

00781

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

20
2º.

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE
POSGRADO
DOCTORADO POR INVESTIGACION

TESIS PRESENTADA POR EL
DOCTORANDO JOSE NIEVES LUNA
CASTRO, PARA OBTENER EL
GRADO DE DOCTOR EN DERECHO.

261652

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

México, Distrito Federal, enero de 1998.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Título de la tesis:
"ANÁLISIS DE LA APLICACION DEL CONCEPTO DE TIPO PENAL EN MEXICO,
CON MOTIVO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE SEPTIEMBRE DE 1993"

Grado y nombre del tutor o director de tesis:

DOCTOR EN DERECHO, RAFAEL MARQUEZ PIÑERO, CATEDRATICO DE DERECHO
EN LA U.N.A.M. Y LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA.

Institución de adscripción del tutor o director de tesis:

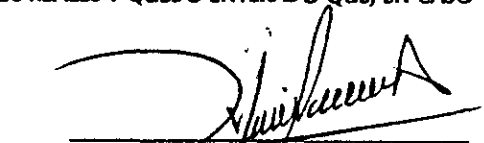
Resumen de la tesis: (Favor de escribir el resumen de su tesis a máquina, como máximo en 25 renglones a un espacio, sin salir de la extensión de este cuadro.)

La tesis contiene: introducción, seis capítulos y bibliografía. En el primer capítulo se hace un estudio detallado sobre el origen, estructura y evolución histórica del concepto "Tipo Penal", dentro del marco teórico de la dogmática de la teoría del delito. Atendiendo a los criterios de los autores más representativos de las corrientes causalista y finalista. En el capítulo segundo se profundiza en el análisis acerca de las diferentes nociones jurídico penales del vocablo "tipo". El capítulo tercero se dedica a la ubicación del concepto "Tipo Penal" dentro del derecho positivo mexicano asignando especial interés en el marco legal derivado de la Constitución del País de lo que resalta la imposibilidad de pretender imponer por vía del Congreso Federal un concepto de tipo penal afiliado a una dogmática en particular, por tanto se hace énfasis en la vigencia del sistema Federal y la obligación de respetar el principio de reserva entre Federación y Estados miembros. El capítulo cuarto, contiene la exposición de resultados relativos al trabajo de campo realizado para captar las diferentes formas de comprender el concepto tipo penal, en nuestro país, por parte de los sujetos implicados en la procuración e impartición de justicia. Igualmente se exponen diversas gráficas para demostrar tales opiniones. En el quinto capítulo se pone en relieve la necesidad de contar con un criterio uniforme respecto del concepto "tipo" captado por la Constitución Federal y se establecen también las necesidades metodológicas para la creación de las leyes. Finalmente en el sexto capítulo se establecen las conclusiones de las que se advierte la demostración de efectos negativos derivados de la reforma Constitucional de 1993 y las posibilidades reales y legales de solucionar la situación caótica provocada, destacándose la posibilidad de unificar a nivel nacional el Código Penal.

(NOTA: Se anexa Traducción en Inglés).

LOS DATOS ASENTADOS EN ESTE DOCUMENTO CONCUERDAN FIELMENTE CON LOS REALES Y QUEDO ENTERADO QUE, EN CASO DE CUALQUIER DISCREPANCIA, QUEDARÁ SUSPENDIDO EL TRÁMITE DEL EXAMEN

Fecha de solicitud: 04 DE MAYO DE 1998.


Firma del alumno

Acompaño los siguientes documentos:

- Nombramiento del jurado del examen de grado
- Aprobación del trabajo escrito por cada miembro del jurado
- Copia de la última revisión de estudios
- Comprobante de pago de derechos por registro del grado

Biblioteca del Plantel

Biblioteca Central

Entrega ejemplares de tesis

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
SECRETARÍA GENERAL
DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
SOLICITUD PARA EL TRÁMITE DE EXAMEN DE GRADO DE MAESTRÍA O DOCTORADO

DATOS GENERALES

No. de cuenta 96818312 No. de expediente 7962706
Nombre LUNA CASTRO JOSE NIEVES
primera apellido segundo apellido nombre(s)
Dirección ECA DO QUEIROS 991-CASA 85 Colonia JARDINES UNIVERSIDAD
Población o ciudad ZAPOPAN Def. o municipio ZAPOPAN Estado JALISCO
C.P. 45027 Tel. particular 629-67-09 Tel. oficina 658-45-36 6 658-45-37
Nacionalidad MEXICANA Sexo F M
Lugar de nacimiento SAN CRISTOBAL DE LA BARRANCA Fecha de nacimiento 16 DE MARZO 1960
Dirección de origen _____
calle y número
población o ciudad estado país código postal

ESTUDIOS ANTECEDENTES

LICENCIATURA

Plan de Estudios LICENCIATURA EN DERECHO
Institución UNIVERSIDAD GUADALAJARA Facultad o escuela FACULTAD DE DERECHO
País MEXICO Estado JALISCO
Promedio 93.1 Fecha de titulación (día/mes/año) 31/10/86

