



## LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN INICIAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Alejandro SOSA ORTIZ\*

SUMARIO: I. *Contexto*. II. *La etapa de investigación*.

### I. CONTEXTO

El Proyecto es producto de la labor desarrollada por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, creado por el Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 28 de mayo de 2008. Mediante el decreto se crea el llamado nuevo modelo penal de corte acusatorio y oral.

En la actualidad a dos años y medio de haberse publicado esa importante reforma y que su entrada en vigor, por cuanto se refiere al sistema procesal penal acusatorio (previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo de la Constitución), se condicionara a lo que dispusieran las legislaturas federal, distrital y de las entidades federativas en su legislación procesal secundaria correspondiente, para lo cual les confirió un plazo de ocho años, sólo algunas entidades federativas que por tener ya modificados sus ordenamientos legales antes de la reforma o por haberlos reformado después de ésta, se han incorporado mediante la declaratoria respectiva a dicho sistema y, por ende, únicamente en ellas ha cobrado plena vigencia este nuevo sistema procesal. Se tiene noticia también del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación elaborado por la Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos

\* Doctor en derecho por la UNAM, catedrático en el Instituto de la Judicatura Federal y magistrado de circuito.

Mexicanos, con la finalidad de apoyar la labor de creación de los códigos procesales en los estados, unificar criterios y evitar la dispersión en la implementación de la reforma.

En el ámbito federal, el Consejo de la Judicatura al inicio del 2009, puso en funcionamiento los juzgados federales penales especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones, como respuesta a la reforma constitucional y al Acuerdo Nacional de la Seguridad, Legalidad y la Justicia, expedido el 21 de agosto de 2008. Estos órganos jurisdiccionales están funcionando con eficacia. Como se recordará, se cuestionó esta medida, argumentando que la creación de los jueces de control estaba supeditada por la propia reforma constitucional a que entrara en vigor la legislación secundaria respectiva que reglamentara al nuevo sistema penal, y que el Consejo no podía suplir la omisión del legislador mediante el acuerdo que crea estos juzgados. Cuestionamiento que no compartimos, porque el Consejo de la Judicatura no creó ni puso en funcionamiento a los juzgados de control con todo el universo de facultades y deberes que le asigna el párrafo décimo tercero del numeral 16 de la ley fundamental, sino que se limita a crear jueces especializados para darle celeridad a la respuesta de las solicitudes de arraigo, cateo e intervención de comunicaciones. Estas medidas si bien se encuentran estrechamente relacionadas con el nuevo sistema, ya estaban vigentes y se venían obsequiando por los jueces desde antes de la reforma constitucional referida, y después de ella continuaron en vigor sin estar supeditadas a la expedición de la ley secundaria. Por otra parte, la creación de estos jueces, como lo motiva el Acuerdo correspondiente, tiene sustento en la normatividad que faculta al Consejo a determinar la especialización por materia de los jueces de distrito.

En este escenario, se ha elaborado este Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales que aquí se comenta.

## II. LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

El proyecto que nos ocupa contiene dos libros, el primero denominado “Disposiciones generales”, que contiene cinco títulos, y el segundo nombrado “El procedimiento penal”, integrado por diez. En el título I del segundo libro se establecen las etapas del procedimiento penal: la de investigación inicial y la del proceso, que a su vez comprende las fases de plazo constitucional, la de investigación formalizada, la intermedia o de preparación del juicio oral y la de juicio oral en la que se dicta sentencia y pone fin al proceso. En el título II se regula la etapa de investigación, con la que se inicia el

procedimiento penal y abarca desde la presentación de la denuncia, querrela o su equivalente hasta el ejercicio de la acción penal ante los tribunales correspondientes.

Este título II contiene doce capítulos que se enuncian de la siguiente manera: “Disposiciones comunes para la investigación inicial y formalizada”, “Inicio de la investigación”, “Actuaciones derivadas del conocimiento de un hecho delictuoso”, “Cadena de custodia”, “Aseguramiento de bienes”, “Providencias precautorias”, “Disposiciones comunes sobre los medios de prueba”, “Técnicas de investigación”, “Prueba anticipada”, “Detención”, “Registro de la detención” y “Aprehensión y comparecencia”. Por cuestiones de tiempo no podríamos detenernos a comentar cada uno de ellos. Varias de sus disposiciones son reproducidas casi textualmente de las reformas que se introdujeron al Código Federal de Procedimientos Penales vigente mediante Decreto publicado en el *DOF* el 23 de enero de 2009, precisamente con motivo de la reforma constitucional, tales como las referidas a los temas de la denuncia anónima, diligencias iniciales de la investigación y cadena de custodia.

