

CAPÍTULO TERCERO

EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Tal como señalamos en el apartado anterior, para poder realizar una correcta interpretación de una norma, se debe atender a sus antecedentes históricos.

I. ANTECEDENTES

Desde la CPEUM de 1917 ya había pronunciamientos que enaltecían a la libertad como derecho fundamental máximo, el cual tenía diversas manifestaciones (ideológicas, políticas, sociales y privadas) siendo una de ellas la libertad de tránsito, que sólo podría ser limitada por el Estado cuando hubiera la plena convicción de que el ciudadano había cometido un delito, en este punto Venustiano Carranza manifestó:

Como introducción del anuncio de la revolución procesal que se contenía en la Constitución de 1917, Carranza hizo una reflexión en torno a la finalidad de todo gobierno, que no es otra sino “el amparo y protección del individuo, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado social...”. De dicho postulado se llegaba a la conclusión de que “... el primer requisito que debe llenar la Constitución Política tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre.

A partir de este marco político general, el primer jefe hizo una poderosa crítica a la ineficacia de las garantías que todo imputado debe tener en un juicio criminal, las cuales se contenían en el artículo 20 de la Constitución de 1857 y que eran sistemáticamente violadas por las “prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aún de los mismos agentes o escribientes suyos³⁷

De esta guisa, el texto original del artículo 16 constitucional establecía:

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al

³⁷ Dayenoff, David Elbio, *Cuestiones sobre derecho procesal penal (el imputado, derechos de la víctima y el testigo, la querrela, derechos del imputado, nulidades, instrucción, medida de coersión, prisión preventiva, modelos de escritos procesales)*, Argentina, Quórum, 2004, p. 7.

concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones (sic) fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescriptas para los cateos.

Como se puede apreciar, el texto aprobado en 1917 no hacía referencia alguna a la figura procesal “cuerpo del delito” y sólo se refería a los hechos que la ley sancionaba con una pena corporal para poder iniciar la averiguación correspondiente para determinar si había alguna persona a la que se le pudiera responsabilizar de ello. En este punto llaman poderosamente la atención dos cuestiones. La primera es que la averiguación de los hechos procedía sólo mediante denuncia, acusación o querrela, pero para detener a una persona o librar la orden de aprehensión el acto de la autoridad judicial debía estar debidamente fundado y motivado, estando sustentado este último requisito en la declaración de la persona digna de fe, debidamente protestado, y con datos que hicieran probable dicha responsabilidad. Es decir, del texto constitucional se desprende que el hecho relevante para el derecho penal debía estar acreditado, pero para la responsabilidad del indiciado bastaba el simple señalamiento de una persona digna de fe o de presunciones que lo incriminaran.

En el artículo 19, se señalaba lo siguiente:

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 deten-

ción 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.

Tal como se puede apreciar, el cuerpo del delito sí se contemplaba en el artículo 19 y éste debía quedar plenamente demostrado para dictar el auto de formal prisión, pero en cuanto a la responsabilidad del que iba a ser procesado bastaba con que hubiera la probabilidad (no la certeza) de que cometió el delito para poderlo mantener privado de su libertad mientras duraba el proceso. Sería, entonces, hasta la sentencia cuando se tenía que acreditar con plenitud la responsabilidad penal del condenado.

El 3 de febrero de 1983 se reformó el texto de la CPEUM para quedar como sigue.

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluir, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones (sic) fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescriptas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.³⁸

Como se puede apreciar, en torno a los elementos de prueba de los hechos constitutivos del delito y la probable responsabilidad no hubo cambios con esta reforma, la cual se centró en incorporar los últimos dos párrafos.

Con la reforma de 1983 no se modificó el artículo 19 de la CPEUM, con lo cual sólo éste seguía contemplando el cuerpo

³⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 3 de febrero de 1983.

del delito y la probable responsabilidad como base para dictar el auto de formal prisión.

Las privaciones de la libertad justificadas con ordenes de aprehensión o autos de formal prisión debidamente fundados en la ley pero con presunciones, muchas veces endebles, sobre la probable responsabilidad del indiciado, consignado o procesado (según el momento procedimental) representaban una clara contravención a los principios del Estado social y democrático de derecho, motivo por el cual el legislador de 1993 reformó la carta magna para dejar bien claro que no bastaba la existencia de un hecho que la ley señale como delito (ya no sólo el que se sancionara con pena corporal) y las declaraciones de persona digna de fe y cualquier otro dato que hicieran probable la responsabilidad del indiciado para que el juez pudiera librar la orden de aprehensión, sino que se requerían pruebas que acreditaran “plenamente” el tipo penal y la probable responsabilidad.