ESTUDIOS DE POSGRADO

Nivel y plan de estudios MAESTRIA EN DERECHO PENAL
Institución UNIVERSIDAD GUADALAJARA Facultad o escuela ESCUELA DE GRADUADOS
País MEXICO Estado JALISCO
Fecha de diplomación o graduación (día/mes/año): 20/12/90
Nivel y plan de estudios _____
Institución: _____ Facultad o escuela _____
País _____ Estado _____
Fecha de diplomación o graduación (día/mes/año) _____

DATOS PARA LA REVISIÓN DE ESTUDIOS

Entidad académica DIVISION DE ESTUDIOS DE POSTGRADO.FAC. DE DERECHO U.N.A.M
Plan de estudios DOCTORADO EN DERECHO POR INVESTIGACION
Año y semestre de ingreso 1996 II Promedio indicado en la última revisión de estudios 1998 II
Año y semestre en que cursó su última asignatura o concluyó los requisitos del plan de estudios _____
Cursó el plan de estudios con beca si no Otorgada por _____
Realizó tesis si no Con beca si no Otorgada por _____

ANEXO
TRADUCCION EN INGLES DE LA SINTESIS DE TESIS,
RESPECTO DE LA SOLICITUD PRESENTADA POR:
JOSE NIEVES LUNA CASTRO, EN LA FORMA
DGAEP-006.

The content of this thesis is as follows: six chapters and bibliography. In the first chapter a study in detail is made on the origin, structure and historic evolution of the concept of "tipo penal" within the theoretic context of dogmatism of the theory of crime. In the second chapter a deep analysis is made about the different legal and penal meanings of the word "tipo". The third chapter is dedicated to the location of the significance of "tipo Penal" within the valid Mexican Law, giving special emphasis on the legal aspect derived of the Politic Constitución of the Nation, wich remarks the impossibility of intending to impose a meaning of the "tipo penal" applied to a dogmatic model in particular; therefore an emphasis is made on the validity of the federal legal system and the resultant abligation of respecting the named "principio de reserva" between Federation and the states members. Te fourth chapter contains an exposition of the results concerning the research in order to obtain the different ways of understanding the term "tipo penal" in our country. Th fifth chapter analyses the necessity of counting on a uniform criterion about the significance of "tipo" understood by the Federal Constitution related as well with the methodical necessity of legislation. Finally, in the sixth chapter, conclusions are made on the negative effects derived of the 1993 constitucional reform and the real and legal possibilities of giving a solution to the chaotic situation, remarking the possibility of unify the Penal Code nation wide.

"ANALISIS DE LA APLICACIÓN DEL
CONCEPTO DE TIPO PENAL EN
MEXICO, CON MOTIVO DE LAS
REFORMAS CONSTITUCIONALES
DE SEPTIEMBRE DE 1993"

INDICE

INTRODUCCION.....	Pág. 7
-------------------	-----------

CAPITULO PRIMERO

"ORIGEN Y EVOLUCION DEL CONCEPTO TIPO PENAL DENTRO DE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMATICA JURIDICO-PENAL DE LA TEORIA DEL DELITO"

Sumario.

1.1 Apuntes Preiiminares.....	21
1.2 Aspecto histórico en relación al surgimiento del concepto tipo.....	28
1.3 La obra de Beling.....	30
1.4 Evolución.....	35
1.5 Estructura del tipo.....	48
A. Elementos descriptivos, de mera descripción objetiva o simplemente objetivos.....	50
B. Elementos normativos.....	53
C. Elementos subjetivos.....	59
1.6 El tipo de acuerdo con la concepción tradicional (causalista).....	77
1.7 El tipo en la teoría finalista.....	83
1.8 El tipo penal bajo la perspectiva de la llamada lógico-matemática.....	95

CAPITULO SEGUNDO

"EL VOCABLO TIPO Y SUS DIFERENTES
CONCEPTUALIZACIONES"

Sumario:

2.1 Apuntes preliminares.-----	105
2.2 El tipo en sentido estricto.-----	107
2.3 El tipo en sentido amplio.-----	109
2.4 El tipo de acuerdo a sus funciones (tipo sistemático, tipo garantía, etc.).-----	110
2.5 El tipo en función de la clase de delitos que describe.-----	112
2.6 El tipo de injusto.-----	113
2.7 El tipo con alcance valorativo.-----	114
2.8 El tipo "general".-----	115
2.9 Tipo de hecho y tipo legal.-----	115
2.10 El tipo total (Claus Roxin).-----	116
2.11 El tipo permisivo.-----	119
2.12 El tipo conglobado.-----	120
2.13 El tipo avalorado.-----	120
2.14 Tipo objetivo y tipo subjetivo.-----	121
2.15 El tipo mixto o complejo.-----	122
2.16 Tipo garantía, tipo sistemático y de error.----	123
2.17 Tipo de autor y tipo de acto.-----	125
2.18 Tipo judicial.-----	126
2.19 Las diversas denominaciones del tipo conforme a la posición lógico-matemática.----	126
2.20 El tipo y sus diversas clasificaciones.-----	127

CAPITULO TERCERO.
"EL CONCEPTO TIPO PENAL EN EL MARCO
DEL DERECHO PUNITIVO MEXICANO".