En términos generales pudiéramos decir que la regulación de esta etapa del procedimiento se ciñe a los postulados constitucionales modificados. Sin embargo, hay dos tópicos que me generan preocupación; el primero, es el referido a las llamadas operaciones encubiertas regulado dentro del capítulo VIII, “Técnicas de investigación”. Estas actuaciones no requieren control judicial y se regulan en los artículos 238 al 247 del proyecto. El segundo tiene que ver con los requisitos de la orden de aprehensión que se encuentran en los numerales 292 y 293 del mismo documento.

### 1. *Operaciones encubiertas*

Tocante a las operaciones encubiertas, para una mejor explicación me permito transcribir los artículos 238, 239, 240, 241, 242, 245 y 247 del documento en estudio.

#### Artículo 238. Entrega vigilada.

La entrega vigilada es la técnica especial de investigación mediante la cual se autoriza, en los términos de este código y las disposiciones que para tal efecto se emitan, el transporte dentro del territorio nacional, así como la entrada o salida del mismo, de mercancía, bienes o productos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia sea ilícita o prohibida, o bienes o productos por los que se haya sustituido, bajo la vigilancia de la policía específicamente facultada para ello.

El Procurador General de la República, o el servidor público en quien éste delegue dicha facultad, podrá autorizar la entrega vigilada con el objeto de investigar el delito e identificar a las personas involucradas en su comisión cuando se tenga motivos fundados para considerar que la persona investigada dirige o interviene en alguna de esas conductas. La autorización deberá contener las circunstancias en que se autoriza y las modalidades de la sustitución así como los responsables de la entrega vigilada.

#### Artículo 239. Operaciones encubiertas

La investigación de los delitos podrá abarcar el conocimiento de las formas de organización, de operación y ámbitos de actuación e identidad de los miembros del grupo delictivo. Para tal efecto, el Procurador General de la República o el servidor público en quien éste delegue dicha facultad, podrá autorizar la realización de operaciones encubiertas a través de una unidad de agentes policiales especialmente entrenados y facultados para ello, en los términos de este código y las disposiciones que para tal efecto emita.

La información obtenida con motivo del desarrollo de una operación encubierta que no tenga relación con el delito que se investiga, deberá ser destruida.

#### Artículo 240. Modalidades de las operaciones encubiertas

El ministerio público podrá emplear las operaciones encubiertas para la investigación, previa la autorización del Procurador General de la República o el servidor público en quien éste delegue dicha facultad, en las siguientes modalidades:

- I. La disposición de los recursos y medios necesarios, bajo la supervisión del Titular del ministerio público o del servidor público en quien éste delegue la atribución, con objeto de aparentar la realización de actividades ilícitas, y
- II. La infiltración de agentes.

#### Artículo 241. Autorización ministerial de identidad supuesta

El Procurador General de la República o el servidor público en quien éste delegue dicha facultad, podrá autorizar a los investigadores, mediante resolución fundada y motivada, teniendo en cuenta los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta infiltrándose en el grupo delictivo, y a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o productos del delito y, en su momento, a retenerlos y ponerlos a disposición del ministerio público competente.

La identidad supuesta será otorgada por el tiempo indispensable para cumplir con el objetivo, no debiendo exceder de seis meses prorrogables por plazos hasta de igual duración. Los agentes infiltrados deberán desenvolverse jurídica y socialmente bajo tal identidad.

La autorización deberá contemplar la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto el agente infiltrado, la motivación, fundamentación y alcances en la actuación del agente infiltrado, especificando el objeto y fin de la operación encubierta. La verdadera identidad será reservada y solamen-

te será del conocimiento del Titular del ministerio público y de los funcionarios en quienes delegue ésta facultad.

Artículo 242. Términos y condiciones para llevar a cabo la operación encubierta

Las operaciones encubiertas, en su modalidad de infiltración de agentes, se llevarán a cabo en los términos, limitaciones, modalidades y condiciones que en cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza del grupo delictivo, determine el Procurador General de la República o el servidor público en quien éste delegue dicha facultad.