Así el texto constitucional quedo redactado en los siguientes términos:

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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

...

...

...³⁹

Por su parte, también el artículo 19 de la CPEUM se reformó para quedar en los siguientes términos:

³⁹ *Diario Oficial de la Federación*, 3 de septiembre de 1993.

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 inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban 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.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación 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.⁴⁰

Como se puede apreciar, con la reforma de 1993, se sustituyó en el artículo 19 el cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, los cuales, a su vez, también se incorporaron al texto del artículo 16 de la carta magna. Así, para adecuar el texto constitucional a las tendencias doctrinales, aparentemente, vanguardistas en Europa, se hizo referencia al tipo penal y no al cuerpo del delito, con lo cual se dio origen a una mezcla de conceptos doctrinales del derecho penal sustantivo (tipo penal) con otros, propios del derecho procesal penal (cuerpo del delito).

En efecto, mientras que el cuerpo del delito se refería al hecho descrito en la ley penal, el tipo se concentraba en la conducta

⁴⁰ *Diario Oficial de la Federación*, 3 de septiembre de 1993.

del autor del hecho y con ello ya se perdía de vista la diferencia entre el hecho y su autor y se abría la compuerta de un río que se desbordaría por las confusiones propiciadas por el desconcierto total. Había diversas preguntas: ¿cuerpo del delito es lo mismo que elementos del tipo penal?, ¿cuáles son los elementos que integran el tipo penal y cuáles la probable responsabilidad?, ¿qué grado de prueba se requiere para acreditar los elementos del tipo penal? Aunque el legislador no definió en el texto constitucional cuáles eran los elementos que integraban el tipo penal, sí lo hizo en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual ya transcribimos en el apartado anterior, y al efecto, adoptó la tendencia que consideró más vanguardista en ese momento: la doctrina finalista.

Además, se requería que tanto los elementos del tipo penal como de la probable responsabilidad quedaran plenamente acreditados, lo cual fue una fuente muy socorrida para negar las órdenes de aprehensión solicitadas por el Ministerio Público, dejar en libertad al consignado al dictar el auto de término constitucional y, en ocasiones, el sustento para dictar sentencias absolutorias.⁴¹

Aunque en 1996 el artículo 16 de la CPEUM volvió a ser objeto de reforma, su texto, en el punto que nos interesa, permaneció incólume⁴² y fue hasta 1999 cuando el legislador federal reparó en el grado de prueba plena que se requería para librar la orden de aprehensión y dictar el auto de formal prisión, pues quedó de manifiesto la enorme dificultad que constituía el probar desde la

⁴¹ Sobre esta problemática me he ocupado largamente en mi libro *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3a ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, al cual remito al lector.

⁴² Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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

Diario Oficial de la Federación, 3 de julio de 1996.

averiguación previa o desde el inicio del proceso todos los elementos del tipo penal, en particular el dolo del indiciado, y de la probable responsabilidad, creyendo que todo esto era derivado de la adopción de la doctrina finalista tanto en la CPEUM como en el Código Federal de Procedimientos Penales. Al efecto resulta esclarecedor lo señalado en la exposición de motivos del legislador de 1999:

Uno de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional de 1993.

Siguiendo la doctrina finalista, la reforma de 1993 modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución, e impuso al Ministerio Público nuevos requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de delitos.

Se suprimió el concepto “cuerpo del delito” y se introdujo el concepto de “elementos del tipo penal”, y se equipararon los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. De este modo se hizo necesario acreditar, en ambos casos, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Así, a partir de la reforma de 1993, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, es decir. Los elementos objetivos, subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, Acreditar los elementos subjetivos —tales como “tener conocimiento” de cierta circunstancia, “el propósito de delinquir”, u otros aspectos subjetivos, según el delito de que se trate —así como los elementos normativos— tales como comprobar que se trata de “cosa ajena”, “el mandato legítimo de la autoridad”, u otros aspectos normativos, según el delito de que se trate— es correcto para una sentencia condenatoria, pero resulta excesivo para una orden de aprehensión a un auto de formal prisión.