Sumario:

3.1 Palabras iniciales.-----	130
3.2 El marco constitucional en que se dio la reforma de 1993.-----	132
3.3 Noción de cuerpo del delito, su esclarecimiento por el Máximo Tribunal del país y su compenetración en México.-----	149
3.4 Transición entre cuerpo del delito y tipo penal.-----	155
3.5 Derecho penal y procesal penal en México, en torno al cuerpo del delito y tipo penal, antes y después de la reforma.-----	190

CAPITULO CUARTO.
"LAS DIFERENTES MANERAS DE
COMPRENDER EL CONCEPTO TIPO PENAL, EN
MEXICO, POR PARTE DE LOS SUJETOS
IMPLICADOS EN LA PROCURACION E
IMPARTCION DE JUSTICIA PENAL".

Sumario.

4.1 Apuntes preliminares.-----	229
4.2 Exposición de resultados obtenidos mediante entrevistas, investigación documental de resoluciones judiciales y jurisprudencia.-----	232
4.3 Interpretación de cuadros y gráficas.-----	295

CAPITULO QUINTO

"NECESIDAD DE CONTAR CON UN CRITERIO UNIFORME EN CUANTO A TIPO PENAL Y DE UBICAR UN CONCEPTO CONGRUENTE CON LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA PENAL MEXICANO".

Sumario:

5.1 Breve referencia a los fines del derecho.....	296
5.2 La metodología para la creación y modificación de normas jurídicas.....	300
5.3 Posibilidad de unificar el código penal a nivel nacional.....	303

CAPITULO SEXTO

"CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES".

Conclusiones y propuestas.....	308
BIBIOGRAFIA.....	317

INTRODUCCION

La metodología aconsejada para el adecuado desarrollo del tema de investigación propuesto, hace necesario reiterar los lineamientos trazados en el protocolo del que deriva, puntualizando el problema planteado, el reconocimiento de la realidad y estado de conocimiento teórico conceptual aplicable, las hipótesis de posible comprobación, así como los resultados obtenidos de las investigaciones tanto documentales como de campo, y las consecuentes conclusiones y propuestas resultantes.

En este caso, el ánimo de investigar los efectos provocados por la aplicación de la reforma constitucional de septiembre de 1993, particularmente en lo que atañe a la recepción "novedosa" del concepto TIPO PENAL en los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, emana de nuestra peculiar perspectiva como integrantes del Poder Judicial de la Federación, y la trayectoria que dentro de éste, así como de la Institución del Ministerio Público, nos permite darnos cuenta de la manera en que los sujetos implicados en las áreas de procuración e impartición de Justicia (Postulantes, Agentes del Ministerio Público, Jueces, Magistrados y Ministros) conciben ese concepto

de TIPO PENAL, conforme a distintos (a veces desacertados) criterios y a la luz de distintas concepciones dogmáticas (causalista o tradicional, finalista y lógico-matemática básicamente). Asimismo, nos percatamos, en vía de consecuencia, de los efectos que en dichas áreas se producen a raíz de esa diversidad en cuanto a opiniones, surgiendo así una realidad vivida en nuestro país a partir de tal reforma en el ámbito de la legislación federal, así como las reacciones que se han venido dando en las legislaciones de las distintas Entidades Federativas.

Lo anterior se traduce en un fenómeno de actualidad, analizable a la luz de la dogmática y en función de las repercusiones que la pretendida adopción del sistema finalista (principalmente en la legislación federal ordinaria) ha desencadenado, todo ello sin perder de vista que en nuestro país rige un sistema de República Federal, donde existe también un sistema de competencias entre Federación y Entidades Federativas, de donde se sigue que, conforme al *principio de reserva*, las legislaturas locales, en aquello no reservado a la federación, (como es la creación legislativa de los ordenamientos penales estatales), conservan su autonomía (sin polemizar en el tema de la "soberanía" de los Estados), y por tanto, mantienen la

facultad de adherirse o no al sistema dogmático y jurídico-penal que estimen pertinente y congruente con su realidad social.

Por otra parte, resulta indiscutible el hecho de que la aludida aplicación del concepto tipo penal no puede verse únicamente como simple cambio terminológico, pues sin duda tal aplicación incide en todo el esquema jurídico penal que se adopte y sus consecuentes efectos tanto en el ámbito de procuración como de impartición de justicia. Todo ello obviamente enmarcado en un determinado criterio de política criminal y los fines que con el se persiguen, que de ningún modo pueden ignorarse y para cuya conformación es menester atender a la auténtica realidad social, en términos políticos, económicos y sobre todo culturales en relación a los niveles de preparación técnica o académica de los diversos sujetos implicados en la procuración y administración de justicia.

En consecuencia, debe admitirse que la reforma en cuestión potencialmente puede trastocar (en el ámbito federal ya lo hizo) toda la estructura jurídico-penal tradicionalmente aceptada en nuestro país, y en el período de transición respectivo, los afectos de la

aplicación del concepto TIPO PENAL (que según nos proponemos demostrar, tenemos que admitirlo como plurívoco), no son del todo positivos, dado que el derecho penal que se siga en una determinada sociedad, no deja ser parte de un mayor sistema de control social ineludiblemente vinculado a fines de política criminal, la que a su vez, no puede prescindir del respeto irrestricto a las garantías constitucionales, destacando así la de seguridad jurídica en su más amplia acepción.