Dichos términos, limitaciones, modalidades y condiciones se deberán establecer por escrito, previamente a la realización de la operación encubierta de que se trate.

Artículo 245. Deberes de los agentes infiltrados

Los agentes infiltrados, de conformidad con lo dispuesto en este código y en las disposiciones aplicables, proporcionarán al agente del ministerio público responsable de la investigación, la información, documentos, registros, grabaciones y todo aquello que sirva de elementos o datos de prueba sobre los delitos competencia de las autoridades federales a que se refiere este código, debiendo ratificar sus informes o rendir testimonio en cuanto le sea posible. Los elementos o datos de prueba que proporcionen durante la investigación al agente del ministerio público, serán manejados con absoluta reserva, en términos de las disposiciones aplicables.

Artículo 247. Cumplimiento de un deber

En las actividades que desarrollen los agentes infiltrados, conforme a lo dispuesto en este código y demás disposiciones aplicables, se considerará que actúan en cumplimiento de un deber, siempre que su actuación se apegue a los lineamientos, términos, modalidades, limitaciones y condiciones de la autorización.

Toda actuación que implique desapego a instrucciones o infiltraciones no autorizadas serán sancionadas en términos de lo dispuesto en la ley correspondiente.

Como se podrá advertir, los anteriores numerales incorporan la figura del *agente encubierto* como una novedosa técnica de investigación que permite a la policía, mediante el engaño, conocer el entramado de las bandas delincuenciales, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores. Lo anterior se justifica porque la actuación del agente infiltrado puede invadir lícitamente el ámbito de intimidad del investigado en aras de la seguridad pública, pues la posibilidad del descubrimiento de su intimidad a través de la conducta engañosa del agente encubierto es un riesgo que debe asumir quien se dedica a la actividad delictiva. Ello siempre y cuando

no se violenten las garantías constitucionales, el principio de ofensividad o lesividad (*nullum crimen sine iniuria*),<sup>1</sup> y el diverso de que la función del Estado es prevenir los delitos y cuando éstos se han cometido sancionarlos, empero no provocarlos.

La primera mención que realiza nuestro legislador de este instrumento es al crear en 1996 la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en la que en su artículo 11 se apunta: “En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto el Procurador General de la República podrá utilizar la infiltración de agentes...”.

Posteriormente, el 23 de enero de 2009 se adicionó el artículo 11 bis que a la letra dice:

El titular del órgano previsto en el artículo 8o. podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía infiltrados, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la averiguación previa respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos. En tales casos se asignará una clave numérica, que sólo será del conocimiento del Procurador General de la República, del Titular del órgano antes citado, del Secretario de Seguridad Pública y del servidor público a quien se asigne la clave. En las actuaciones de averiguación previa, en el ejercicio de la acción penal y durante el proceso penal, el Ministerio Público y a la autoridad judicial citarán la clave numérica en lugar de los datos de identidad del agente. En todo caso, el Ministerio Público acreditará ante la autoridad judicial el acuerdo por el que se haya autorizado el otorgamiento de la clave numérica y que ésta corresponde al servidor público respectivo, preservando la confidencialidad de los datos de identidad del agente. En caso de que el agente de la policía cuya identidad se encuentre reservada tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de

<sup>1</sup> En virtud de este principio, toda acción, para que sea delictiva, ha de vulnerar una norma, de forma que produzca una incidencia típica de lesión o de peligro sobre un bien jurídico protegido. El fundamento legitimador de la intervención punitiva del Estado estriba en la necesidad socialmente sentida y, formalmente expresada a través de los representantes de la voluntad popular, de la protección de determinados bienes y valores que constituyen unidades de función social imprescindibles para la convivencia social, y cuyo reconocimiento jurídico-positivo las convierte en las categorías normativas de los bienes jurídicos que son el objeto de protección de las normas penales. Polaino Navarrete, Miguel. *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, *op. cit.*, p. 288.

pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad.

Como se advierte, mucho se asemeja a los numerales que ahora comentamos.