De esta manera, la reforma de 1993 propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar

el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal. Se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente similar al requerido para dictar sentencia, con lo cual se convirtió la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público.

Con el tiempo se han hecho evidentes las dificultades de aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, no solo por las limitaciones de carácter técnico o profesional atribuidas a las autoridades encargadas de procurar justicia, sino también por razones de índole temporal, como en los casos de flagrancia o urgencia, en que el Ministerio Público tiene que integrar la averiguación previa y consignar a los probables responsables ante la autoridad judicial en un plazo tan breve, que resulta imposible probar plenamente todos los elementos del tipo penal.

El texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal. En 1993 se adoptó una doctrina en materia penal que ha tenido éxito en otras naciones, pero que no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en nuestro país.⁴³

Por todo ello y con el espíritu de evitar la sustracción de la acción de la justicia de los delincuentes y la impunidad de los delitos, el legislador consideró necesario reducir tanto el número de pruebas como su grado de acreditación para librar la orden de aprehensión, por lo cual se propuso eliminar el llamado tipo penal y regresar a la vieja figura del cuerpo del delito, el cual se seguía confundiendo con el tipo penal, y se conformaba con menos elementos que debían probarse plenamente y reducir el grado de prueba para la probable responsabilidad, para la cual debería bastar con simples deducciones.⁴⁴

⁴³ Sobre toda la problemática de la reforma citada cfr. Mi libro: *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3a. ed, México, Porrúa, 2001.

⁴⁴ En este sentido, cfr. Lara Espinoza, Saúl, *Las garantías constitucionales en materia penal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999.

Bajo los parámetros antes descritos, se volvió a reformar el texto constitucional para quedar en los siguientes términos:

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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.

...
...⁴⁵

Por cuanto hace al artículo 19 de la CPEUM, quedó en los términos siguientes:

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.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prorroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

⁴⁵ *D.O.F.*, 8 de marzo de 1999

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación 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.

Como se puede apreciar, el cuerpo del delito ya no sólo quedó incorporado en el artículo 16 constitucional sino que ahora también regresaba al artículo 19 y la regulación de este último fue casi idéntica al original de 1917.

Dicha reforma habría quedado incompleta sin los cambios al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual, como hemos visto, determinó que los elementos del cuerpo del delito eran: objetivos y normativos cuando el tipo lo requiera.

Se debe decir que, en el fondo, la solución adoptada por el legislador de 1999 se tradujo en la reducción del número de pruebas y su grado de acreditación para poder detener a una persona y someterla a proceso penal. Ello es así porque la parte procesal referente al autor (probable responsabilidad) se podía “deducir” y no se necesitaba “probar”, lo cual dio lugar a un incremento del las ordenes de aprehensión, las consignaciones y los procesos penales de personas que, después de estar privados de su libertad por mucho tiempo, eran absueltos por falta de de pruebas contundentes que acreditaran que habían cometido el delito. La absolución del procesado se traducía en haber mantenido privado de la libertad a un inocente y, por tanto, el tiempo de prisión implicaba un abuso del *ius puniendi* del Estado, al anular el derecho fundamental de la libertad sin contar con los elementos de prueba suficientes para contravenirla y destruir la presunción de inocencia.

II. LA REFORMA DE 2008

El 18 de junio de 2008, se reformó la CPEUM para incorporar al sistema jurídico mexicano el proceso penal acusatorio. Al efecto, es notable lo señalado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia:

A diferencia del auto de formal prisión, que amerita la demostración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, el auto de vinculación a proceso se sustenta únicamente en la existencia de un hecho punible, sin implicar la imposición de la prisión preventiva, aunque sí otras medidas cautelares menos lesivas, como la prohibición de abandonar una determinada circunscripción territorial.

Precisan que, originalmente, la Constitución no preveía la necesidad de acreditar cuerpo y responsabilidad del inculcado para sujeción a proceso, y que dicha asimilación del auto de sujeción a proceso al auto de formal prisión, se introdujo como resultado de una interpretación jurisdiccional.