Por tanto, la actividad legislativa, aún la del constituyente permanente (por cuanto a las enmiendas o "mejoras" constitucionales), es susceptible de ser objeto de crítica en la medida en que apartándose de los lineamientos constitucionales básicos y prevaletentes (sistema federal de competencias, principio de reserva, garantía de seguridad jurídica.), produzca dispositivos o normas, aún de carácter constitucional, cuya indebida interpretación (ya sea por su elaboración confusa o inadecuada, o por la ignorancia y falta de preparación de los sujetos que la aplican), lejos de aportar bases para una mejor administración de justicia, en este caso en materia penal, propician pluralidad de opiniones o criterios que, al ser sostenidos y aplicados en la práctica ministerial y

judicial, repercuten en una situación de incertidumbre, lo cual afecta de manera general a la seguridad jurídica, no sólo de aquellos que en cada supuesto particular se beneficien o perjudiquen de la aplicación de determinado criterio, sino de la colectividad entera.

De todo ello, surgen diversas interrogantes entre quienes de alguna manera se adentran en el análisis de la citada reforma constitucional (las cuales, así como sus posibles respuestas, se enmarcan dentro de las hipótesis de posible comprobación de este trabajo) y por citar algunas de esas preguntas, enlistaremos las siguientes: a) ¿Existe en realidad en México un sistema de gobierno republicano y auténticamente federalista?; b) ¿Tienen los Estados de la República verdadera autonomía para legislar en materias no reservadas a la federación?; c) ¿la creación legislativa de las normas penales de aplicación local, es facultad de los estados o de la Federación?; d) ¿La determinación del contenido del tipo penal, en cada Estado, y siguiendo la concepción dogmática que prefiera (tradicional o finalista) es legal y constitucionalmente posible?; e) ¿El no seguir el criterio adoptado en el artículo 168 del Código Federal de procedimientos Penales convierte en inconstitucional a un ordenamiento local discrepante?; f) La Constitución general del país, al hablar de TIPO

PENAL podrá referirse exclusivamente a la concepción finalista del tipo o, por el contrario (como en su momento, con el vocablo cuerpo del delito) se cumple solamente una función de garantía procesal sin filiación dogmática alguna?; g) ¿Es legalmente posible que con la reforma de los artículos 16 y 19 constitucionales se obligue a todas las legislaciones del país para que adopten un determinado sistema dogmático-jurídico penal?; h) ¿Cuál es el contenido del tipo penal entratándose de legislaciones que persistan en adoptar un sistema tradicional?; i) ¿Es posible que la Suprema Corte de Justicia pretenda solucionar el problema a nivel nacional, inclinándose por uno de los sistemas teóricos al conceptualizar el tipo, pero pasando por alto esa autonomía de los Estados para legislar en materia penal, consagrada en el sistema federal de la Constitución que nos rige?; j) ¿Cuál ha sido y cuál puede ser la posición adoptada al respecto por el Máximo Tribunal de la Nación?; k) el concepto tipo penal es plurívoco o acepta únicamente una conceptualización?; l) ¿Los sujetos implicados en la procuración e impartición de justicia a nivel federal y local, comparten un criterio único respecto del tipo, o lo conciben en formas distintas?; ll) ¿Si existe incertidumbre y disparidad de criterios respecto de un concepto elevado al rango de garantía constitucional de

legalidad procesal, se atentará con ello a la seguridad jurídica de la sociedad mexicana?; m) ¿Los sujetos implicados en esas tareas, en todo el país, cuentan con la capacitación técnica, académica y profesional para conceptuar el problema del tipo penal en su justa dimensión y conforme a la evolución de la ciencia del Derecho Penal, particularmente la llamada moderna dogmática jurídico-penal, dentro de la teoría del delito?; n) ¿Las instituciones universitarias y de educación superior, en todo el país (no sólo en el centro), han tenido o cuentan con los programas de estudio suficientemente actualizados para producir profesionales que sin dificultad comprendan el alcance dogmático que se pretende dar por algunos a la citada reforma constitucional?

Esas solo son algunas de las cuestiones que en la actualidad y a partir de las aludidas reformas, deben hacerse los sujetos implicados en la administración de justicia en este país, y su respuesta representa el objeto de esta investigación, pues todas ellas se vinculan con la hipótesis primaria que de comprobarse pone al descubierto la justa dimensión de la reforma penal ocurrida, sus efectos negativos, y la sana posición de poner en duda las opiniones doctrinarias de quienes suponen que todo el país permanece obligado a seguir

criterios dogmáticos, sin reparar en la posibilidad legal de ello conforme al sistema federal en el que vivimos, y la autonomía estatal de él emanada, por lo que a la legislación punitiva ordinaria se refiere.

Por tanto, la demostración de efectos negativos, tales como la confusión, la falta de criterios uniformes y la consecuente impunidad o injusticia, sin duda conduce a reconocer que se provocó un ámbito de inseguridad jurídica como efecto de la aplicación de reformas probablemente poco meditadas, improvisadas o precipitadas sin atender a una realidad que a nivel nacional no corresponde a lo pretendido.

