

HECHOS QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITOS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008*

● Luz Berthila Burgueño Duarte**

* El presente artículo es producto de la investigación titulada “Medios alternos de solución de conflictos a la luz de la teoría del delito. Estudio de casos”; el cual obtuvo financiamiento público dentro de la “20va. Convocatoria Interna de Apoyo a Proyectos de Investigación” de la Universidad Autónoma de Baja California, con duración de junio 2018 a mayo 2019. Fungiendo la autora como responsable técnico.

** Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; maestra en Ciencia Jurídico Penal por el INAGIPE; licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California en donde actualmente funge como profesora investigadora; miembro del SNI-CONACYT, nivel I, luz.burgueno@uabc.edu.mx. ORCID iD: orcid.org/0000-0002-1653-8695

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ Delito

Crime

○ Justicia restaurativa

Restorative justice

○ Igualdad

Equality

○ Legalidad

Legality

Resumen. Desde 2008 se traslada al Agente del Ministerio Público la carga de acreditar la existencia de un delito, pues para solicitar una orden de comparecencia, presentación o aprehensión debe especificar el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta. Esto trasciende a los llamados medios alternos de solución de conflictos, pues sin acreditar delito alguno se traslada el *ius puniendi* a favor de la víctima u ofendido, quien negociará con el imputado la reparación del daño, eliminando el reproche penal por la norma quebrantada en el supuesto de que se esté frente a una conducta delictiva. Esto convierte al Estado de derecho en un mercado de justicia, en donde la oferta y la demanda determinan los estándares de “justicia”, violentando los principios de igualdad y legalidad.

Abstract. Since 2008 the burden of proving the existence of a criminal offense is transferred to the Public Prosecutor’s Office since, to request an order of appearance, presentation or apprehension it must specify the criminal type that is attributed, the degree of execution of the act, the form of intervention and the willful or culpable nature of the conduct. This transcends the so-called alternative means of conflict resolution, since without proving any crime the *ius puniendi* is transferred in favor of the victim or offended, who will negotiate with the defendant to repair the damage, eliminating the criminal reproach by the broken rule, in the supposition that one is facing a criminal behavior. This makes the rule of law a market of justice, where supply and demand determine the standards of “justice”, violating the principles of equality and legality.

Fecha de recepción: 23 de agosto de 2019

Fecha de aceptación: 13 de noviembre de 2020

SUMARIO:

I. Introducción. II. Un breve asomo por el devenir del artículo 16 constitucional. III. Alcances de dar un trato homólogo a los vocablos hecho y delito. IV. ¿Justicia restaurativa para hechos no constitutivos de delito? V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El ser humano, desde las más incipientes estructuras sociales, ha establecido sus normas de conducta tendentes a la consecución de fines comunes, lo que a su vez ha implicado la imposición de reglas, límites y consecuencias ante la vulneración de estos. Ello se ha reflejado en las etapas evolutivas de las ideas penales, caracterizadas por la función represiva de quien detenta el poder; de las que en términos generales identificamos la venganza privada, venganza divina, venganza pública, el período humanitario, hasta llegar a la búsqueda de un derecho penal garantista que deje atrás el derecho penal de autor para dar paso a un derecho penal de acto.

A la luz de un estudio esquemático podemos encontrar diferencias puntuales y avances significativos entre estas etapas evolutivas de las ideas penales; no obstante, aún al día de hoy, resulta difícil argumentar de manera categórica que nos encontramos ante un derecho penal garantista que salvaguarde los derechos humanos de víctimas e inculpados, ya que en realidad contamos con legislaciones cuyo contenido evolutivo es mixto, pues en ellas se aprecian dejos de venganza privada, venganza pública y la incansable búsqueda de la salvaguarda de los derechos humanos de las partes. Faltará analizar si esta realidad se debe a ideas poco evolucionadas en esta función represiva del derecho penal, si deviene de errores legislativos o si enfrentamos descontroles y desbordamientos de riesgos que han sido incontenibles con las estructuras penales actuales, lo que ha llevado a replantear la necesidad de endurecer las normas, so pena de debilitar las ideas garantistas de todo Estado de derecho, si es que dicho garantismo “reúne las características para convertirse en una estrategia de lucha contra la criminalidad o, lo que es lo mismo, en un modelo político-criminal” (Díez Ripollés, 2017). O quizá sea un poco de todo.

A cuatro años de la vigencia a nivel nacional de un nuevo sistema de justicia penal en México, seguimos identificando contradicciones en su objeto

y aplicación, por lo que, usando como método el análisis normativo, revisando fuentes primarias y construyendo razonamientos jurídicos a la luz de la teoría del delito, en el presente estudio se analiza la trascendencia que guarda el objeto del reproche penal centrado en el “hecho que la ley señala como delito” consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución), partiendo de la hipótesis de que, *El libramiento de orden de aprehensión basado en el “hecho que la ley señala como delito” en términos de lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución, violenta los principios de legalidad, certeza jurídica y debido proceso*, lo que fundamentará la propuesta que aquí se planteará.

