, otros tipos penales contienen elementos subjetivos distintos del dolo, y algunos tipos penales exigen para su actualización elementos normativos, de tal suerte que, sin su estudio, no es posible que se pueda realizar el mencionado encuadramiento, que desde nuestra óptica equivale a un verdadero juicio de tipicidad.

Desde esta perspectiva, el análisis del auto de vinculación a proceso amerita que su naturaleza y alcances se definan también a partir de un enfoque propio del derecho sustantivo penal. Esto es especialmente relevante, ya que dicha jurisprudencia enfatiza las diferencias de este instituto con relación al concepto *cuerpo del delito* propio del sistema procesal en abandono⁹, que precisamente fue definido con base en el desarrollo de la teoría del delito.

⁹ Establece en su texto la jurisprudencia en cita: “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”.

IV. El auto de formal prisión y su análisis desde el derecho sustantivo penal

El desarrollo histórico del concepto cuerpo del delito, propio de nuestra tradición jurídica nacional, es de larga data y su concepción ha evolucionado en la jurisprudencia. Si bien esta institución ha estado presente en los Códigos Procesales Penales y se dirigió en un principio a establecer cuáles diligencias de investigación tendrían que realizarse para investigar y comprobar un delito, posteriormente se ha ligado con el derecho sustantivo penal, dado que su conceptualización se ha dado con fundamento en los elementos del delito que deberían acreditarse en esta etapa procesal.

Este concepto aparece en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1880, con una redacción por cierto muy similar a la existencia de datos en los que se establezca se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, que precisa el artículo 19 de la CPEUM actual. El artículo 121 de dicho ordenamiento establecía¹⁰ que la “base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho o la de una omisión que la ley reputa delito: sin ella no puede haber procedimiento ulterior”. Por su parte, el artículo 122 aludía a los actos que debía desarrollar el juez de instrucción para dicha comprobación¹¹, por lo que se identifica con las actuaciones a realizar por parte de la autoridad en la investigación.

Este instituto se consagró en el artículo 19 de la CPEUM como base para el dictado del auto de formal prisión. La SCJN en el año de 1930 precisó su naturaleza: “Por cuerpo del delito no debe entenderse el delito mismo [...] requiriéndose, por tanto, para que exista delito, elementos psicológicos o subjetivos; mientras que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos, físicos o externos que constituyan

¹⁰ Disponible en <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080042645/1080042645.PDF>

¹¹ “Todo juez que adquiera conocimiento de que se ha cometido un delito, si el objeto material sobre el cual ha sido cometido existe, deberá hacer extender una acta [sic] en que se describan minuciosamente los caracteres [sic] y señales que presente la lesion [sic], ó los vestigios que el delito haya dejado, el instrumento ó medio con que probable ó necesariamente haya debido cometerse, y la manera en que se haya hecho uso del instrumento ó medio para la ejecución del delito. El objeto sobre que éste haya recaído, se describirá de modo que queden determinadas su situacion [sic] y cuantas circunstancias puedan contribuir á [sic] indagar el origen [sic] del delito, así como su gravedad y los accidentes que lo hayan acompañado”

el delito, con total abstracción de la voluntad o el dolo, que se refieren solo a la culpabilidad”¹².

Se advierte entonces que, en dicha jurisprudencia, el concepto de cuerpo del delito se relaciona con la porción del delito que es materia de demostración en esta etapa procesal. Cabe destacar que, en ese entonces, el tipo penal estaba compuesto por elementos objetivos exclusivamente, de ahí que el cuerpo del delito se asoció con la tipicidad, pero esta prescindió de elementos subjetivos¹³, razones por las cuáles el dolo y la culpa quedaron sujetos a análisis hasta la sentencia, dado que se trataba del momento procesal en que se analizaba la culpabilidad. De esta forma, la jurisprudencia de mérito se sustentó en la teoría psicológica de la culpabilidad, que conceptualizaba el delito desde esa óptica, acorde a la codificación penal vigente en ese momento.

No obstante, esta corriente doctrinal en la que el delito tiene dos componentes: uno externo, que se identificaba con la antijuridicidad, mientras que la parte interna se atribuyó a la culpabilidad, actualmente se encuentra en desuso¹⁴. Su fracaso se debió a que no pudo dar solución a los casos de culpa inconsciente en los que no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y la lesión¹⁵.

Posteriormente, surge la teoría normativa, en la que la culpabilidad se entiende como un juicio de reproche por la realización del hecho cuando al agente le era exigible obrar conforme al derecho, aunque ello no trajo consigo que bajo esta concepción el dolo y la culpa no siguieran formando parte de la culpabilidad, sino que ambos elementos dejan de verse como la culpabilidad misma, considerándose entonces aspectos necesarios, pero no suficientes de esta categoría jurídica.

¹² *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XXVIII, 14 de enero de 1930, p. 209. Ponente: Aguilar Anastasio.

¹³ El dolo y la culpa, así como los elementos subjetivos distintos del dolo fueron incluidos en el tipo penal hasta la teoría final de la acción desarrollada posteriormente.