Pues bien, para lograr dar inicio a la *exposición* creemos pertinente, respecto de la forma en que se desarrollará nuestro trabajo, acudir a una parábola atribuida a Platón, en los términos siguientes:

Se dice que Zeus envió un mensajero, para que repartiera entre los hombres los dos fundamentos esenciales de la civilización humana, considerando como tales al *aidós* y *diké* y ordenando que *quien no fuera capaz de participar de ellos, sería eliminado como a una enfermedad de la ciudad*; considerando al primero, "*aidós*", como "*el pudor, el respeto, el*

sentimiento moral"; y por "*diké*" el "*recto sentido de la justicia*".

De acuerdo con ello, podría más o menos entenderse que el área de la ética es la que responde al llamado *aidós*; comprendiendo la disposición del sujeto libre de reconocer la humanidad de los demás como semejantes, con el consecuente respeto que ello implica.

Por otra parte el *diké*, comprendería la conciencia generalizada y formal de lo que a cada cual corresponde y el conjunto de garantías que aseguran su protección.

Creemos que esa narración puede servir de inicio pues continúa vigente la premisa de que una sociedad civilizada requiere de la práctica de la ética y el derecho, de modo tal que no es posible concebir convivencia alguna, ni mucho menos formas complejas de organización social, si no están fundamentadas, entre otros aspectos, por los señalados; admitiendo que *no toda moral debe estar amparada por el derecho, pero sí todo derecho, amparado por la moral*.

En este trabajo sólo nos ocuparemos de la norma jurídica penal, concretamente de la reforma constitucional y sus efectos, y no así de las bondades o reproches morales, invocando la afirmación de kelsen en el sentido de que *"cada jurista sabe de por sí que en su calidad tal, es decir, cuando trata de conocer normas jurídicas, debe hacer abstracción de la moral y del orden natural"*,¹ ocupándose tan sólo de los preceptos de derecho y el análisis jurídico de sus repercusiones.

Por tanto, nuestro trabajo se centra en el estudio de orden jurídico sobre la rama específica denominada *"Derecho Penal"*, pero también resulta indispensable atender los aspectos relativos a nuestro tema de investigación desde el punto de vista del *"Derecho Constitucional"* y *"Procesal Penal"*. Sin embargo, todo ello estrechamente vinculado a las cuestiones eminentemente penales, en donde la norma se caracteriza no como simple enunciado de "deber ser" dirigido al gobernado, potencialmente realizador de una conducta típica, sino con la obligación implícita para el órgano del estado que aplica una sanción en caso de su procedencia.

¹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho., Ed. Porrúa S.A., México, 1978, pág. 63.

Partimos del reconocimiento de que, *como ciencia*, el Derecho Penal está integrado por la Teoría de la Ley Penal,² Teoría del Delito³ y la teoría de la Pena en abstracto y las Medidas de Seguridad⁴, aún cuando algunos autores incluyen también una Teoría de la Responsabilidad y Teoría de la Culpabilidad.

Asimismo entendemos que, *como ordenamiento jurídico*, se compone de una Parte General y una Especial. La primera contiene todas aquellas reglas generales que han de ser asociadas a las normas establecidas en la parte especial. En esta última, el legislador establece los tipos y la punibilidad que va relacionada con ellos; es decir, se destina a precisar las características específicas de cada hecho delictivo y el marco penal que le corresponde, estando constituidos por los llamados *tipos legales*.

² Estudia las fuentes de la norma jurídico penal, los componentes que la integran; o sea el tipo y la punibilidad (precepto: preceptum legis, prescripción de observar una cierta conducta y sanción: sanctio legis, consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto, como datos indivisiblemente constitutivos de la norma jurídica, según Manzini), sus ámbitos de validez, así como las formas de interpretación, de integración y el concurso aparente de normas jurídico penales.

³ Tiene como objeto de estudio al delito en sus aspectos positivo y negativo; esto es la unión del tipo y la culpabilidad, cuyo análisis debe satisfacer las características de necesidad racional, exigibilidad universal y validez.

⁴ Se constituye con la unión de punibilidad y culpabilidad, su objeto de estudio es la pena y su aspecto negativo las excusas absolutorias, debiendo satisfacer las propiedades de universalidad y validez, definiéndose tales medidas como el sufrimiento que el Estado inflige a la persona que ha violado un deber jurídico, que consiste en la privación o disminución de un bien individual, a diferencia de la pena que como concepto es particular, concreto y temporal.

Para esta labor nos ocuparemos básicamente de la *Teoría del Delito* en relación con las materias propuestas, analizando sus fundamentos filosóficos y los diversos sistemas penales, que convergen en el estudio de dos teorías fundamentales a las que se orientan en el caso de nuestro país: *causalismo* y *finalismo* (aún cuando también atenderemos a la postura lógico-matemática de la Doctora Olga Islas y Elpidio Ramírez), todo ello con el fin de analizar desde una óptica crítica y objetiva, las aludidas reformas constitucionales que pretendieron (según afirman algunos) transitar de una a otra de dichas corrientes dogmáticas.

Ahora bien, establecido el marco teórico-conceptual en torno al concepto tipo penal así como su desarrollo en la evolución histórica de la dogmática, analizaremos entonces lo que al respecto se ha hecho en la doctrina pero fundamentalmente en el derecho positivo de nuestro país y en la jurisprudencia surgida en relación con tales aspectos, antes y después de la reforma de referencia.