Lo anterior se analizará atendiendo al objetivo general de identificar los alcances que a la luz de la teoría del delito tienen los preceptos *hecho* y *delito*, consagrados en el artículo 16 constitucional. Ello, mediante dos ejes centrales: los requisitos constitucionales para solicitar una orden de comparecencia, presentación o aprehensión, y los alcances y contrasentidos dogmáticos de la justicia restaurativa frente a *hechos* que aún no han sido calificados como delitos. Análisis que nos permitirá sostener que el precepto *hecho* no puede tener el mismo alcance que el precepto *delito*, y que negar esta dicotomía violenta los principios de legalidad, certeza jurídica y debido proceso.

II. UN BREVE ASOMO POR EL DEVENIR DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

El devenir histórico del debido proceso penal en nuestra Constitución se centra en lo dispuesto por el artículo 16 emitido por el Constituyente de 1917 y sus posteriores reformas, de las que en el presente análisis nos permitimos destacar las de 1993, 1999 y 2008; esta última, al menos en los argumentos de creación centrada en mejorar el sistema de impartición de justicia que abandone al sistema inquisitivo y de pie a la creación de un nuevo sistema penal acusatorio.

En las reformas en cita, el libramiento de órdenes de aprehensión se ha centrado en los preceptos establecidos por la teoría del delito, tales como tipo penal, cuerpo del delito y ahora “hecho que la ley señala como delito”, lo que pareciera un cambio de estándar (Carbonell, 2010) que ha oscilado entre mayor o menor exigencia hacia el Ministerio Público. Reformas que para mayor referencia citamos a continuación:

Artículo 16 CPEUM de 1917... 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...

Artículo 16 CPEUM, reforma de 1993... 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 integren el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...

Artículo 16 CPEUM, reforma de 1999... 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 responsabilidad del indiciado...

Artículo 16 CPEUM, reforma de 2008... 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...

En este contexto, la reforma penal de 2008 da inicio al llamado nuevo sistema penal acusatorio, en donde se privilegia un derecho penal de acto y garantista, cuyo objeto, conforme lo dispuesto en su artículo 20, inciso A, fracción I, es “el esclarecimiento de los hechos”. Sin embargo, existe una dicotomía en el término, al ser expuestos dichos *hechos* a la luz del 16 constitucional como *delito*, ante lo cual cabe preguntarnos ¿qué debemos entender por *hecho* y qué por *delito*?, o si el legislador pretendió establecer ambos términos como sinónimo, con lo cual sin duda se corrompe la estructura dogmática del delito construida a la luz de la teoría del delito.

Cabe reconocer que este nuevo sistema acusatorio se ha centrado en importantes cambios procesales. No obstante, su eficacia sigue dependiendo de su congruencia con el derecho penal sustantivo y la debida aplicación de la teoría del delito, como esa “estructura que nos permite analizar de forma ordenada y sistematizada los criterios de interpretación de la norma penal” (Díaz Aranda, 2006) para determinar si se ha cometido un delito y a quién le es imputable el resultado contrario a la norma y, por tanto, es acreedor al correspondiente reproche social. Esto es, la teoría del delito es una herramienta que nos permite acreditar el “hecho que la ley señala como delito” a que refiere la reforma constitucional de 2008.

En aras de esta teoría del delito, dogmáticamente hablando, el vocablo *delito* lo entendemos como la conducta típica, antijurídica y culpable, por lo que será hasta que se acrediten estos tres elementos que podremos

hablar de delito, no antes. Así, en el artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), para dictar sentencia absolutoria el tribunal de enjuiciamiento determinará alguna causa de exclusión del delito, sea atipicidad, justificación o inculpabilidad. Mientras, en el diverso 406 se establece que, para dictar sentencia condenatoria, entre otros requisitos, se deberá argumentar por qué el sentenciado no está favorecido por alguna de las causas de la atipicidad, justificación o inculpabilidad. Esto confirma la integración del delito con los tres elementos que sostiene la postura dogmática mayoritaria.

Bajo esta premisa es que analizaremos el alcance de los términos *hecho* y *delito* a los que alude el artículo 16 constitucional en términos de los diversos procesos, tanto en su etapa primigenia de orden de citación, comparecencia o aprehensión como en un segundo momento dentro del auto de vinculación a proceso, sin menoscabo de sus alcances a la luz de los acuerdos reparatorios. Lo que nos permitirá sostener que ambos términos son diferentes y tratarlos como homólogos vulnera los principios de legalidad e igualdad ante la ley.

III. ALCANCES DE DAR UN TRATO HOMÓLOGO A LOS VOCABLOS HECHO Y DELITO

Si bien la denuncia o querrela detonan el proceso penal, son la orden de citación, la comparecencia o la aprehensión las instancias que ante la percepción de la víctima materializan el inicio de la anhelada justicia, al ser el procedimiento a través del cual se logra que el imputado se apersonen en el proceso (Ochoa, 2014). Por ello, resulta relevante identificar los alcances del “hecho que la ley señala como delito” al que alude el artículo 16 constitucional a la luz de su reforma de 2008 cuando sostiene que, para el libramiento de una orden de aprehensión, deberán obrar datos que establezcan que se ha cometido “ese hecho”, pues a la literalidad “ese hecho” refiere al *delito*. Esto nos lleva al adelantamiento del proceso mismo, ya que desde la solicitud de una orden de aprehensión se exige a la autoridad proporcionar datos que establezcan que se ha cometido una conducta típica, antijurídica y culpable, lo que sin duda sería un contrasentido del proceso mismo y del derecho a una defensa adecuada.