De acuerdo con la propuesta que formulan, la persona que es vinculada a un proceso puede conocer los medios probatorios que el Ministerio Público considera que le incriminan para preparar adecuadamente su defensa ante un juez y, al mismo tiempo, tiene la garantía que toda medida cautelar será decretada y controlada también por un juez, permitiendo que el costo del acceso a la jurisdicción no sea la prisión preventiva, pues al disminuir las exigencias probatorias para dar intervención al juez, se facilita la investigación y se permite que el imputado haga valer sus derechos ya no ante su acusador, sino ante un juez verdaderamente imparcial, ajeno a los intereses procesales de la acusación.

Por cuanto hace al Ministerio Público, señalan que podrá allegarse de medios probatorios aún cuando ya haya intervenido la jurisdicción y, en su caso, solicitar la apertura del juicio sin necesidad de acreditar de antemano —por sí y ante sí, como sucede en la actualidad— la probable responsabilidad del inculcado. La exigencia de un estándar probatorio tan alto como se exige actualmente para apenas dar inicio al proceso, ha sido tanto fuente de impunidad como de abusos; refieren que la propuesta que hacen

es acorde con las reformas consolidadas en países como Costa Rica y Chile, en los que ya no existe un auto formal de procesamiento.

Prevén como excepción que sólo cuando sea necesario decretar la medida cautelar extrema, es decir la prisión preventiva, se requerirá que el ministerio público pruebe, ante la autoridad judicial, la existencia del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad del inculpado, toda vez que esta exigencia es una protección que debe permanecer, cuando se trata de justificar una medida tan intrusiva como la prisión preventiva.⁴⁶

Una primera lectura de la exposición de motivos antes transcrita nos lleva a pensar que con la desaparición de las figuras “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad” se pretendió reducir la carga probatoria que antes tenía el Ministerio Público para poder solicitar al juez la orden de aprehensión o para dictar el auto de vinculación a proceso. Pero una lectura más detallada nos indica que la orden de aprehensión supone la privación de la libertad y que ello supone anular la garantía constitucional de libertad de tránsito, lo cual sólo puede proceder cuando estén plenamente comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y, además, que existan razones fundadas para considerar que hay peligro de que el indiciado se evada de la acción de la justicia. Lo anterior no impide que el Ministerio Público inicie con su labor de investigación e incluso que solicite la vinculación del imputado a proceso, pero siempre y cuando éste siga gozando de su libertad. Claro que ello no impide que se le impongan otras medidas cautelares y sólo en casos muy, pero muy, excepcionales se podrá solicitar su detención y consecuente privación de la libertad.

Conforme a lo señalado anteriormente, la redacción final de los artículos constitucionales quedó en los siguientes términos:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento

⁴⁶ Dictamen pp. 3 y 4.

escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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

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 vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Como hemos visto, el nuevo texto constitucional no se puede interpretar en el sentido de que la autoridad judicial tiene la facultad de librar la orden de aprehensión o dictar el auto de vinculación a proceso manteniendo al imputado privado de la libertad con la simple presunción de que cometió el delito, porque si así los hiciéramos estaríamos contraviniendo los principios del proceso penal acusatorio y la disposición de que el juez no deberá limitar la libertad a menos que haya pruebas plenas que acrediten la responsabilidad del imputado y, además, haya peligro de eva-

sión de la acción de la justicia. Es más, pueden estar plenamente acreditados los hechos que lo hacen relevante para el derecho penal y comprobado que el indiciado es responsable y, sin embargo, no se debe librar la orden de aprehensión o dictar la prisión preventiva mientras dura el proceso si se puede comprobar que el sujeto no se sustraerá de la acción de la justicia ni interferirá en el proceso, ni habrá peligro para la víctima.

Lo que llama la atención de la reforma es que se hayan contemplado delitos por los cuales el juez deberá ordenar oficiosamente la prisión preventiva, lo cual implica que aunque se demuestre que el imputado no se escapará, de todos modos será privado de su libertad. En cuyo caso, para hacer armónica la reforma, cuando menos se deberá acreditar “plenamente” el hecho relevante para el derecho penal y la responsabilidad penal del imputado.