¹⁴ Para esta corriente, defendida por autores como Liszt & Beling, identificados como de la corriente clásica, la culpabilidad constituye la relación subjetiva existente entre el hecho y su autor y dicha relación únicamente puede concebirse como de carácter psicológico, razones por las que el análisis de todos los componentes subjetivos del delito debería corresponder a dicha categoría jurídica.

¹⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 7ª Ed., Lanús Argentina, B de F, 2004, p. 530. Al referir que dicha modalidad delictiva se caracteriza por la falta de representación de su posibilidad (desconocimiento del peligro).

Dados los problemas originados por estas corrientes del pensamiento, las aportaciones del finalismo, principalmente por obra de Welzel, hacen surgir el concepto puramente normativo de la culpabilidad. Para esta teoría, la parte subjetiva del hecho deja de ser parte de la culpabilidad, con lo que se abandona por completo la teoría psicológica. En estos términos, en el finalismo, la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico¹⁶.

Para el finalismo entonces, el dolo y la culpa son parte integrante del tipo penal y es entonces en esta categoría en donde se deben analizar estos elementos. Según esta corriente, la tipicidad se compone de dos categorías: tipicidad objetiva que comprende la acción, el resultado, el nexo causal, los sujetos activo y pasivo, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, el objeto material y los elementos objetivos y normativos, así como tipicidad subjetiva que se divide en dolo, culpa y elementos subjetivos específicos distintos del dolo.

96

En 1993 se reformó el artículo 19 de la CPEUM para sustituir en el auto de formal prisión el concepto *cuero del delito* por el de *elementos del tipo penal*, estimándose que existía la necesidad de acreditar en esta fase procesal el conjunto de elementos objetivos del tipo penal. Se consideró que la acreditación de los elementos subjetivos o normativos sería necesaria sólo cuando la ley los incorporara. Para acreditar la responsabilidad probable, se determinó que se consideraría doloso o culposo el delito según lo que se dedujera de los medios probatorios existentes,

En 1999, se llevó a cabo una contrarreforma a la CPEUM, en la que se retomó el concepto de *cuero del delito* con el objetivo de disminuir los requisitos para la procedencia de las órdenes de captura y autos de formal prisión. Así, en lugar de atender a la reducción del estándar probatorio para la demostración de los elementos del tipo penal, se estimó que, dada la dificultad probatoria para la demostración del dolo, su estudio quedaba reservado hasta el dictado de la sentencia y, por lo tanto, en el auto de

¹⁶ CERESO MIR, José, "La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos. Introducción", en KAI, Ambos & HENNING, Radke (coord.), *Estudios Filosófico-jurídicos y penales del Prof. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, Editorial Jurídica de Chile, enero de 2009.

formal prisión sólo se debería atender a los elementos objetivos, lo que constituyó una regresión a la teoría psicológica de la culpabilidad.

Posteriormente, en la jurisprudencia por contradicción 114/2001-PS¹⁷, la Primera Sala de la SCJN precisó que debían analizarse los elementos objetivos, subjetivos y normativos en el cuerpo del delito. De esta forma —bajo el concepto cuerpo del delito y en su momento elementos del tipo penal—, se estableció que, para la procedencia del auto de formal prisión en el sistema inquisitivo-mixto, había que analizar los elementos objetivos, subjetivos y normativos de la descripción típica. Sobre el particular, la jurisprudencia 1a./J. 35/2017 que aquí se analiza en cambio, establece que estos elementos no forman parte del hecho que la ley señala como delito, pretendiendo con ello flexibilizar los contenidos del auto de vinculación a proceso¹⁸.

V. El tipo penal: sus elementos objetivos, subjetivos y normativos

Para tener una mejor perspectiva de los alcances de la jurisprudencia nacional que interpreta el concepto hecho que la ley establece como delito y lo que no es exigible analizar en este momento procesal, es imprescindible atender al concepto de tipo penal y sus elementos. De acuerdo con Mir Puig¹⁹, un hecho es penalmente típico cuando se halla previsto por la ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito, lo que asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino sólo los que constituyen un tipo de delito.

De esta manera, constituye una obligación del Estado, el describir en forma precisa las acciones u omisiones que son consideradas como delictivas y la consecuencia jurídica

¹⁷ Del rubro “AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EN ÉL DEBEN INCLUIRSE LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO, SIN PERJUICIO DE QUE TAMBIÉN SE EXAMINEN EN LA SENTENCIA QUE AL EFECTO SE DICTE”.

¹⁸ Establece en su texto que se trata de evitar que en el plazo constitucional se adelante el juicio: “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”.

¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 148.

aplicable, de tal suerte que cada legislación debe establecer con claridad y bajo el principio de taxatividad, las características básicas estructurales de cada tipo penal, indicando entonces cuáles son los comportamientos que deben ser sancionados, en el entendido que si una conducta humana no se ajusta al tipo penal vigente, no podrá ser reprimida.