A la par de lo anterior, el nuevo sistema de justicia penal hace uso de la novedosa herramienta conocida como *teoría del caso*, en atención a la cual se

busca conocer lo que verdaderamente ocurrió mediante tres etapas: i) fáctica, que es la identificación de los hechos relevantes; ii) jurídica, consistente en la subsunción de los hechos dentro de un tipo penal, y iii) probatoria, formada por los medios que acreditarán las proposiciones fácticas (Ochoa, 2014). Esta teoría del caso se analiza a la luz de la dogmática penal reconocida por la parte sustantiva del derecho penal, y en base a ella será hasta que se agoten estas tres etapas que se podrá probar que un hecho es constitutivo de delito, esto es, que se está ante una conducta típica, antijurídica y culpable. De ahí que en etapas previas a la sentencia no se pueda hablar de delito, o de ese “hecho que la ley señala como delito”.

Mucho se ha dicho que, antes de este nuevo sistema penal, girar una orden de aprehensión resultaba una aproximación a la sentencia definitiva, lo que tornaba el tema del garantismo en una falacia y una lamentable vulneración a las garantías de defensa de la víctima. Ante ello, el nuevo sistema acusatorio establece que, cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público podrá solicitar al juez de control un citatorio, orden de comparecencia o aprehensión, siempre que cuente con datos que establezcan que se ha cometido “ese hecho” y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en “su comisión”. Aquí, la clasificación jurídica de “ese hecho” se debe determinar conforme lo dispuesto en el artículo 141 del CNPP, que establece:

Artículo 141. Citatorio, orden de comparecencia y aprehensión.

Cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar:

[...]

En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.

Disposición normativa que, en esta etapa primigenia del proceso penal, deja a cargo del Ministerio Público la integración de una carpeta de investigación que logre acreditar el hecho, la forma de intervención del probable responsable y la naturaleza de la conducta, lo que implica:

- a. Que todo hecho típico supone la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico (porque no puede existir un hecho típico donde no se haya lesionado ni puesto en riesgo el bien jurídico, por eso el hecho típico se consuma o se realiza en grado de tentativa);
- b. Que todo hecho típico supone que alguien intervino en su realización como autor o como partícipe (porque no puede existir un hecho típico donde nadie haya intervenido en su realización, por eso la realización del hecho típico supone una forma de autoría o de participación); y
- c. Que todo hecho típico supone una conducta dolosa o culposa (porque no puede existir un hecho típico que no sea dolosa ni culposamente realizado, por eso el hecho típico supone la presencia de una conducta activa u omisiva dolosa o culposamente realizada). (Quintino, 2014)

En este tenor, el Ministerio Público, en primer término, deberá acreditar el grado de ejecución —esto es, si la lesión al bien jurídico se consumó o quedó en grado de tentativa—, para lo cual necesariamente se debe identificar la voluntad final del sujeto activo mediante el análisis del bien jurídico puesto en riesgo y la idoneidad de los medios empleados por el sujeto activo. A modo de ejemplo, cabe preguntarnos: ¿ante un resultado de lesiones causadas por disparos de arma de fuego, en donde el sujeto pasivo no murió porque el sujeto activo tiene poca pericia en el uso de armas y los impactos de bala se ubican en el brazo del sujeto activo, el Ministerio Público acreditará homicidio en grado de tentativa o lesiones consumadas? O bien, en el supuesto en que un sujeto que se introduce a una casa habitación sin consentimiento del propietario y es detenido por la policía sin que el sujeto se hubiere apoderado de alguna cosa ajena mueble, ¿el Ministerio Público acreditará allanamiento de morada consumado o robo de casa habitación en grado de tentativa? Estos cuestionamientos se hacen tomando en cuenta que ambos análisis requieren valorar la voluntad final de la conducta del imputado y el bien jurídico puesto en riesgo.

A la par de lo anterior, se deberá acreditar si el sujeto activo intervino como autor o partícipe del hecho, esto es, si la conducta que se analiza se desplegó con dominio del hecho (sea directo, funcional o dominio de la voluntad), o bien con una participación accesorio a este dominio, tomando en cuenta que, con base al principio de accesoriedad limitada, estaremos en esferas de la participación solo cuando en el centro del evento delictivo se cuente con un autor que ha desplegado una conducta típicamente dolosa y antijurídica, situación en la que se deberá identificar al autor del

evento (Roxin, 2000). Y de nuevo nos preguntamos si en las etapas primigenias de una investigación en la que se requiera una orden de comparecencia, presentación o aprehensión el agente del Ministerio Público cuenta con elementos que le permitan arribar a estas conclusiones.