Posteriormente, se dedica un capítulo a la exposición de los resultados obtenidos por vía de investigación documental y de trabajo de campo, lo

primero como consecuencia del examen de numerosas resoluciones jurisdiccionales emitidas tanto en el fuero común como federal y en diversas instancias o procedimientos, durante los últimos tres años, destacándose la cita de contradicciones de tesis por parte del Máximo Tribunal del país, y sentencias de amparo.

Por lo que ve al trabajo de campo, este consiste en la recopilación de resultados de opinión a través de entrevistas y encuestas dirigidas específicamente a un número considerable de personas implicadas en la procuración e impartición de justicia en tres diversas Entidades de la República, básicamente.

La citada exposición y análisis de resultados, constituye un muestreo que nos permite confirmar el estado de la realidad y la problemática y afectación que de ello se deriva, pasando inmediatamente a justificar así, bajo esa misma tónica, la necesidad de contar con un criterio uniforme en cuanto al concepto tipo penal pero de acuerdo con un contenido congruente con la estructura esencial del sistema constitucional, procesal y penal de nuestra nación.

Finalmente, en el capítulo sexto habremos de resumir las conclusiones obtenidas como producto de la investigación y la comprobación de hipótesis, y por último realizaremos las propuestas que estimamos aplicables a la problemática existente.

Noviembre de 1997..

El Autor

CAPITULO PRIMERO

"ORIGEN Y EVOLUCION DEL CONCEPTO TIPO PENAL DENTRO DE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMATICA JURIDICO-PENAL DE LA TEORIA DEL DELITO"

Sumario; 1.1 Apuntes preliminares; 1.2 Aspecto histórico en relación al surgimiento del concepto tipo; 1.3 la obra de Beling; 1.4 Evolución; 1.5 Estructura del tipo, a) elementos descriptivos, de mera descripción objetiva o simplemente objetivos, b) elementos normativos, c) elementos subjetivos; 1.6 El tipo de acuerdo con la concepción tradicional (causalista); 1.7 El tipo en la teoría finalista; 1.8 El tipo penal bajo la perspectiva de la llamada lógico-matemática.

1.1 APUNTES PRELIMINARES.

Es evidente que la importancia de la tipicidad como elemento indispensable del delito, hace necesario que para acercarnos a la noción de tipo, tengamos presente lo que debemos entender por uno y otro de los vocablos.

Así, para dar inicio a dicho tema (tipicidad y tipo penal) nada mejor que adherirnos a la certera exposición del Doctor Márquez Piñero,⁵ quien de manera inmejorable nos recuerda la sagaz afirmación del maestro Jiménez Huerta, referente a que la tipicidad es una expresión propia del derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político *nullum crimen sine lege*. Bien con el nombre con que técnicamente ahora se le designa, bien como garantía de libertad consagrada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el comienzo de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible. Las legislaciones de los países modernos proclaman expresamente este principio, y concretamente en el derecho mexicano está recogido en el artículo 7 del código penal al definir el delito.⁶ Esa definición es la siguiente:

"delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"⁷

Lo anterior significa que sólo la realización de aquellas conductas que se adecuen a las descripciones

⁵ Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal parte general, Ed. Trillas, Tercera Edición, México 1994. Pág. 208

⁶ Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, Ed. Porrúa S.A., México, 1972. pág. 20, tomo I.

⁷ Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal.

típicas contenidas en la ley, y conminadas con una sanción (tipicidad), pueden dar lugar a un juicio de reproche.

El mencionado maestro rechaza la versión de que la función de la tipicidad como concepto, en el derecho penal, no se distingue de la función propia que corresponde a los preceptos jurídicos pertenecientes a las demás ramas del derecho. Para ello esgrime dos razones:

Primera. La función descriptiva y concretizadora de la antijuridicidad (que para los efectos sancionadores realiza la tipicidad). El tipo no tiene semejanza o equivalencia alguna con la función constitutiva que desempeñan los preceptos jurídicos de las demás ramas jurídicas. La función constitutiva propia de estas ramas jurídicas *es abiertamente creadora*, en oposición a la función del derecho penal, que *es restringida, limitada y típicamente encauzada* (con exclusión de todo lo que no lo es) *en el modelo penal*.

Segunda. Hay una diferencia formal evidente entre la antijuridicidad tipificada en el derecho penal. La relativa a los preceptos de las otras ramas jurídicas

no penales, no está descrita con especificación concreta de los hechos que plasma; en tanto, la penal, debe siempre estar descrita mediante referencias concretas y fácticas de la conducta.