Los tipos penales contienen distintos elementos que los diferencian entre sí. Todos los tipos penales se conforman por elementos objetivos o descriptivos, que son aquellos que se perciben a través de los sentidos, como el verbo típico (apoderarse en el robo, privar de la vida en el homicidio) o las circunstancias de tiempo, modo y ocasión en que se cometió el evento delictivo. El dolo y la culpa son parte integrante del tipo penal, de acuerdo con la concepción finalista que sigue el CNPP (sobre lo que se hará referencia en líneas posteriores). El artículo 8° del CPF establece que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. Además, existen conductas delictivas que solamente pueden cometerse dolosamente, como el robo, el fraude o el abuso de autoridad. El dolo puede definirse como la conciencia y voluntad de cometer un delito, mientras que la culpa o imprudencia es atribuible a quien produce un resultado típico que no previó siendo previsible o que previó confiando en que no se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales.

En ocasiones, en forma expresa o de forma implícita, los tipos penales contienen elementos subjetivos específicos distintos del dolo, como cuando se alude a especiales condiciones psicológicas propias del agente al momento del hecho delictivo. También es posible que el tipo penal contenga elementos normativos, entendidos como aquellos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.

Cabe distinguir entre elementos normativos jurídicos y elementos normativos sociales, siendo que ambos pueden, a su vez, subdividirse en elementos referidos a una valoración y elementos referidos a un sentido porque consigna elementos que entrañan valores, ya sean jurídicos o culturales²⁰. Por ejemplo, cuando se habla de documento en el delito de falsificación, debemos acudir a estándares más allá de la mera percepción de

²⁰ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 232.

los sentidos a efecto de estimar si un determinado objeto electrónico tiene las características propias que lo hacen tener dicha calidad.

VI. ¿Qué corriente dogmática tiene nuestro ordenamiento vigente respecto a la ubicación de los elementos objetivos, subjetivos y normativos de la descripción típica?

El desarrollo de la teoría del delito no constituye un mero formalismo ni un simple estudio dogmático para fines de las cátedras en materia penal. Por el contrario, el contenido de las distintas corrientes doctrinales se ha trasladado a los Códigos Penales, formando parte del derecho positivo aplicable.

La teoría del delito se ha enfocado en sistematizar, clasificar y categorizar los distintos aspectos esenciales comunes a todas las formas de aparición de las conductas delictivas, lo que tiene enorme relevancia para dar una respuesta justa a los problemas jurídicos que se presentan cotidianamente, ya que la solución dependerá precisamente del posicionamiento adoptado, en el entendido de que las distintas doctrinas se han encargado de establecer los componentes de cada categoría del delito, a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Es importante señalar que el artículo 406 del CNPP sistematiza los distintos componentes del delito, partiendo desde sus elementos negativos, estableciendo las causas de atipicidad, justificación o inculpabilidad. Si bien es cierto, este dispositivo ha sido criticado porque contiene cuestiones relativas al derecho sustantivo penal, cuando la facultad otorgada al Congreso de la Unión fue para legislar en materia procesal penal, en virtud del artículo 73 fracción XXI inciso c) de la CPEUM, esto no lo vuelve un obstáculo para que se aplique el contenido de dicho dispositivo, en virtud de la derogación tácita de todo aquello que se oponga a tal ordenamiento, en los términos de su artículo 4° Transitorio.

De esta manera, atendiendo al tratamiento que se da a las distintas categorías del delito previstas en el artículo 406 del CNPP desde sus aspectos negativos, se desprende que el estudio de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal corresponden a la tipicidad y cuando falte alguno de ellos, la conducta será atípica. Al

respecto, señala expresamente el numeral precitado que son causas de atipicidad: la falta de alguno de los elementos del tipo penal.

Para que una conducta sea considerada dolosa, se requiere determinar si el agente conoce lo que hace. En este sentido, el referido artículo 406 del CNPP no deja duda de que ubica el dolo en el tipo, porque establece como causas de atipicidad: 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.

El error es una falsa apreciación de la realidad. Se trata de una disonancia entre lo que el sujeto activo se representa y lo que ocurre en el plano fáctico, razones por las cuál es el error de tipo conforme a dicho dispositivo excluye precisamente el dolo, ya que recae sobre los elementos que integran la acción típica ²¹.

De esta manera, siguiendo la sistemática del CNPP, el dolo y por ende la culpa, no son elementos integrantes de la culpabilidad, sino del tipo penal, y por tanto el análisis de estos elementos no debería reservarse para la sentencia, por lo que entonces, es claro que dicho ordenamiento legal se adhiere a la concepción finalista del delito.

Consolida lo anteriormente expuesto, el hecho de que, quien a ejecuta una acción delictiva, con conocimiento de que está realizando la acción, sin saber que se trata de un hecho prohibido por la ley, en realidad estaría actuando dolosamente, aunque el desconocimiento de la ilicitud en este caso no sería un problema de dolo, sino de la culpabilidad ²².