Problematicemos con otro ejemplo el tema de autoría y participación con un hecho de secuestro, en donde se imputa al sujeto *d* sobre su probable responsabilidad en la comisión de este delito, al ser el dueño de la bodega en donde fue rescatada la víctima, cuando realmente solo intervino en el hecho como cooperador necesario, que conforme lo dispuesto en el artículo 13 fracción VII del Código Penal Federal (CPF) lo son quienes “con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito”. En el supuesto en el que en dicha bodega no se hubiere encontrado a persona alguna y el Ministerio Público no cuente con autores en el centro de la responsabilidad penal, ¿cómo logrará solicitar al juez de control una orden de comparecencia, presentación o aprehensión a cargo del sujeto *d*? Se cuestiona esto debido a que, a la par de acreditar el hecho y el grado de ejecución, también tendrá que acreditar, en términos del principio de accesoriidad limitada, la forma de intervención que tuvo como partícipe y la naturaleza dolosa (dolo de partícipe) o culposa de su conducta, pero ¿cómo hacerlo si no hay datos que arrojen que este hipotético dueño de la bodega conocía y quería intervenir como partícipe de un secuestro en términos de la fracción VII del artículo 13 del CPF? ¿Cómo acreditar los elementos cognitivo y volitivo de la conducta del sujeto *d* cuando la autoridad aún no lo ha podido interrogar? Lo anterior, debido a que es precisamente para el esclarecimiento de los hechos que se solicita la orden de comparecencia, presentación o aprehensión, sin que en dicha etapa de la investigación se cuente con elementos que permitan acreditar que los hechos conocidos son constitutivos de delito.

Innegablemente, una indebida acreditación en la forma de intervención del *hecho* por parte del Ministerio Público redundará en una detención ilegal, lo que en vía de impugnación generará la inmediata libertad del acusado, lo que sin duda constituye un derecho en favor del acusado, pero a la vez un riesgo para la víctima y para esa anhelada búsqueda de la verdad de los hechos y de la añorada justicia. Así, en el ejemplo expuesto cabe preguntarnos si el Ministerio Público, para efectos de solicitar una orden de aprehensión, de comparecencia o un citatorio, realmente cuenta con elementos que le permitan sostener si la intervención del sujeto *d* (del ejemplo) se dio en una de las formas de autoría o participación (como

cómplice), requisito indispensable para obtener la aprobación de parte del juez de control.

Y como tercer punto de análisis, conforme los requisitos dispuestos en el citado artículo 141 CNPP, el agente del Ministerio Público deberá especificar la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, lo que lleva al análisis del dolo directo, dolo eventual, culpa sin representación y culpa con representación. Frente a tales elementos es relevante identificar la delgadísima línea que separa al dolo eventual de la culpa con representación, donde, conforme a la teoría de la previsibilidad, podemos valorar los elementos *cognitivo* y *volitivo* que los conforman. Así, tenemos que ambos elementos subjetivos del tipo penal (dolo eventual y culpa con representación) son coincidentes en cuanto al elemento *cognitivo* (pues en ambos casos se prevé como posible el resultado contrario a la norma), mientras que se diferencian ligeramente en la conformación de su elemento *volitivo* (ya que tratándose de dolo eventual el sujeto activo acepta o se conforma con el resultado previsto, mientras que en la culpa con representación el sujeto confía en la no producción de dicho resultado). De ahí que sea el elemento *volitivo* el eje rector para diferenciar un elemento subjetivo del otro.

Ejemplifiquemos. El sujeto activo, sin aplicar las medidas de prevención correspondientes, descargó en un río sustancias consideradas peligrosas por sus características tóxicas, sin que por la naturaleza del evento se pueda acreditar un nexo causal hacia un resultado de daño específico y se esté solamente en terrenos de riesgo al medio ambiente (conducta tipificada en el segundo párrafo del artículo 414 del CPF, en donde se imputa el que se “cause un riesgo de daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente”), atento a lo cual, conforme el *numerus clausus* (art. 60 del CPF), la conducta descrita en el artículo 414 del CPF solo merece sanción en su forma culposa cuando se está ante la hipótesis de resultado. Esto es, cuando estamos ante un resultado formal o de riesgo derivado de una conducta culposa, no merece sanción. De ahí que resulte improcedente una solicitud de orden de aprehensión culposa de este tipo penal, la cual sin lugar a dudas será negada por el juez de control, ante lo cual el Ministerio Público, para solicitar dicha orden de aprehensión, comparecencia o presentación deberá acreditar la naturaleza dolosa de dicha conducta.

Y de nuevo la pregunta: ¿en esta etapa de teoría fáctica, el Ministerio Público cuenta con los elementos para acreditar esta parte subjetiva de la conducta? Porque es probable que el sujeto activo acredite una culpa con

representación al sostener que, si bien previó como posible que con su conducta se generaría un riesgo al medio ambiente (ya que estaba consciente que no aplicó las medidas de prevención o seguridad correspondientes, con lo cual violó su calidad de garante), derivado de su juicio de previsibilidad, confió en que no se produciría dicho resultado, con lo cual lograría evadir el terreno del dolo eventual, y su conducta —para el ejemplo en cita— se llevaría a terrenos de la culpa con representación y, por tanto, a la no responsabilidad penal derivada del citado *numerus clausus*.

En este tenor, a pesar de las reformas constitucionales enunciadas al inicio del presente análisis, se observa que hemos dado pasos hacia adelante y hacia atrás, pasando de la necesidad de acreditar *cuero del delito* a la de acreditar *elementos del tipo penal*, y actualmente ante la necesidad de acreditar un *hecho* que, como lo hemos sostenido, a la lectura de la reforma constitucional de 2008 se entiende como *delito*. En relación a lo cual sostiene Ontiveros (2015):

... deberá quedar muy claro en el nuevo código procesal, con la redacción que decida el legislador, que ese “hecho” incluye a todos los elementos objetivos y a todos los elementos subjetivos del tipo (incluidos los elementos subjetivos del injusto, distintos del dolo). No hacerlo, dará la razón a los críticos de este punto de reforma, en el sentido de que se pretende volver a la responsabilidad objetiva. Y esto no es materia civil, sino penal, que es muy diferente.