Para mejor claridad, Jiménez Huerta cita como ejemplo la comparación de la antijuridicidad referida en un artículo del código civil y la tipificada en los preceptos del código penal. En el *primero*, dice, no hay mención de las peculiaridades fácticas, que condicionan la obligación de reparar el daño causado por quien obró ilícitamente o contra las buenas costumbres, pues estas peculiaridades fenoménicas han de ser establecidas por el juez; en cambio, en el segundo caso se describen específica y taxativamente las particularidades fácticas de la antijuridicidad receptuada en cada supuesto, sin que el juez pueda ampliar dichas particularidades a otros fenómenos de igual o semejante intensidad y dimensión. En cita del italiano Cicala, Jiménez Huerta agrega que típico es todo el derecho penal, entendido como orgánico ordenamiento jurídico sustancial, preceptivo y sancionador, y también, por este carácter, el derecho penal se contrapone a las otras ramas del derecho público y del derecho privado (administrativo, financiero, civil), en los cuales es admitida la atipicidad

de los hechos y de las relaciones jurídicas, así como la atipicidad de los correlativos hechos ilícitos.⁸

De ahí la necesidad primera de distinguir entre voces tales como: tipicidad y tipo.

Al respecto, el maestro Fernando Castellanos,⁹ después de afirmar que la tipicidad es un elemento esencial del delito, cuya ausencia impide su configuración de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de nuestra Constitución Federal, destaca esa distinción diciendo que el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Zaffaroni considera que el tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta (...) es la característica de adecuada al tipo que tiene la conducta de un sujeto.¹⁰

⁸Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, op. cit., tomo I, págs. 21 y 22, nota 7, Cicala, Teoría del fatto illecito penale colectivo, Ed. 1942, págs. 35 y 36. Citado por Márquez Piñero, op. cit., pág. 209.

⁹Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, Ed. Porrúa S.A., 32ª. Ed. México 1993, pág. 167.

¹⁰ Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda Reimpresión, México 1994, Cárdenas Editor y Dist. pág. 393.

El mismo autor denomina con la voz de "juicio de tipicidad" a la faena mental realizada por el juez al comprobar la tipicidad comparando la conducta particular y concreta con la individualización típica, para ver si se adecua o no a la misma.¹¹

De esta forma se puede concluir afirmando la evidente importancia que de manera específica en el Derecho Penal adquiere el aspecto de la tipicidad, destacando así la necesidad de penetrar en el estudio del surgimiento y evolución del llamado tipo, y para ello el punto de partida bien puede ser la concepción sostenida por Jiménez de Asúa cuando indica que la vida diaria suele presentar una serie de hechos contrarios a la norma, y que al dañar la convivencia social se sancionan con una pena. El código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos. En consecuencia, el afamado maestro entiende que *el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito.*¹²

En resumen, para el citado autor la opinión sobre la tipicidad es en el sentido de que le caracteriza

¹¹Idem. Pág. 393.

¹²Jiménez de Asúa, La Ley y el delito, A. Bello, Caracas, 1945. pág. 235

una función predominantemente descriptiva y constituye un mecanismo indiciario de la existencia de la antijuridicidad,¹³ al tiempo que por tipo debe entenderse: *la narración o descripción legal, despojada de todo carácter valorativo.*

Esta concepción bien podríamos identificarla con la noción de tipo sostenida inicialmente, ya dentro de la dogmática de la teoría del delito, y a la luz de la hoy llamada escuela tradicional o casual, en tanto paralelamente, podemos también anticiparnos y hacer alusión a un concepto ulterior explicado dentro de la perspectiva de la diversa concepción del tipo penal por parte del finalismo, tal es el caso de la definición de Zaffaroni quién en su conocido Manual se refiere al tipo como : *un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).*¹⁴

El marcado contraste entre ambas definiciones sólo se explica a través de la evolución de dicha figura dentro de la dogmática, la que nos proponemos exponer a continuación.

¹³Idem. Pág. 252, in fine.

¹⁴Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Op. cit., pág. 391.

1.2 ASPECTO HISTORICO EN RELACION AL SURGIMIENTO DEL CONCEPTO TIPO.

Como refiere el Doctor Márquez Piñero el vocablo "*tipicidad*" toma su esencia del sustantivo *tipo*, que proviene del latín *tipus*; y tal condición, de acuerdo con el maestro Jiménez Huerta, en su acepción trascendental para el derecho penal, significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia. Lo caracterizado como tipo se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales. *Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella.*¹⁵

Compartimos también la afirmación de que la raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de "*corpus delicti*", contenido en viejas leyes, vertido después, con la denominación de *Tatbestand*, a la lengua alemana (en el siglo XVIII concretamente), como muestra *La ordenanza criminal prusiana* de 1805 (parágrafo 133) que aún perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. El *Tatbestand*, indica el maestro Piñero,¹⁶ fue entonces el hecho del delito, el contenido real, en oposición al puro concepto

¹⁵Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, op. cit., tomo I, pág. 23.

¹⁶Márquez Piñero, Derecho Penal, op. cit. Pág. 210.

(*Degriff*), lo que Jiménez Huerta, en su primera acepción del cuerpo del delito, entiende como acción punible, como el hecho objetivo.¹⁷

De igual forma, Zaffaroni refiere que hasta 1906 se usaba ya la voz *tatbestand* pero no con un contenido sistemático similar al que actualmente se le asigna en alemán ("supuesto de hecho"), también refiere que dicho vocablo proviene del latín medieval (*facti species*), que significaba "figura del hecho", por eso, agrega dicho autor, *tatbestand* se traduce al italiano como "*fattispecie*" y al castellano como "tipo".¹⁸

A nuestro entender, destaca del aspecto histórico del vocablo, el hecho de provenir de voces de raíz latina vinculadas con la idea de figura material o cuerpo de delito (*corpus delicti*) o especie del hecho, lo que resulta sumamente interesante para nuestro trabajo pues precisamente la reforma constitucional que representa el objeto de análisis, consistió en la sustitución de la voz "cuerpo del delito", por la de "tipo penal".