En atención a lo que señala el artículo 406 del CNPP, esta clase de error entonces, lejos de atacar la tipicidad, se constituye como una causa de inculpabilidad. El error de prohibición puede ser directo, que significa el desconocimiento de la prohibición respecto a la norma penal vulnerada, e indirecto, que se actualiza cuando el sujeto actúa

²¹ Así, cuando el cazador dispara sobre otro cazador al confundirlo con su presa, estaríamos hablando de una falsa percepción de la realidad que incide sobre el dolo y dependerá de las circunstancias precisas en que se verificó el suceso, por ejemplo, su experiencia, la distancia, la visibilidad, la posición en que se encontraba la víctima, para poder estimar si estuvo en condiciones o no de sustraerse del error para considerar si el mismo es de carácter vencible o invencible.

²² Por ejemplo, el que dispara a un animal sin saber que se trata de una especie protegida y cuya conducta está sancionada por la ley como delito.

con un error sobre la existencia, límites o los presupuestos fácticos de una causa de justificación, es decir, cuando conoce la prohibición penal, pero piensa que dadas las circunstancias puede realizarla.

Diferenciar si en el caso se actualiza un error de tipo o de prohibición es sumamente importante.

Nos limitaremos a señalar que el error de tipo vencible solamente es susceptible de sancionarse cuando el tipo penal prevea su comisión culposa, en consonancia con el artículo 66 del CPF. De esta manera cuando el agente se apodera de un automóvil ajeno creyendo que era el suyo y podría haberse sustraído del error, habrá una causa de exclusión del delito en los términos del artículo 15 fracción VIII inciso a) del CPF que impediría que se dictara en contra del activo auto de vinculación a proceso, de conformidad con la fracción IV del artículo 316 del CNPP, porque el robo no admite comisión culposa.

En cambio, de estar en presencia de un error de prohibición vencible, ello no impediría que en contra del imputado se dictara auto de vinculación a proceso, porque ello lejos de excluir el delito, podría resultar en una pena atenuada para la conducta, de tal suerte que su incidencia tendría efectos en la sentencia, al determinarse el grado de reprochabilidad atribuible al agente.

En conclusión, siguiendo la normativa vigente, no es otra categoría del delito sino la tipicidad, en donde debe analizarse el dolo o en su caso la culpa y en su caso el correspondiente error de tipo, siguiendo la misma suerte el análisis de los elementos subjetivos distinto al dolo y en su caso los elementos normativos que contenga el tipo penal, en atención a la corriente finalista en la que está basado nuestro CNPP.

VII. Los aspectos controversiales de la jurisprudencia 1a./J. 35/2017

El hecho de que la SCJN sostuviera que el hecho que la ley señala como delito propio del auto de vinculación a proceso no exige el análisis de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal y que además el juicio de tipicidad sólo es propio de la sentencia y no de etapas anteriores a la misma, trae consigo varias dificultades.

Lo anterior, porque en principio, si por juicio de tipicidad entendemos que la autoridad judicial establezca que existe una correspondencia entre lo que el agente ha

realizado y un determinado tipo penal descrito en la ley, es indispensable efectuar este ejercicio tanto en la orden de aprehensión como en el auto de vinculación a proceso necesariamente.

De esta manera, de resultar afirmativo el juicio de tipicidad, habrá lugar a establecer que estamos en presencia de una conducta típica y en sentido contrario, de ser negativo este juicio, resultará una conducta atípica, ante la ausencia de tipicidad²³. De prescindir del juicio de tipicidad en la vinculación a proceso y por lo tanto del análisis de los elementos objetivos, subjetivos y normativos de la descripción típica:

¿Cómo podemos establecer que hay un robo si no hay un apoderamiento? (elemento objetivo del tipo) ¿qué caso tendría vincular a proceso a una persona, si el hecho no es doloso ni culposo? (elementos subjetivos del tipo) ¿cómo encuadrar la conducta de la persona que priva de la libertad a otro con el propósito de obtener un rescate? (elemento subjetivo del tipo distinto del dolo) y ¿cómo establecer que hay la vulneración del medio ambiente porque el sujeto activo desatendió la normativa ambiental vigente a la que nos remite el propio tipo penal? (elemento normativo del tipo penal)

Consecuentemente, el auto de vinculación a proceso no podría prescindir del análisis de los elementos objetivos y subjetivos (dolo o culpa), porque son necesarios e imprescindibles para que se pueda colmar la tipicidad, de manera que al no estar presentes ya sea uno u otro, estaríamos en presencia de una conducta atípica. Pero de la misma forma, es imprescindible analizar los elementos subjetivos distintos del dolo y los elementos normativos que se pueden contener en algunos tipos penales pues sin su estudio estaríamos imposibilitados para establecer si la conducta cumple con en ese tipo penal, en uno diverso o si por el contrario es atípica.

Desde nuestra perspectiva, el aspecto más trascendente que implica el dictado del auto de vinculación a proceso, de acuerdo con el artículo 19 de la CPEUM, es la intangibilidad de los hechos, libres de toda connotación jurídica, que deben estar presentes en dicha resolución, para garantizar que sean los mismos la materia de la

²³ JESCHECK, Hans & WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, España, Comare, 2002, p. 262.

acusación y de la sentencia, por ejemplo: que el día 16 de abril de 2021 A atropelló a B causándole la muerte instantánea.

