

III. CONTRADICCIÓN DE TESIS 114/2001-PS

1. ANTECEDENTES

El 25 de octubre de 2001, el Juez Tercero Penal del Distrito Federal, quien intervino con el carácter de autoridad responsable y recurrente en los juicios de amparo en revisión 1375/2000 y 463/2001, resueltos por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado de la misma materia y circuito, respectivamente, denunció la posible contradicción entre las tesis sustentadas por esos tribunales al fallar sobre asuntos similares.

El Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó formar y registrar el expediente y dispuso que el asunto fuera remitido a la Primera Sala del Alto Tribunal. El entonces Presidente de dicha Sala, Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, recibió la denuncia y se declaró competente para resolverla después de analizar comparativamente los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de referencia, y encontrar

que ambos coinciden en analizar el contenido de los artículos 19 de la Constitución Federal y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en asuntos similares, con conclusiones contrarias, por lo que consideró que concurren los supuestos necesarios para la existencia de una contradicción de tesis, a saber:

- a) Que en la resolución de los negocios se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes;
- b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas, y
- c) Que los criterios expresados provengan del examen de los mismos elementos.¹⁷

2. ARGUMENTOS SUSTENTADOS POR EL QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

En la ejecutoria que resolvió el amparo en revisión 1375/2000, el tribunal manifestó que, conforme al texto de los artículos 19 de la Constitución Federal y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vigentes en la fecha en que se dictó la sentencia, las circunstancias modificativas del delito no deben ser incluidas en el dictado del auto de formal prisión, en virtud de que en éste sólo deben señalarse:

¹⁷ Véase *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Cuarta Sala, Tomo 58, octubre de 1992, p. 22, tesis 4a./J. 22/92; Registro IUS 207820.

el delito atribuido al inculpado; el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución de los hechos; y los demás datos que arroje la averiguación previa que sean bastantes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Las circunstancias modificativas del delito sólo serán materia de estudio hasta la sentencia definitiva.

Además, el tribunal consideró que el inculpado no queda en estado de indefensión al no conocer las circunstancias modificativas del delito, puesto que éstas serán objeto de prueba durante la instrucción del procedimiento, momento en que las partes, la defensa o el Ministerio Público estarán en aptitud de desvirtuarlas o acreditarlas, según sea el caso.

En virtud de lo anterior, dicho tribunal consideró que la tesis de jurisprudencia 6/97, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, p. 197, y sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 42/96, con el rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O LAS CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL', QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES", ha dejado de tener vigencia después de la reforma al texto del artículo 19 de la Carta Magna, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999.

En cambio, el criterio sustentado en la jurisprudencia de la Primera Sala 4/89,¹⁸ que establecía que en el auto de formal prisión no debían incluirse las circunstancias modificativas del delito, adquiere nuevamente relevancia y plena aplicación.

3. ARGUMENTOS DEL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

Al resolver el amparo en revisión 463/2001, el tribunal señaló que en el auto de formal prisión sí debe incluirse el estudio de las calificativas del delito a efecto de que el inculpado tenga la certeza de que tales elementos quedaron acreditados, y sirvan como base para su defensa con el consecuente respeto a la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 19 constitucional.

En este sentido, comparte el criterio del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, expresado en sesión de 30 de marzo del 2001, bajo el rubro: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SE DEBEN INCLUIR LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL. A LA LUZ DE LA REFORMA DEL TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.¹⁹

Además, del análisis del contenido del referido artículo 122, concluyó que nuestra legislación penal, tanto sustantiva

¹⁸ Véase *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Primera Sala, Tomo 16-18, abril-junio de 1989, p. 59, tesis 1a./J. 4/89; Registro IUS 206240.

¹⁹ Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XIII, mayo de 2001, p. 1091, tesis 1.6o.P.18 P.; Registro IUS 189794.

como adjetiva, hace alusión a la teoría de la dogmática penal que identifica el cuerpo del delito con la tipicidad; por ello, resulta necesario para comprobar aquél, acreditar todos los elementos del tipo, esto es, los elementos objetivos, los normativos y los subjetivos, incluidas entre éstos las circunstancias agravantes que pudieran matizar el delito.

4. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

A efecto de una mejor comprensión de las normas sujetas a estudio en la ejecutoria que se analiza, se presentó la evolución del texto de los artículos 19 de la Constitución Federal y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en cada una de las reformas de las que han sido objeto.

a) *Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

El texto original en la Constitución del 5 de febrero de 1917 señalaba:

Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición

hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo mal tratamiento que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

El 3 de septiembre de 1993, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma al primer párrafo de este artículo, en la que básicamente se sustituyó el término "cuerpo del delito" por el de "elementos del tipo penal", como la materia a comprobar junto con la probable responsabilidad del sujeto al que se le imputa el delito en la emisión del auto de formal prisión, para quedar como sigue:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no recibían copia autorizada del auto de formal prisión dentro

del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

El mismo texto tuvo una reforma seis años después, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999, con la cual se regresó al concepto anterior de cuerpo del delito, para quedar así:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

b) Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal

El texto original publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de agosto de 1931 era el siguiente:

Artículo 122. El cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

Este texto fue reformado el 4 de enero de 1984 para quedar como sigue:

Artículo 122. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código.

En la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1994, se especificaron y ampliaron los requisitos exigidos para dictar el auto de formal prisión, al señalar:

Artículo 122. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculgado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

El contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fue de nuevo reformado el 3 de mayo de 1999 para adecuarlo a las reformas del artículo 9o. constitucional del 8 de marzo del mismo año, en los siguientes términos:

Artículo 122. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes

se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

c) Exposición de motivos de la reforma al artículo 19 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de marzo de 1999

Los Ministros integrantes de la Primera Sala localizaron en la exposición de motivos de la reforma, las razones por las cuales se regresó al concepto de cuerpo del delito en el texto constitucional.

Entre los argumentos expresados por los autores de la iniciativa, está el convencimiento de que en 1993 se adoptaron teorías jurídicas que tuvieron éxito en otras naciones, pero en la nuestra impusieron a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y, a esta última, mayores requisitos para dictar el auto de formal prisión, lo cual originó que por tecnicismos legales presuntos delincuentes evadieran la acción de la justicia, y que después de varios años de aplicación no se hubiera logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados, por lo que era urgente generar las condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia y revertir la poca efectividad para detener, procesar y castigar a los responsables.

La exposición de motivos expresa textualmente:

La reforma sustituyó el concepto de "cuerpo del delito" por elementos del tipo penal. Antes de 1993, para que se

librara un auto de formal prisión únicamente debían estar acreditados los elementos objetivos del delito y después de la reforma se debían acreditar todos los elementos del tipo penal: objetivos, subjetivos y normativos, así como la probable responsabilidad del indiciado.

...

La presente iniciativa propone reformar el segundo párrafo del artículo 19 para que en el libramiento de un auto de formal prisión se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal, y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

La iniciativa respeta los principios consagrados en la reforma de 1993, pero la desarrolla y perfecciona para hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia, conservando plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales.

Es importante precisar que la exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público no se reduce con la reforma, simplemente esta exigencia se cumplimenta en las etapas procesales idóneas.

La reforma permitirá que tanto a nivel federal como estatal, se adopten medidas legales que permitan dotar a los órganos encargados de procurar justicia de mayores y mejores instrumentos para combatir eficazmente a la delincuencia.

5. CONSIDERACIONES DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Sala precisó que la materia a dilucidar en el presente asunto consistía en determinar si no obstante la reforma constitucional en materia penal del 8 de marzo de 1999, en la cual el legislador nuevamente retomó el concepto de cuerpo del delito, en lugar de los elementos del tipo penal, el órgano jurisdiccional debía incluir y analizar el aspecto relativo a las calificativas del delito al momento de dictar el auto de formal prisión, o bien debía analizarlo hasta el dictado de la sentencia respectiva.

La Sala constató que en las fechas en que fueron dictadas las resoluciones que motivaron los criterios contradictorios, estaban en vigor las reformas de 1999, y que además el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, contemplaba, como ahora, la figura del cuerpo del delito al señalar:

Artículo 16...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que si bien, en el auto de formal prisión se define el delito por el que habrá de seguirse el proceso, al encuadrarse los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal dentro de la hipótesis normativa prevista en una o varias

disposiciones legales que tipifiquen algún delito, y estimar que hay bases para imputar la comisión del delito al acusado así como su probable responsabilidad, el Juez de la causa no debe limitar su actividad al estudio de tales aspectos, sino que ha de incluir el análisis de modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito imputado, con independencia de que estas últimas deban ser objeto de prueba durante el proceso criminal correspondiente, en cuya sentencia se definirá, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, dado que es justamente en dicho proceso, donde se brinda al inculpado el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las manifestaciones que estime pertinentes.