Evidentemente, esta concepción del hecho con los alcances dogmáticos de la estructura del delito expone al Ministerio Público a una tarea investigativa que no se alcanza en la etapa primigenia de la indagatoria, lo que conlleva a solicitudes improcedentes de órdenes de aprehensión o a la vulnerabilidad de la concesión de estas sin reunir los requisitos que demanda la norma a la luz del alcance de estos vocablos (“hechos que la ley señala como delitos”). Esto se evidencia con la categórica postura del artículo 143 del CNPP al sostener que “no se concederá la orden de aprehensión cuando el Juez de control considere que los hechos que señale el Ministerio Público en su solicitud resulten no constitutivos de *delito*”. Mandato que a la luz de la teoría del delito se leería como *no se concederá la orden de aprehensión cuando el Ministerio Público no acredite que los hechos que investiga son constitutivos de una conducta típica, antijurídica y culpable*. ¿Pero estos alcances de esclarecimiento de los hechos no son materia de una sentencia? ¿Entonces, por qué trasladarle esa carga al Ministerio Público? Esta exigencia a cargo del Ministerio Público para el dictado de orden de aprehensión resulta aún más ilógica

cuando, conforme lo dispuesto por el artículo 316 del CNPP (en un sentido interpretativo del diverso 19 constitucional), para dictar auto de vinculación a proceso basten “indicios razonables de que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión”. ¿Entonces, la investigación del proceso penal va de más a menos?

Esto evidencia que el “hecho que la ley señale como delito” no debe ser entendido como *delito*, pues acarrea las contradicciones aquí expuestas. De ahí que la falta de congruencia y claridad del artículo 16 constitucional, en la parte que se analiza, sea inconsistente con el nuevo paradigma de un derecho penal garantista que tanto se ha difundido, ya que en su defecto violenta principios básicos como lo son el de legalidad, igualdad ante la ley, inocencia, debido proceso y, finalmente, el derecho de acceso a la justicia.

IV. ¿JUSTICIA RESTAURATIVA PARA HECHOS NO CONSTITUTIVOS DE DELITO?

La indebida homogeneización entre los vocablos *hecho* y *delito* violenta el principio de justicia al amparo de los acuerdos reparatorios que se siguen a la luz de los mecanismos alternativos de solución de controversias que privilegia el artículo 17 constitucional, en base a lo cual las voces que apoyan la justicia restaurativa sostienen:

... en muchas ocasiones en delitos donde se impone una pena privativa de libertad, origina un sufrimiento más profundo que el causado por la misma conducta punible, lo que resignaría tanto al agresor como a la víctima, y en general, a la misma sociedad. Es decir, se agrava la situación de los sujetos involucrados en el hecho punible. (Márquez, 2012)

No obstante el benéfico contexto restaurador del conflicto (Alanís, 2019), estas medidas no pueden socavar los principios de legalidad, igualdad y debido proceso.

En este contexto, reiteramos el contrasentido del nuevo sistema penal acusatorio, en donde el *ius puniendi* o derecho del Estado a castigar claudica ante el permiso de hacerse justicia por su propia mano, privilegiando la negociación, específicamente dentro de los acuerdos reparatorios, centrados en una reparación del daño incluso previo a la acreditación de la existencia de un delito. Situación que, como sostiene García Ramírez (2018), “en aras de la economía procesal y de la rápida solución de los conflictos

se admite la verdad pactada”, agregando que ante ello “la determinación de los hechos ya no depende de lo que se acredite en juicio ante el órgano jurisdiccional, sino de lo que convenga al Ministerio Público y el imputado, o éste y la víctima”.

Esta realidad que enfrentamos implica que:

... el principio de la autonomía de la voluntad, que reina en el derecho privado, parece haber regresado al derecho penal, pero confronta con los fundamentos de la disciplina y si bien desea ocupar algún lugar en él, ese lugar no está determinado todavía por completo. Por ello ya se ha hablado de una tendencia a la “privatización” del derecho penal. (Maier, 2015)

Lo que implica, por un lado, consentir el quebrantamiento de la norma, violentando con ello los fines de la pena establecidos en teorías como la funcionalista sistémica de la pena (Jakobs, 1997), en aras de la cual lo relevante de determinar la culpabilidad de un sujeto estriba en “la estabilización de la confianza en el orden destruido por el comportamiento delictivo” (Aguilar, 2007). Por otro lado, implica una total injusticia al orillar al acusado a acordar la reparación del daño respecto de una conducta que aún no se acredita que sea constitutiva de delito, ya que este proceso de justicia restaurativa se desarrolla en la etapa de la teoría fáctica, en la cual solo se cuenta con la narrativa de los hechos acontecidos, mientras que para hablar de *delito* se tendrán que valorar las excluyentes del delito consagradas en el artículo 15 del CPF.