Posteriormente, mediante decreto publicado en el *DOF* el 20 de agosto de 2009, se adiciona el artículo 180 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, relacionado con los delitos de narcomenudeo en donde se establece que:

...para fines de investigación el titular del ministerio público de la federación podrá autorizar que agentes de la policía bajo su conducción y mando, compren, adquieran o reciban transmisión material de algún narcótico para lograr la detención del probable responsable del comercio o suministro de narcóticos o de la posesión de los mismos, con dichos fines y el aseguramiento correspondiente.

Este instrumento si bien, como ya se apuntó, puede constituir un eficaz medio para luchar contra la criminalidad organizada, su indebida regulación y manejo puede dar lugar al fenómeno conocido como *delito provocado*. El agente encubierto debe limitar su actuación a sorprender a un tercero en la comisión de un delito o a descubrir uno ya realizado. En contraste, el agente provocador induce al sujeto activo a cometer la conducta prevista en la ley como prohibida, con la finalidad de que el provocado pueda ser sancionado por esa conducta. Inducción que se realiza de manera directa o indirecta, pero sin la cual éste no se hubiere decidido a proceder típicamente.

La conducta así desplegada por el sujeto activo, por una parte, se encuentra ordinariamente a tal grado controlada que se imposibilita la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma, aunque se haya actualizado aparentemente la descripción penal.<sup>2</sup> Aquí cabe mencionar el sonado caso de “*Operación Check Mark o Casa Blanca*” que versaba sobre los delitos de violación a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y operaciones con recursos de procedencia ilícita, en el que al ser impugnada en vía de amparo la sentencia condenatoria el Cuatro Tribunal Colegiado

<sup>2</sup> Por ejemplo, el que adquiere estupefacientes ante la insistente oferta de un agente encubierto o el que los vende ante la insistente demanda de éste, no pone en peligro el bien jurídico salud pública con tales conductas, porque en ambos casos la transmisión de la droga es ficticia y planeada, de tal manera que al ser incautada inmediatamente no podrá provocar efectos dañinos ni al adquirente ni a terceros. En el segundo caso, a lo más la tenencia del estupefaciente previa a la ficticia transmisión podría considerarse que sí puso en peligro el bien jurídico en cuestión.

del Primer Circuito en el AD-211/2004 determinó que el sujeto había sido provocado por los mismos agentes de autoridad del gobierno de los Estados Unidos para realizar las conductas descritas y que tal conducta no se hubiera producido sin su inducción, por consiguiente al no afectarse bien jurídico alguno otorgó la protección constitucional.

Además la doctrina mayoritaria ha rechazado el castigo del *delito provocado* por considerar que se contrapone con la función de tutela de los bienes jurídicos por parte del Estado, dado que no es factible que siendo éste el creador de normas de protección de determinados bienes estimados por la sociedad como de mayor valía, al mismo tiempo sea quien estructure operaciones, con las cuales provoque la comisión de delitos, para luego sancionar a los gobernados que fueron objeto de la inducción delictiva. Esto es, la función del Estado es prevenir y sancionar los delitos, mas no inducirlos. El legislador al crear los tipos penales, parte de la experiencia de vida ordinaria, en la que no tiene cabida que el propio Estado a través de su agentes provoque e induzca a la realización de la conducta descrita que, precisamente, busca inhibir mediante la amenaza de la pena. Luego, no son las conductas típicas provocadas por los mismos agentes de la autoridad las que la norma penal pretende inhibir mediante su castigo.<sup>3</sup>

La regulación de esta figura del *agente encubierto* en el Proyecto en comento,<sup>4</sup> da pie a que se pueda interpretar que la ley autoriza también la actuación del *agente provocador*, por lo que estimamos necesario que, como lo hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español,<sup>5</sup> se señale expresamente que el límite de la responsabilidad del agente encubierto por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, sea el de que no constituya su actuación una provocación al delito y que además los términos, modalidades y condiciones de la autorización

<sup>3</sup> Las acciones que caen bajo una descripción penal no tienen siempre las propiedades que fueron tomadas en cuenta cuando se sancionó la ley a fin de desalentar cierta clase de comportamiento. Santiago Nino, Carlos, *Límites de la responsabilidad penal*, *op. cit.*, p. 306.

El Tribunal Supremo Español ha determinado que la actuación del agente infiltrado es lícita si no se convierte en provocación al delito, pues si es desencadenante del delito investigado, y se despliega con anterioridad a su comisión, nos hallamos ante una figura ilegítima, pues es inaceptable que se incite a alguien a delinquir para luego perseguirle por haber delinquido.