En efecto, antes de la reforma de 1999, el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, establecía que:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste...

Con el término "elementos del tipo penal", señalado en el texto anterior, se exigía acreditar, según fuera el caso:

1. La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro.
2. La forma de intervención del sujeto activo.

3. Si la acción u omisión fue dolosa o culposa.
4. La calidad de los sujetos activo y pasivo.
5. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.
6. El objeto material.
7. Los medios utilizados.
8. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.
9. Los elementos normativos.
10. Los elementos subjetivos específicos.
11. Las demás circunstancias que la ley prevea, entre las que se cuentan precisamente las modificativas atenuantes y agravantes.²⁰

Sin embargo, a pesar de que la reforma de 1999 al texto del artículo 19 constitucional cambió la expresión elementos del tipo penal para volver al concepto de cuerpo del delito, la Primera Sala estimó que la jurisprudencia 6/97 seguía siendo aplicable, pues el cambio de expresión lingüística no

²⁰ La vigencia de esta regulación, dio lugar a la modificación de la tesis por contradicción 4/89 para ser sustituida por la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala con rubro: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, p. 197, tesis 1º/J. 6/97; Registro IUS 199443.

fue la única razón a la que atendió dicha jurisprudencia, ya que en su contenido también se señala, que:

...no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculpado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador.

En esta tesis existe otra base jurídica para que desde el auto de formal prisión, se estudien las calificativas del delito motivo de la acusación: la protección del derecho a la adecuada defensa en materia penal. El sujeto al conocer, con toda su amplitud, los motivos por los cuales se le habrá de seguir un proceso obtiene mayor seguridad jurídica y estará mejor preparado para su defensa y en mejor posición para desvanecer la imputación que obra en su contra.

Ahora bien, ante las prevenciones sobre el riesgo que de no acreditar durante el proceso las calificativas mencionadas en el auto de formal prisión debería dictarse una sentencia absolutoria, la Primera Sala determinó que en el supuesto de que solamente se haya acreditado el tipo fundamental o básico lo que procede es dictar una sentencia condenatoria por ese delito.

En estos casos se debe estar a lo señalado por el artículo 160, fracción XVI, de la Ley de Amparo, que a la letra dice:

ARTÍCULO 160. En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

...

XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal;

En el mismo sentido lo expresa el texto del artículo 304 Bis A del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al establecer lo siguiente:

ARTÍCULO 304 Bis A. El auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad correspondientes aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores.

Derivado de lo anterior, la Primera Sala estableció que debe incluirse el estudio de las calificativas al dictarse el auto de formal prisión, sin perjuicio de que durante el proceso se acrediten o desvirtúen éstas.

Así, el Juez de la causa, al emitir la sentencia, deberá efectuar de nuevo el análisis del grado o calificativas del delito a la luz de las pruebas presentadas durante el proceso y su opinión podrá diferir de la que tuvo al inicio.

Por tanto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que el Juez del proceso, en aras de proteger el legítimo y pleno derecho de defensa del inculpado, así como el relativo a que éste tenga íntegra certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, debe en principio, en el auto de formal prisión, establecer con precisión, además del tipo básico o fundamental del delito o delitos que se le atribuyen, las modalidades, agravantes o calificativas correlativas que le sean invocadas por el Ministerio Público, o bien, que el mismo Juez advierta.

No obstante, si con el desahogo de las pruebas en el proceso, se corrobora la existencia de calificativas distintas a las contenidas en el referido auto, podrán expresarse en la sentencia que al efecto se dicte, previa audiencia del inculpado.

Cabe puntualizar que si no se acredita en el proceso la modalidad del delito precisado en el auto de formal prisión, pero sí uno distinto de mayor penalidad, entonces corresponderá al Ministerio Público, como órgano acusador, hacerlo valer en su escrito de conclusiones; y si aconteciera lo contrario, esto es, que dicha modalidad no se acredite pero sí una de menor penalidad, entonces será el Juez quien así lo determine en su sentencia.