De ahí que nos preguntemos: si aún no se ha acreditado la comisión de un delito ¿por qué se somete a alguien a la reparación del daño por la vía penal respecto de conductas no imputables penalmente?, ¿no estamos violentando el principio de presunción de inocencia y debido proceso?, ¿tiene la misma oportunidad de negociación el imputado que tiene dinero que aquel que no lo tiene? Estas preguntas nos llevan a sostener que los acuerdos reparatorios dependerán de la capacidad económica y de negociación de las partes, lo que a todas luces vulnera el principio de igualdad ante la ley, problemática que deriva del trato homólogo que se está dando a los vocablos *hecho* y delito, cuando a todas luces son términos con alcances dogmáticos y procesales diversos.

Esta realidad se evidenció con la investigación realizada durante el año 2018 en el Sistema Estatal de Justicia Alternativa Penal de Tijuana, Baja California, dentro del proyecto de investigación titulado “Medios alternos de solución de conflictos a la luz de la teoría del delito. Estudio de casos”,

en virtud del cual, con la debida reserva de datos personales, se analizaron 83 acuerdos reparatorios emanados de autos vinculados a proceso, precisando que, al no tener a la vista mayores datos, solo reflejamos análisis en torno a datos duros emanados de dichos acuerdos.

De estos datos identificamos que las conductas de mayor relevancia e incidencia “resueltos” a la luz de esta justicia alternativa son: robo de vehículo (aun cuando este tipo penal forma parte de los tipos penales enlistados en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo que en su caso implicaría analizar si estas conductas se desplegaron o no al amparo de esta forma de organización, lo que en su caso desencadenaría una prisión preventiva oficiosa, según lo dispuesto en el artículo 19 constitucional), a la par de robo equiparado a vehículos de motor robado (en su modalidad de uso de vehículo de motor robado o desmantelamiento), robos calificados a casa habitación o lugar cerrado (a pesar de estar identificados en el Código Penal de Baja California como delitos agravados, a los que se les impone una pena adicional a aquella señalada para robo con violencia), tipos penales en torno a privaciones de la vida ante la denominación de homicidio culposo en los que de manera notoria identificamos variantes en cuanto el monto de la “reparación del daño”, que sin duda cuestionamos al tratarse de vidas de igual valor), igualmente cuestionable fue un caso de abuso sexual cometido entre menores hermanos.

A la par de ello, se identificaron lesiones culposas, daño en propiedad ajena, despojo y abuso de confianza, cuyos resultados lesivos al bien jurídico de la salud y del patrimonio sí permiten cuantificar la reparación del daño hacia la víctima de forma objetiva, a diferencia de los tipos penales enunciados en el párrafo anterior, en donde se confrontan bienes jurídicos invaluable y respecto de los cuales es criticable el que se atienda solo la reparación del daño y se deje incólume la imposición de la pena por cuanto hace al quebrantamiento de la norma —claro está, en el supuesto de aquellos autos de vinculación a proceso que sí hubieren llegado a sentencia condenatoria—.

Estas afirmaciones emanan de evidentes disparidades que se identificaron entre acuerdos reparatorios que pese a versar sobre conductas típicas iguales, como el caso del tipo penal de homicidio culposo con motivo de manejo de vehículo (sin que de los acuerdos se aprecien datos que permitan valorar una reparación del daño en forma objetiva), se identificaron arreglos que oscilaron entre los montos de \$400 000 a los \$860 000 pesos e incluso por \$6 000 dólares USA (por concepto de daño en propiedad

ajena al vehículo que tripulaba el occiso y por la vida de este, pagaderos en parcialidades: un pago de \$2 000 dólares y 20 parcialidades mensuales de \$200 dólares). Además, se documentó un arreglo por \$231 000 pesos por un homicidio culposo agravado al ser producto de manejar en estado de ebriedad por parte del sujeto activo, pagadero de la siguiente forma: 19 mensualidades de \$3 000 pesos y 29 mensualidades de \$6 000 pesos. Así se están resolviendo los conflictos bajo este nuevo sistema de justicia penal, lo que evidencia los alcances de la negociación y confronta al Estado de derecho, cuestionando la efectiva tutela de los bienes jurídicos que consagra la norma penal.

En este contexto es que cuestionamos dos aspectos de la justicia alternativa al tenor de los alcances del enunciado “hechos que la ley señala como delitos” que consagra el citado 16 constitucional:

- Que se dé paso a la reparación de daños vía penal cuando no se cuentan con las estructuras dogmáticas para sostener que se ha cometido un delito, lo que implica un adelantamiento de la imposición de la pena a quien probablemente haya desplegado una conducta amparada por alguna de las causas excluyentes del delito consagradas en el artículo 15 del CPF, sean de ausencia de conducta, atipicidad, justificación o inculpabilidad. Lo cual no se alcanza a acreditar en la etapa de investigación, ni dentro del auto de vinculación a proceso, pues es una valoración que se logra a la luz del proceso penal centrado en pruebas irrefutables y de su conclusión en la etapa de sentencia.
- Que la negociación centrada en la reparación del daño permite, en algunos casos, eliminar la imputación penal a conductas que sí son constitutivas de delito (aun cuando este no se encuentre acreditado sino hasta la etapa de sentencia), pese a lo cual se les está eximiendo de la pena de prisión por el quebrantamiento de la norma. Vía alterna de solución de conflicto por la que se están inclinando las víctimas ante lo costoso e incierto que puede ser adentrarse a todo un proceso penal que permita, en su caso, arribar a una sentencia condenatoria; de ahí el ínfimo porcentaje de sentencias dictadas dentro de juicios orales.