<sup>4</sup> Lo mismo que la regulación que encontramos en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y en el artículo 180 bis del actual Código Federal de Procedimientos Penales.

<sup>5</sup> “5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”.



respectiva, siempre guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación.

Por otra parte, consideramos que esta delicada figura debe, por una parte, quedar limitada a las operaciones de delincuencia organizada, regulada en la ley de la materia y no incorporarse de manera genérica en el Código Federal de Procedimientos Penales para ser utilizada en cualquier ilícito, como lo propone el proyecto que se comenta. Finalmente, se estima que en tanto en ocasiones la actuación del agente encubierto puede afectar bienes jurídicos relativos a derechos fundamentales, tales como la vida, la integridad física, el derecho a la intimidad, o la libertad, dicho instrumento debiera estar sujeto a la autorización previa del juez de control.

## 2. Orden de aprehensión

El primer párrafo del artículo 292 dispone:

El juez, a solicitud del ministerio público, puede ordenar en los términos previstos por este código, la aprehensión de una persona cuando se ha presentado denuncia o querrela, de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y derivado de la investigación correspondiente obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, en los términos del artículo siguiente.

...

El numeral 301 exige como requisito para el ejercicio de la acción penal esos mismos *datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.*

El artículo 293 a la letra dice:

Artículo 293. Hecho que la ley señala como delito.

Se entenderá por hecho que la ley señala como delito al que está descrito en el tipo contenido en la ley penal. Se afirmará la existencia de ese hecho, cuando obren datos de prueba que establezcan los elementos objetivos o externos, así como los subjetivos y normativos, según lo requiera la descripción típica.

Como es de advertirse, en este numeral se pretende dar contenido a las expresiones *hecho que la ley señala como delito* y *datos que establezcan que se ha co-*

*metido ese hecho*, utilizadas por el constituyente reformista en los artículos 16 y 19 de la ley fundamental para señalar los requisitos del libramiento de la orden de aprehensión y del auto de vinculación al proceso.

Como se recordará, en el dictamen del Decreto reformativo se apuntó que la sustitución de *la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado* por las anteriores expresiones, tenía la finalidad de reducir el nivel de prueba necesario para la emisión de dichas determinaciones, toda vez que era excesivo el estándar probatorio hasta entonces utilizado. Al respecto, se cuestionó por la Academia y el Foro esta vaga redacción, así como el empleo del verbo *establecer* cuyos significados son: 1) tr. fundar, instituir, hacer de nuevo. Establecer una monarquía, una orden; 2) Ordenar, mandar, decretar; 3) prnl. AVECINDARSE o fijar su residencia en alguna parte; 4) Abrir por su cuenta un establecimiento mercantil o industrial. Consultado el diccionario de sinónimos, encontramos para el verbo establecer: instituir, instalar, poner, asentar, disponer, construir, fijar, abrir, crear, alzar, edificar, plantar, erigir, formar, organizar e instaurar.

Como se podrá advertir, ninguno de estos significados proporciona un sentido inteligible a la expresión *datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito* ni menos aun refleja una nueva y menor exigencia probatoria para la emisión de la orden de aprehensión y el ahora auto de vinculación al proceso, como lo indica el dictamen referido.

De igual manera, a propósito de la reforma constitucional, nos preguntamos si esa disminución del nivel de prueba afectaría la plenitud de todos los elementos constitutivos del delito, que se exigían antes de la reforma, esto es, tipicidad (mediante la comprobación del cuerpo del delito, que consideraba sólo la acreditación de los elementos objetivos-externos y, en su caso, los normativos) antijuridicidad y culpabilidad (mediante la exigencia de la probable responsabilidad del inculpado), o únicamente la cantidad o intensidad de prueba requeridos en torno a dichos elementos.

Como es de advertirse, el proyecto no supera esa deficiente redacción utilizada en el texto constitucional, pues continúa utilizando el verbo *establecer* para referirse a la intensidad de la prueba, cuestión que repite al definir mediante el artículo 211, *Dato de prueba: ...la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.*

En efecto, las pruebas o datos de prueba no pueden “establecer” que se ha cometido un hecho cualquiera. Menos aún “establecen los elementos objetivos o externos, subjetivos y normativos, según lo requiera la descrip-

ción típica”. En todo caso esos datos demuestran, acreditan o prueban en mayor o menor medida la actualización de ese hecho en un tiempo y lugar determinados.