Por otra parte, en el nuevo texto de los artículos 16 y 19 constitucionales se elimina de tajo cualquier confusión derivada del uso de los términos cuerpo del delito o elementos del tipo penal, para referirse simple y llanamente a los datos que establezcan que se ha cometido un delito, es decir, vuelve a dividir con claridad por una parte el hecho y por otra el sujeto. En consecuencia, se requiere de pruebas o indicios que lleven a la conclusión de que ha sucedido un hecho relevante para el derecho penal, pero otra cosa será determinar si ese hecho ha sido realizado por una persona que desplegó una conducta típica, antijurídica, culpable y, en ese caso, si lo realizó como autor o partícipe, lo cual será motivo de investigación durante la instrucción y deberá ser plenamente probado durante la audiencia de juicio oral, pero durante todo el procedimiento penal, y esto se debe recalcar con energía, el imputado o procesado deberá gozar de su libertad a menos de que haya un claro peligro de que se sustraiga de la acción de la justicia o alguna de las circunstancias o supuestos previstos en el segundo párrafo del artículo 19 de la CPEUM.

La nueva redacción de los artículos constitucionales citados genera diversos planteamientos en torno a la orden de aprehensión y al auto de vinculación a procesos con la medida cautelar de prisión preventiva.

El primero se refiere a las implicaciones procesales que tendrá la desaparición de las figuras “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad” de la CPEUM, pues si la reforma las suprime y casi todas las legislaciones locales todavía las contemplan, entonces parece haber una contradicción entre la norma suprema y la norma local.

El segundo tiene que ver con los alcances de la garantía constitucional de la libertad como principio rector del proceso acusatorio.

El tercero se refiere al grado de prueba necesario para poder privar de la libertad al ciudadano sea de manera provisional (orden de aprensión o prisión preventiva) o definitiva (condena).

De estos tres aspectos nos ocuparemos a continuación

III. ¿DEBEN DESAPARECER EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DE LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES?

Tal como hemos señalado, la supresión de las figuras procesales del cuerpo del delito y probable responsabilidad del texto constitucional nos llevaría a la interpretación gramatical de que dichas figuras pierden el sustento constitucional y, en consecuencia, deben desaparecer de los códigos de procedimientos penales que las siguen previendo tanto a nivel federal como local. Sin embargo, la afirmación anterior sólo podría tener sustento si dichas figuras se hubieran suprimido de la carta magna por considerar que contravienen los principios del proceso penal acusatorio o porque contraviene el espíritu de la reforma del nuevo sistema de justicia penal. Para responder a los planteamientos anteriores, es necesario esclarecer cuál es el verdadero sentido de dichas figuras en el sistema jurídico.

Así, aunque el nuevo texto de los artículos 16 y 19 de la CPEUM ya no contempla las figuras “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad”, ello no implica que el legislador las haya querido eliminar del nuevo proceso penal acusatorio, simplemente qui-

so evitar más confusiones y referirse claramente a los datos que establecen la existencia de un hecho relevante para el derecho penal y la posibilidad de que el imputado lo cometió como autor o partícipe, para proceder a la investigación y poder vincularlo a proceso sin necesidad de privarlo de la libertad.

Aunado a lo anterior, hay que recordar que antes de 1994 el artículo 16 de la CPEUM tampoco hacía referencia al cuerpo del delito, el cual sí estaba contemplado en el Código Federal de Procedimientos Penales y ello no implicaba que dicha figura fuera inconstitucional o que careciera de base constitucional, porque simple y llanamente implicaba el desarrollo específico de lo que estaba previsto en la norma suprema. En este sentido, siempre se debe buscar la armonía entre Constitución y leyes locales.⁴⁷

En conclusión, la permanencia de las figuras procesales del cuerpo del delito y la probable responsabilidad en los códigos de procedimientos penales, federal o estatales, no contraviene la reforma a los artículos 16 y 19 de la CPEUM realizada en el año

⁴⁷ Ello se puede apreciar en la siguiente tesis jurisprudencial:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 70. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- El numeral 7o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no contraviene el artículo 133 constitucional, pues sólo instituye la supletoriedad de las disposiciones de los Códigos Penal Federal y Federal de Procedimientos Penales, así como de las legislaciones que establezcan las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad e, incluso, las comprendidas en leyes especiales; por tanto, la supletoriedad indicada no atenta en contra del principio de supremacía constitucional, del que no se infiere ninguna jerarquía entre las leyes emanadas del Congreso de la Unión.