Por lo tanto, ninguno de estos escenarios permite arribar a la añorada justicia, ya que se está privilegiando la imputación penal sin pruebas y su consecuente negociación a la luz de una venganza privada, lo que nos lleva al

contexto de la prisión preventiva oficiosa en aras de la cual cada vez “son menos los tipos penales que tienen a su favor la ciega presunción de inocencia (que, si bien es un eje rector del proceso penal acusatorio, debe implementarse junto con el debido proceso y la defensa adecuada)” (García Ramírez, 2016).

Ante ello, se vulnera la presunción de inocencia cuando en vía de acuerdos reparatorios se está imponiendo la pena de la reparación del daño sin haberse acreditado la existencia de una conducta delictiva, pues los “hechos que la ley señala como delitos” que le son exigidos acreditar al Ministerio Público hasta este momento procesal, como se ha sostenido, no son el delito mismo, sino —cuando mucho— conductas típicas que deberán analizarse a la luz de la dogmática penal y de cara a las excluyentes del delito para, solo entonces, poder hablar de una conducta delictiva y de la consecuente imputación penal.

V. CONCLUSIONES

La reforma constitucional de 2008 en materia penal aún tiene ante sí la labor pendiente de ponderar su aplicación práctica frente al añorado anhelo de una eficiente impartición de justicia, y debe considerar los diversos tropiezos que ha presentado ante las figuras dogmáticas de *tipo penal*, *cuerpo del delito* y ahora los “hechos que la ley señala como delitos”.

Conforme lo dispuesto en el artículo 2 del CNPP, entre los objetivos centrales del nuevo sistema de justicia penal está el de establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos. Para lo cual debemos tener claro que;

... para el ordenamiento jurídico penal, es responsable quien realizó el acto de infracción a la norma, habiendo podido motivarse por un cumplimiento. Para ello, es necesario que, comprobada la ausencia de causas de licitud y declarada la antijuridicidad del hecho, se valore la culpabilidad del sujeto. (Aguilar, 2007)

Solo entonces podremos estar en posibilidad de hablar del “hecho que la ley señala como delito”, objetivo que se logra en la etapa de sentencia, no antes.

De ahí que resulte improcedente que a nivel de las primigenias etapas del procedimiento penal, para efectos de librar una orden de aprehensión, conforme lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, se exija al

Ministerio Público especificar en su clasificación jurídica el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención (autor o partícipe) y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta; exigencias que se trasladan al CNPP incluso para la solicitud de citatorios y órdenes de comparecencia. Si bien con esto se busca un proceso garantista a favor de la presunción de inocencia, se torna en un monstruo de dos cabezas al proceso penal: por un lado, por la dificultad de conseguir que el juez de control conceda dichas órdenes de aprehensión y, por el otro, por el hecho de que estas se giren a pesar de no estar plenamente acreditada la existencia de un delito, lo que da la pauta a la consecuente imputación, ya que a la luz del artículo 143 del CNPP solo se concederá la orden de aprehensión cuando el juez de control considere que los hechos que señale el Ministerio Público en su solicitud resulten constitutivos de delito.

Este juego de palabras, derivado de las reformas al artículo 16 constitucional, nos lleva a caminar en círculos hacia la acreditación de los elementos del tipo penal y, en su caso, de cuerpo del delito (como lo establecieron las reformas de 1993 y 1999 a dicho artículo). Ante lo cual, como amplia y categóricamente lo ha sostenido García Ramírez (2018), el tema que nos ocupa no ha materializado el propósito favorable a las garantías del ciudadano, porque:

... la interpretación estricta, *pro persona*, de la expresión 'hecho que la ley señala como delito', obliga a considerar el conjunto de componentes de la descripción legal del ilícito, y con ello a poner en la escena el examen de lo que antaño se llamó cuerpo del delito o de los elementos del tipo penal: todos los elementos, porque la ausencia de alguno desvanecería la existencia de un 'hecho que la ley señala como delito', frase que no debe dejar dudas sobre su carácter omnicompreensivo.

Tenemos claro que para comprender la norma penal se puede recurrir a diferentes formas de interpretación, como son la literal, la sistemática y la histórico-teleológica (Díaz Aranda, 2016); sin embargo, en el tema que nos ocupa, cuando la interpretación literal nos lleva a confundir los hechos con delitos desde la etapa de solicitud de una orden de aprehensión, sí estamos ante una necesidad imperiosa de adecuar la redacción legal a fin de dejar claro que “el hecho que la ley señala como delito se enfoca a los elementos argumentativos del tipo penal” (Constantino, 2016).