De esta forma, se garantiza que la materia del proceso y en su caso del juicio oral y de la sentencia que llegue a dictarse será por tales hechos y personas y no otros.

Sin embargo, la clasificación jurídica que le demos a ese hecho, el encuadramiento que se realice sobre el particular, el juicio de tipicidad provisorio es igualmente importante, pero a diferencia del hecho, es susceptible de modificación a lo largo del proceso y esta clasificación no depende de otra cosa que de los datos de prueba que sean allegados en el momento procesal en que nos encontremos para tener por acreditado un determinado tipo penal. Porque en el supuesto analizado, es probable que los datos de prueba recabados por el fiscal en el auto de vinculación a proceso permitían establecer en ese momento que ese atropellamiento fue debido a que A infringió los deberes de cuidado que estaban a su cargo y de esta forma A, imprudentemente ocasionó el atropello. Pero ¿qué sucedería si con los datos de prueba recabados por el Fiscal en la investigación complementaria se demuestra que A y B eran enemigos acérrimos, que A había amenazado con matar a B en cualquier lugar que lo encontrara y que los testigos refieren que A aceleró su vehículo cuando B cruzó la calle?

Es posible entonces que la clasificación jurídica originalmente planteada en el auto de vinculación a proceso sea divergente de la establecida en la sentencia, aunque se trate de los mismos hechos materia del proceso.

No en vano, el artículo 141 del CNPP establece que en la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público al solicitar la respectiva orden de comparecencia o aprehensión, 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 correspondiente²⁴.

²⁴ Por su parte, el artículo 335 del CNPP, precisa que 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. Además, 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 como lo dispone el numeral 398 del CNPP.

De esta manera, el juicio de tipicidad que se realiza respecto a unos mismos hechos es susceptible de variar, tanto en la orden de aprehensión, auto de vinculación a proceso y sentencia, en atención a lo que nos señala el CNPP, en el entendido que, conforme a la sistemática de dicho ordenamiento, es posible que se trate precisamente de la prueba aportada sobre elementos objetivos, subjetivos o normativos lo que pueda dar origen a dicha reclasificación jurídica.

Pero, además, existe otra razón no menos importante para asegurar la presencia del análisis de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal en la vinculación a proceso y por lo tanto estimar satisfecho el requisito de tipicidad: el principio de presunción de inocencia²⁵, que entre otras consideraciones implica que la carga de demostrar los hechos de una determinada pretensión punitiva corresponde al órgano acusador.

En el entendido de que ni los elementos objetivos, ni los normativos, ni mucho menos el dolo o la culpa se presumen, esto era así en el pasado con el CPF de 1931 antes de su reforma²⁶ en 1984.

Y es que tanto el dolo como la culpa, que algunos autores prefieren llamar imprudencia para que no se confunda con el término culpabilidad, son elementos de carácter eminentemente subjetivo, cuya acreditación si bien plena se efectuará en la sentencia, sin embargo, ameritan estar soportados en los datos de prueba que presente el órgano acusador en la vinculación a proceso²⁷.

Sobre el particular y con referencia también al principio de presunción de inocencia, recordemos que la CPEUM establece varios delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, tales como el homicidio doloso. De esta forma, si como se ha precisado, el auto de vinculación a proceso es un presupuesto que necesariamente debe colmarse para la

²⁵ Garantizado por la propia Carta Magna, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

²⁶ Artículo II: La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_orig_14ago31_ima.pdf

²⁷ Respecto a la imprudencia, MIR PUIG señala: “La parte subjetiva del tipo requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante”. MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 289.

adopción de medidas cautelares, ¿cuál sería el fundamento para que el juez procediera a decretar la prisión preventiva oficiosa en un caso de homicidio? el ministerio público necesariamente tendría que aportar elementos mínimos al juez para establecer que el activo actuó dolosamente.

Pero, además, no puede soslayarse que existen casos en los que para establecer si una persona actuó con dolo o culpa, será una línea demasiado delgada, el establecer si se actualiza en ese momento procesal uno u otro supuesto; la cuestión es que el pronunciamiento de la autoridad judicial respecto a si estamos en presencia de dolo o culpa en la vinculación a proceso es innegable²⁸.

En el caso de la justicia juvenil sucede una cuestión similar. Si bien en esta materia no existe la prisión preventiva oficiosa, no menos cierto es que para dictar la medida cautelar de internamiento preventivo, el delito acreditado en el auto de vinculación a proceso debe estar comprendido en el artículo 164 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJA) y en el caso solamente el homicidio doloso, excluyendo el culposo, permite una medida cautelar de esa naturaleza extrema.