Amparo en revisión 173/2001.-25 de junio de 2002.-Once votos.-Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano.-Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías.

Amparo en revisión 444/2001.-25 de junio de 2002.-Once votos.-Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán.-Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

Amparo en revisión 446/2001.-25 de junio de 2002.-Once votos.-Ponente: Juan Díaz Romero.-Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

Tesis 70, *Apéndice* (actualización 2002), Novena Época, t. I, p. 290.

Véase también: Tesis P. XXVII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p. 7.

2008 ni mucho menos las bases del nuevo sistema penal acusatorio y, por tanto, no es necesaria una reforma para suprimirlas.

Luego entonces, debido a la larga tradición de las figuras “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad”, los legisladores pueden mantenerlas en los códigos adjetivos con la finalidad de orientar al Ministerio Público y la policía sobre los indicios que les pueden llevar a considerar la existencia de un hecho relevante para el derecho penal que se debe investigar y que bastará con sospechas o indicios sobre la probable responsabilidad del indiciado y que será durante la investigación y el procedimiento cuando deberán allegarse de pruebas plenas para ofrecerlas en la audiencia del juicio oral como soporte de la acusación.

Después de esclarecer la base constitucional del cuerpo del delito y la probable responsabilidad y su función, queda al descubierto que lo verdaderamente importante en este aparente conflicto de normas, gira en torno a la procedencia de la privación de la libertad sea preventiva (detención, orden de aprehensión o prisión preventiva) o definitiva (sentencia condenatoria) pues debemos tomar en cuenta que el principio rector es la protección de la libertad como derecho fundamental en el nuevo proceso penal acusatorio incorporado a la CPEUM.

IV. LINEAMIENTOS GENERALES DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD EN LA CARTA MAGNA

De acuerdo con todo lo desarrollado anteriormente, podemos establecer los siguientes postulados:

1. La probable responsabilidad ha estado prevista tanto en el artículo 16 como en el 19 de la CPEUM desde su promulgación en 1917.

2. El cuerpo del delito sólo estaba previsto en el artículo 19 de la CPEUM, pero no en el artículo 16.

3. En 1994 se incorporó al texto del artículo 16 constitucional los llamados elementos del tipo penal y dicho concepto sustituyó al cuerpo del delito previsto en el artículo 19 de la misma carta

magna, lo cual dio lugar a la confusión legislativa en todo el país, pues si en el artículo 19 de la norma suprema se sustituía el cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, ello significaba que eran lo mismo.

4. En realidad con la reforma de 1994 se pretendió exigir un grado probatorio pleno para poder librar la orden de aprehensión o dictar el auto de formal prisión y, de esa forma, proteger la libertad del indiciado.

5. La dificultad para probar plenamente desde la averiguación previa o al inicio del proceso penal los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, así como la impunidad que ello generaba, dieron lugar a reducir el grado probatorio creyendo que ello se debía a que el tipo penal contenía muchos elementos y que había que regresar a la figura del cuerpo del delito que contemplaba menos.

6. La errónea concepción de lo que realmente era el cuerpo del delito y su confusión con el tipo penal desde la CPEUM, dio lugar a la falta de unidad en la legislación procesal federal y local. De ahí que el cuerpo del delito en algunos códigos adjetivos tuviera menos elementos (elementos objetivos), mientras que en otros contaba con más (elementos objetivos, normativos y subjetivos), e incluso algunos de estos ordenamientos incluyen el dolo y la culpa.

7. Con la incorporación de las bases constitucionales para el procedimiento penal acusatorio en 2008 desaparecen del texto constitucional las figuras del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, pero ello no supone su pérdida de base constitucional porque no contravienen los principios del nuevo proceso penal acusatorio cuyo punto medular es la protección de la libertad del indiciado.

8. Por ende, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad se pueden seguir contemplando en la legislación procesal como guías de orientación sobre lo que se debe investigar y probar durante el proceso penal acusatorio. Luego entonces, no es nece-

saría una reforma para suprimirlos *per se* de las legislaciones adjetivas.

9. Problema distinto será el grado de prueba en cada momento procesal.

No obstante, para poder sustentar con todo rigor las conclusiones anteriores se requiere de una interpretación jurisprudencial y doctrinal que nos permita entender con claridad lo que verdaderamente es el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.