En este contexto, se sostiene que el libramiento de la orden de aprehensión basado en el “hecho que la ley señala como delito”, en términos de lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución, violenta los principios

de legalidad, certeza jurídica y debido proceso, alejándose del espíritu del nuevo sistema de justicia penal, por lo que proponemos suplir dicha redacción por la siguiente: “no podrá librarse orden de aprehensión sino por un hecho probablemente constitutivo de delito”. Esta redacción, si bien no resuelve del todo la imprecisión del término, establece congruencia con la etapa indiciaria del proceso penal, en la cual el Ministerio Público solo cuenta con indicios que hacen suponer la existencia de un delito, lo que deberá ser suficiente para requerir que el imputado se apersona a fin de profundizar en la investigación y se instauraría en consistencia con los parámetros establecidos por el CNPP para el libramiento del auto de vinculación a proceso, y sería aún más válido para la solicitud de una orden de aprehensión.

La anterior propuesta deberá impactar la actual redacción del artículo 143 del CNPP a fin de que, en lugar de la negativa a conceder órdenes de aprehensión que no versen sobre hechos constitutivos de delitos, se redacte en el sentido de “concederse cuando el Juez de control considere que la solicitud se basa en hechos probablemente constitutivos de delitos”. Ello nos lleva al terreno de la prueba indiciaria, la cual sí es factible acreditar dentro de la carpeta de investigación.

Las adecuaciones propuestas dotarán de mayor certeza jurídica y legalidad la concesión de órdenes de aprehensión por parte del juez de control, en tanto que evitará la exigencia a cargo del Ministerio Público de acreditar el delito para estar en posibilidad de solicitarla; por otro lado, aquellas ordenes de aprehensión concedidas con base a indicios que acrediten la probable comisión del delito cerrarán la puerta a la impugnación de aquellas basadas en la redacción actual, en donde bastará sostener que el Ministerio Público no acreditó el delito (conducta típica, antijurídica y culpable) para reclamar la ilegalidad de la misma.

La añorada justicia del sistema penal no siempre alcanza los niveles ideales de equilibrio, pues como sostiene Rawls (2014):

... el hecho de que una situación sea de equilibrio, incluso de tipo estable, no implica que sea justo o correcta. Lo único que significa es que dada la evaluación que los hombres hacen de su posición, actuarán eficazmente para conservarla.

En este sentido, que sea la historia quien evalúe los aciertos y desaciertos de la reforma que nos ocupa, con los riesgos que implica hablar de errores irreparables y, quizá, de las consecuencias lógicas de inconsistencias jurídicas tendentes a crear entornos más cómodos para una delincuencia que

tiende a proliferar, y en donde el acomodo sin sentido de los conceptos torna esta añorada justicia en una ambivalencia tal que pone en entredicho los principios de legalidad, certeza jurídica y debido proceso.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Aguilar López, M. A. (2007). *El delito y la responsabilidad penal. Teoría, jurisprudencia y práctica*. México: Editorial Porrúa.
- Alanís García, J. R. y otros (2019). *Código Nacional de Procedimientos Penales en perspectiva. Reflexiones desde la Judicatura*. México: Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial.
- Biebrich Torres, C. A. y Spíndola Yáñez, A. (2009). *Diccionario de la Constitución mexicana. Jerarquía y vinculación de sus conceptos*. México: Instituto Mexicano de Estrategias, Porrúa, Consejo Editorial Cámara de Diputados LX Legislatura.
- Castellanos Tena, F. (2015). *Lineamientos elementales del derecho penal, Parte general*. México: Editorial Porrúa.
- Carbonell, Miguel (2010). “Sobre el nuevo artículo 16 constitucional”. *Reforma Judicial Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15-16. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Díaz Aranda, E., Roxin, C. y Ochoa Contreras, C. (2014). *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio. Conforme a las reformas constitucionales 2008-2011, los Tratados Internacionales y al Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: STRAF.
- Díaz Aranda, E. (2008). *Proceso penal acusatorio y teoría del delito (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*. México: STRAF.
- Díaz Aranda, E. (2006). *Teoría del delito. Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos*. México: STRAF.
- Díez Ripollés, J. L. (2017). “El abuso del sistema penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19.
- García Ramírez, S. (2018). *El procedimiento penal. Constitución y código nacional*. México: Editorial Porrúa.
- García Ramírez, S. (2016). *Los principios del procedimiento penal. Constitución y Código Nacional*. En Arely Gómez González (Coord.). *El sistema penal acusatorio en México 2008-2012*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 2ª. Edición.
- Maier, J. (2015). “Transición del sistema de justicia penal: del modelo inquisitivo al acusatorio ¿inquisición o composición?”. En Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Sistema de Justicia Penal en México: Retos y Perspectivas*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Márquez Cárdenas, A. E. (2012). “La mediación como mecanismo de justicia restaurativa”. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. XV, núm. 29. Bogotá, D.C. Colombia.
- Nava González, W. (2017). “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 37.
- Ontiveros Alonso, M. (2015). *Cinco problemas y soluciones en el proceso penal ordinario*. En Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Sistema de Justicia Penal en México: Retos y Perspectivas*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Quintino Zepeda, R., Díaz Aranda, E. y Constantino Rivera, C. (2016). *Hecho que la ley señala como delito*. México: Editorial MaGister.
- Quintino Zepeda, R. (2014). *¿Cómo clasificar un hecho? Conforme el Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: Viento de Vela.
- Rawls, J. (2014). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons.

NORMAS JURÍDICAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código Penal Federal
Código Penal de Baja California
Código Nacional de Procedimientos Penales