Respecto a los elementos subjetivos distintos del dolo, tenemos el caso de un sujeto que se encuentra en posesión de un narcótico sin el permiso de la autoridad correspondiente. Para estar en condiciones de establecer si estamos en presencia de una posesión simple o una posesión con fines de venta, necesariamente tenemos que atender a los datos de prueba que aporte del fiscal al juez para que éste se decante sobre el encuadramiento respecto a un tipo penal u otro y lo mismo puede decirse de las distintas agravantes o calificativas que contienen algunos tipos penales, como la ventaja, en el homicidio o lesiones, actualizándose dicha agravante solamente cuando el activo tiene

²⁸ Como ejemplo, tenemos el caso de un sujeto que roba un vehículo de motor y se lo lleva manejando por las calles de la ciudad. Al conducir por una transitada avenida le es marcado el alto por una patrulla de policía que identifica que se trata del vehículo recientemente robado. El sujeto se da a la fuga a toda velocidad pasándose 6 semáforos que le marcan el alto y al séptimo semáforo en rojo que evade, se impacta contra un automotor en el que viajan dos personas y cuyo semáforo les daba el paso, muriendo sus ocupantes. En el caso de los daños y los homicidios, tendría que establecerse si estamos en presencia de dolo eventual o de culpa consciente. En un caso similar el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, c. 79.752. “S., Claudio Luciano s/recurso de casación” del 1/6/17, estimó la existencia de dolo eventual.

consciencia de superioridad sobre la víctima, ya que se trata de un elemento de naturaleza subjetiva.

Lo mismo puede decirse para establecer si en el auto de vinculación a proceso se actualiza la tentativa de un delito, que de acuerdo con el artículo 12 del CPF se verifica cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para encuadrar la conducta en el tipo penal de tentativa de violación, el fiscal tendrá que aportar datos para establecer que el activo tenía al momento de realizar los actos de contenido sexual en la víctima la intención de copular, pues de lo contrario se actualizará el tipo penal de abusos sexuales. Además, existe otra garantía por la cual es imprescindible el estudio de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal en la resolución de vinculación a proceso. Se trata de la necesidad de motivación de las decisiones de la autoridad como el signo más relevante y típico de la racionalización de la decisión del órgano jurisdiccional, en el entendido de que una de las funciones de la motivación es precisamente la de poner a las partes en condición de verificar si el razonamiento empleado por el juez de primer grado es defectuoso, lo que sirve para verificar posteriormente si se ha asumido una decisión correcta o no ²⁹. La CIDH adopta este punto de vista ³⁰ al establecer que la motivación demuestra a las partes que han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.

Siguiendo las ideas de la CIDH, tenemos que la motivación representa una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para salvaguardar el derecho a un debido proceso ³¹. De acuerdo

²⁹ CALAMANDREI, Piero, *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ejea, 1960, pp. 115-118.

³⁰ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*; nota 121, párr. 78.

³¹ CIDH, *Caso Chocron vs. Venezuela*, 1 de julio de 2011, fundamento jurídico 118.

con el Alto Tribunal Interamericano, por motivación debe entenderse “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”³².

En esta guisa, el deber de motivar las resoluciones representa una garantía que se vincula con la correcta administración de justicia; tiene la misión de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones suministradas por el derecho, y además otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática³³. Así, las decisiones que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias³⁴.

La CIDH ha sostenido igualmente que la argumentación de un fallo permite conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para asumir su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad³⁵. En el ámbito europeo, el TEDH ha enfatizado que una de las funciones que cumple una decisión razonada es el demostrar a las partes que han sido oídas³⁶.

En nuestro contexto, la SCJN ha puesto de relieve que la decisión que se emita en el auto de vinculación a proceso debe estar motivada, al tratarse de un acto de molestia, por lo que el imputado debe conocer las razones 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 defensa³⁷.

³² *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C núm. 170, párr. 107.

³³ *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, supra nota 121, párr. 77.

³⁴ CIDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C núm. 127, párr. 152 y 153; *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C núm. 193, párr. 153.

³⁵ *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C núm. 151, párr. 122.

³⁶ *Caso Suominen vs. Finlandia*, 1 de julio de 2003, fundamento jurídico 37.

³⁷ Tesis: 1a./J. 34/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 46, Septiembre de 2017, Tomo I, p. 125.

VIII. El estándar probatorio como un aspecto esencial del auto de vinculación a proceso

De lo aquí expuesto, es de coincidirse con el rubro de la jurisprudencia 1a./J. 35/2017, que señala que para satisfacer el requisito relativo a que la ley señale el hecho como delito, basta con que el juez encuadre la conducta en la norma penal, de manera que permita identificar las razones que lo llevan a determinar el tipo penal aplicable. Sin embargo, a pesar de que el texto de dicha jurisprudencia establezca que en la vinculación a proceso no es exigible el estudio de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, lo cierto es que para cumplir con el contenido del artículo 406 del CNPP, relacionado con el principio de presunción de inocencia y las garantía de motivación de las resoluciones judiciales, para realizar tal encuadramiento es imprescindible el análisis de dichos elementos, aunque con un estándar probatorio no tan exigente ni tan riguroso como el que se lleva a cabo en la sentencia.