Lo anterior nos deja ante la misma incertidumbre que nos provoca el texto constitucional, pues como ya se apuntó, dicho verbo no refleja la cantidad o intensidad de prueba requerido, mayor o menor que el que era exigido mediante la acreditación del cuerpo del delito,<sup>6</sup> problema que por cierto ya había resuelto la Primera Sala de la SCJN, mediante la tesis 1ª/J.57/2004 de rubro “ORDEN DE APREHENSIÓN. PARA SU LIBRAMIENTO NO ES NECESARIO ACREDITAR EN FORMA PLENA EL CUERPO DEL DELITO”. Lo que sí esclarece es el contenido de la expresión *datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo* en cuanto a cuáles son los elementos de la descripción penal que requieren esas determinaciones, pues la norma propuesta apunta que son “los elementos objetivos o externos así como los subjetivos y normativos, según lo requiera la descripción típica”. Es decir, se refiere a todos los elementos del tipo penal según la doctrina neoclásica mezgeriana, mismos elementos que reconoce nuestro actual código procesal federal como componentes del tipo, pero que para efectos de tener por acreditado el cuerpo del delito excluye a los elementos subjetivos específicos, según se desprende de la lectura de su artículo 168. Esto es, paradójicamente la reforma pretendió disminuir la exigencia de prueba para el libramiento de la orden de captura y para el dictado del auto de formal prisión, ahora de vinculación al proceso, y en este aspecto lo aumenta.

Así pues, consideramos que el proyecto no satisface su función de reglamentar y precisar la intensidad o cantidad de prueba requeridos para el dictado de la orden de aprehensión y del auto de vinculación a proceso.

El proyecto también omite incorporar el juicio provisional y probable de que la conducta actualizada por el imputado sea antijurídica y culpable, en el que se constate de manera probable la realización dolosa o culposa de la conducta actualizada y mediante un juicio negativo provisional la ausencia de causas de licitud y excluyentes de responsabilidad. Requisitos estos

<sup>6</sup> Por el contrario en el Proyecto del Conatrib, sí se subsana esa redacción al establecer en el numeral 186. “1. El juez, a solicitud del ministerio público, puede ordenar la orden de aprehensión de una persona cuando: a) se ha presentado denuncia o querrela de un hecho que el código del Estado señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que existe la probabilidad de que el inculpado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que existe un hecho delictivo cuando los datos de prueba revelen razonablemente los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate lo requiera; y...”.

últimos que sí exige, al menos, el auto de vinculación a proceso entre cuyos requisitos, según lo dispone la fracción III del artículo 362 del proyecto que se comenta, se encuentra el de que “no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito”.

En las anteriores circunstancias, técnicamente sería dable ejercitar la acción penal y librar una orden de aprehensión a pesar de que no se hubiera constatado de manera provisional y a nivel de probabilidad que la conducta atribuida al imputado hubiere sido cometida con dolo o culpa, o con dolo cuando la figura típica en cuestión sólo admita esta forma de realización, o a pesar de estar demostrada plenamente una causa de licitud o excluyente de culpabilidad.

No debemos olvidar que a diferencia de lo que pudiera acontecer en otras latitudes, en la tradición jurídica mexicana tiene, por fortuna, una destacada importancia la garantía de la debida fundamentación y motivación, elevada a rango constitucional desde la Constitución de 1857 y que ello obliga también al legislador a redactar de manera clara y asequible las normas, de tal manera que el órgano jurisdiccional en la *praxis* ante un acervo probatorio relacionado con determinada conducta pueda decidir sin dificultad si satisface o no los requisitos que contempla la norma: en el caso que nos ocupa si se encuentran o no satisfechos los requerimientos para la emisión de la orden de captura y el auto de vinculación al proceso. Claridad de la cual carecen los preceptos en comento.

Hacemos votos para que estos aspectos que hemos destacado sean subsanados en aras de un ordenamiento procesal penal no sólo innovador, sino respetuoso de los principios inherentes a un Estado democrático de derecho y a nuestras más enraizadas tradiciones jurídicas, más aun cuando lo aquí propuesto no riñe con las innegables bondades del nuevo modelo acusatorio procesal penal.