108

En el entendido de que nos pronunciamos porque el estudio de tales elementos no nos debería llevar al extremo que se suscitaba en algunas audiencias, en las que para discutir la vinculación a proceso se desglosaban y explicaban pormenorizada y minuciosamente cada uno de los elementos del tipo penal y se establecía además con cuáles datos de prueba específicos se acreditaba cada elemento del tipo, dado que ello provocaba audiencias extenuantes, lo que no es propio del auto de vinculación a proceso, sin embargo se trata de un aspecto propio de la metodología de la audiencia y no sobre el objeto respecto al que debe recaer la prueba.

Sobre el particular, la jurisprudencia emitida por el Pleno en Materia Penal del Segundo Circuito del Poder Judicial de la Federación³⁸, ha precisado que el hecho de que en la vinculación a proceso el juzgador hubiese tenido por demostrados los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, no amerita la concesión del

³⁸ Tesis: PC.II.P. J/7 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 2, Marzo de 2018, Tomo II, p. 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.

amparo, ya que si la resolución reclamada soportó un estudio más profundo, 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.

No obstante, dicha jurisprudencia solamente es obligatoria en el Segundo Circuito del Poder Judicial de la Federación. Además, no sabemos si dicho criterio sea aplicable cuando la resolución reclamada sea un auto de no vinculación a proceso impugnado a instancia de la víctima en donde se alegue que se debió prescindir del análisis de tales elementos, alegándose la aplicación de la jurisprudencia 1a./J. 35/2017.

Desde nuestra perspectiva entonces, lo que debe entenderse por hecho que la ley señala como delito, equivale a que se colmen los elementos del tipo penal. La circunstancia de que sea el juicio oral la parte central del sistema acusatorio en donde se desahogue la prueba con intermediación y en una audiencia pública, contradictoria y continua, consistiendo los actos recabados por el ministerio público en simples actos de investigación y no una prueba como en el sistema inquisitivo – mixto, no debería suponer que los datos recabados en la vinculación a proceso no sean importantes para establecer si estamos en presencia o no de un determinado tipo penal.

Es imprescindible por lo tanto, atender al contenido de dichos datos de prueba, que son susceptibles de valoración, ya sea al momento de decretar una orden de aprehensión, una orden de cateo o un auto de vinculación a proceso, pues es menester precisar si la investigación del fiscal cuenta o no con los méritos suficientes para ordenar la detención de la persona, catear su domicilio o vincularlo a proceso con la consecuente medida cautelar, siendo importante aludir a lo que nos señala Horvitz, respecto a la diferencia existente entre los actos de investigación y los actos de prueba³⁹.

Precisamente en este sentido, la SCJN ha precisado que el Juez de Control, para resolver sobre la vinculación a proceso, necesariamente deberá realizar una ponderación

³⁹ Los actos de investigación son medios de averiguación del hecho punible y la participación culpable que cuando alcanzan un cierto estándar, pueden originar ciertos efectos personales y patrimoniales de carácter aseguratorio o cautelar contra una determinada persona y constituirse en el fundamento de la acusación del ministerio público, mientras que los actos de prueba propiamente dichos requieren que para que una persona pueda ser condenada o absuelta se requiere la producción de prueba en sentido estricto, en el curso del juicio oral. HORVITZ LENNON, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Tomo I, pp. 457.

de los datos de prueba que incorpore el imputado o su defensa, durante el plazo constitucional de setenta y dos horas o en su ampliación, en contradicción con los expuestos por el Ministerio Público ⁴⁰, lo que necesariamente nos debe llevar a establecer que en esta etapa procesal el juez analiza, valora, pondera los datos de prueba de la investigación y razona su decisión, lo que también precisa el Primer Tribunal Colegiado del centro auxiliar de la Segunda Región ⁴¹, al señalar que la valoración de los datos de prueba para la vinculación a proceso debe ser racional.

A pesar de que existen diferencias significativas entre el auto de formal prisión y el de vinculación a proceso, no se soslaya que tienen un mismo origen y que ambos institutos llevan consigo afectaciones en el ámbito de derechos del imputado ⁴². Además, la vinculación a proceso es el presupuesto sobre el que descansa el posterior dictado de las medidas cautelares. De tal suerte que el sistema acusatorio no debería suponer bajo ninguna perspectiva que se reduzcan las garantías del procesado con relación a las propias del modelo inquisitivo-mixto.

Por el contrario, es preciso que se colme el elemento tipicidad, para poder efectuar debidamente el encuadramiento que exige la SCJN en el rubro de la jurisprudencia de

⁴⁰ Tesis: 1a./J. 28/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 79, octubre de 2020, Tomo I, p. 260. VINCULACIÓN A PROCESO. LOS JUECES DE AMPARO NO PUEDEN SUSTITUIR AL JUEZ DE CONTROL EN LA PONDERACIÓN DE LOS DATOS DE PRUEBA INCORPORADOS POR EL IMPUTADO O SU DEFENSA, EN EL PLAZO CONSTITUCIONAL O SU DUPLICIDAD, SIN EMBARGO, SÍ PUEDEN ANALIZAR LA LEGALIDAD DE SU EJERCICIO DE PONDERACIÓN.

⁴¹ Tesis: (II Región) 10.9 P (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*. En este criterio se establece que el Juez de Control, al asignar a los datos de prueba un determinado grado de corroboración en relación con las hipótesis fácticas que sustenten las partes, no puede apoyarse en criterios que apelen a su íntima convicción, sino en las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, así como los conocimientos científicos afianzados; lo anterior, no obstante que la información que proveen aquellos datos constituye, por regla general, la simple referencia que hacen las partes de constancias escritas que obran en la carpeta de investigación.

⁴² Véase la Jurisprudencia 1a./J. 101/2012 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro "AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. AL AFECTAR TEMPORALMENTE LA LIBERTAD DEL INculpADO SE ACTUALIZA UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO", en la que se establece que el hecho de que a una persona se le vincule a un proceso penal implica una afectación a su libertad, al menos parcialmente, en la medida en que su prosecución requiere de su ineludible presencia como presupuesto de continuidad, pues se le obliga a comparecer en los plazos o fechas indicados las veces que resulte necesario para garantizar el seguimiento del proceso penal.

mérito, lo que necesariamente nos llevaría a analizar si se acreditan los elementos del tipo penal que son objetivos y subjetivos y en algunos casos se conforman por elementos subjetivos distintos del dolo y elementos normativos.

IX. Conclusiones

En atención a lo que dispone la Jurisprudencia 1a./J. 35/2017, para satisfacer el requisito relativo a que la ley señale el hecho como delito, propio de la vinculación a proceso, basta con que el juez encuadre la conducta en la norma penal, de manera que permita identificar las razones que lo llevan a determinar el tipo penal aplicable.

A pesar de que dicha jurisprudencia precise que en dicha resolución no se exige que se analicen los elementos objetivos, subjetivos y normativos de la descripción típica, lo cierto es que para cumplir con el principio de legalidad, relacionado con el principio de presunción de inocencia y la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, a tono con la propia jurisprudencia que la SCJN ha emitido sobre estos aspectos, la autoridad judicial no podría prescindir del estudio de dichos elementos al efectuar el encuadramiento de la conducta, de tal suerte que el hecho que la ley señala como delito sería equivalente a constatar si se actualizan los elementos del tipo penal.

El juicio de tipicidad, que es la correspondencia entre lo que el agente ha realizado y un determinado tipo penal descrito en la ley, deberá realizarse en la sentencia. No obstante, también se realiza en la orden de aprehensión y en el auto de vinculación a proceso, dado que ese ejercicio es precisamente es el encuadramiento de los hechos en un tipo penal, requisito que exige la propia jurisprudencia 1a./J. 35/2017.

Lo anterior no debería llevarnos al extremo de desglosar y explicar pormenorizada y minuciosamente cada uno de los elementos del tipo penal y establecer con que datos de prueba se acredita cada elemento del tipo, dado que ello no es propio de la resolución de vinculación a proceso y provoca audiencias demasiado extensas. Sin embargo, se trata de un aspecto propio de la metodología de la audiencia y del control que se tenga sobre ella.

Aunque el juicio oral es la parte central del sistema acusatorio en donde se valora directamente la prueba, en las etapas procesales previas, como la orden de aprehensión,

la orden de cateo o el auto de vinculación a proceso, el juez tiene la obligación de valorar los datos de prueba aportados por el fiscal para establecer si se cuenta o no con los méritos suficientes para que se decreten tales actos de molestia.

X. Referencias

- CALAMANDREI, Piero, *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ejea, 1960.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, Dictamen de 1ª Lectura, 1ª Vuelta, 12 de diciembre de 2007, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>
- CEREZO MIR, José, “La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos. Introducción”, en KAI, Ambos & HENNING, Radke (coord.), *Estudios Filosófico-jurídicos y penales del Prof. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, Editorial Jurídica de Chile, enero de 2009.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 19, <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080042645/1080042645.PDF>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Chocron vs. Venezuela*, 1 de julio de 2011, fundamento jurídico 118.
- , *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C núm. 170, párr. 107.
- , *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, supra nota 121, párr. 77.
- , *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C núm. 127, párrs. 152 y 153.
- , *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C núm. 193, párr. 153.
- , *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C núm. 151, párr. 122.
- , *Caso Suominen vs. Finlandia*, 1 de julio de 2003, fundamento jurídico 37.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso de habeas corpus*, Madrid, Civitas, 1985.
- HORVITZ LENNON, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Tomo I.
- JESCHECK, Hans & WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, España, Comare, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 7ª Ed., Lanús Argentina, B de F, 2004.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis: 1a./J. 35/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 45, agosto de 2017, Tomo I, p. 360.
- , Tesis: 1a./J. 28/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 79, octubre de 2020, Tomo I, p. 260.
- , Tesis: (II Región) 10.9 P (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*.
- , Jurisprudencia 1a./J. 101/2012 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. AL AFECTAR TEMPORALMENTE LA LIBERTAD DEL INculpADO SE ACTUALIZA UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO”.
- , *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XXVIII, 14 de enero de 1930, p. 209. Ponente: Aguilar Anastasio.