¹⁷ Jiménez de Asúa, Tratado, ya citado, tomo III, pág. 751.

¹⁸ Zaffaroni, Manual, op. cit., pág. 399.

1.3 LA OBRA DE BELING.

De todos es conocido que la llamada "teoría del tipo", incursionó en el ámbito del derecho penal, y particularmente dentro de la teoría del delito, gracias a la obra de Ernest Beling en 1906. El dio al tipo (*Tatbestand*) un sentido distinto del que tenía en las obras de Stübel (1805), Luden (1840), Geyer (1862), Kärcher y Schaper (1873), para quienes, según se afirma por la generalidad de los tratadistas, el tipo era, sólo entendido como figura del delito específica, que abarcaba la totalidad de sus caracteres externos e internos (incluidos el dolo y la culpa e incluso la forma de sanción respectiva). En cambio, para Beling, de acuerdo a su concepción original (eminentemente formal), el tipo penal solo describe en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie del delito.¹⁹

Posteriormente, y debido a los múltiples ataques y críticas recibidas, Beling sostiene una diversa concepción del tipo, con la publicación en 1930 de una monografía en la que lo considera como "imagen rectora", cuadro o especie dominante.

¹⁹Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, op. cit., tomo I, pág. 25. También citado por Márquez Piñero Rafael, op. cit., pág. 211.

Como se indicó, Beling destacó, desde 1906, la importancia y sentido del tipo, sin embargo, las críticas recaídas sobre su primera concepción doctrinal, hicieron que la reelaborara. Por ello, el Doctor Márquez Piñero, en cita del ilustre autor Español Jiménez de Asúa, nos recuerda que en la obra de Beling pueden distinguirse dos momentos: el primero, en el que el tipo se materializa (en 1906), que es el período correspondiente a la publicación de su obra fundamental *Die lehre vom verbrechen*, y el segundo (en 1930), con su monografía *Die lehre vom tatbestand*. También señala el Doctor Márquez que para Jiménez Huerta en el primero de esos momentos se materializa el concepto del tipo penal mientras que en el segundo se espiritualiza. El mismo Jiménez Huerta opina que en la segunda etapa Beling establece la separación entre el tipo y la especie delictiva. Esas opiniones pueden obtenerse del siguiente texto:

"El tipo, no es ya para Beling el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante o tipo *regens* que norma y preside cada especie delictiva".

"La adecuación de la conducta al tipo (idea inserta en la noción de tipicidad) ha de ser adecuación no a la especie delictiva, sino a lo que

es imagen rectora, figura rectora, o cuadro dominante de cada una de ellas".

"Con su nueva concepción del tipo, como imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva, Beling pretendía solucionar algunos problemas que, en su primera formulación de la doctrina, quedaban sin resolver, tales como el de la tentativa y el de la complicidad, habida cuenta de que la conducta intentada y de los participantes no eran subsumibles en el concepto descriptivo del tipo. Efectivamente, con esta nueva concepción, el problema encuentra su solución, ya que la acción intentada y de los participantes entran dentro de la imagen rectora o cuadro dominante, que rige la especie delictiva".²⁰

Por otra parte Jiménez de Asúa sintetiza la nueva concepción de Beling, de la manera siguiente:

1. *Tipo de delito (Deliktstypus)*. Se trata de la figura de delito, como se diría en español, o también la vieja acepción que dio Stúbel a la tipicidad. Se procura sólo destacar especies.
2. *Tipo de lo injusto (Unrechtstypus)*. Se trata de la conducta antijurídica de determinada especie. Para el intérprete, es una valoración, ya que se trata de imágenes normativas.
3. *Tipo de culpabilidad*. Este tipo también es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso. Con un tipo de culpabilidad de estafa, por ejemplo, no se califica la muerte.

²⁰Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, ya citado, págs. 24 y 26, tomo I.

4. *Figura Rectora (Leitbild)*. En realidad, es el antiguo *tatbestand*, al que Beling da este nuevo nombre para evitar confusiones. Esa imagen, por ejemplo apoderamiento de cosa mueble ajena, lo rige todo; en ella se concreta y a ella se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad. Pero la figura rectora es objetiva, descriptiva; por eso hace posible reunir -en su tipo- todos los demás tipos internos: el de lo injusto y el de la culpabilidad.

5. *Adecuación típica (Tatbestandmassigkeit)*. Realmente, el tipo o figura rectora no es, en esta concepción de Beling, parte del tipo de delito (*Deliktstypus*). Si éste se desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora; pero no es así. La figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido, mejor dicho lo espera, puesto que está vacía; por ejemplo, matar a un hombre es la imagen rectora del homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales que corresponden a la acción; pero la primera característica del tipo del delito de homicidio no es la figura rectora, matar a un hombre, sino la acción de matar. Esta adecuación típica, la relación entre el hecho concreto y real y el tipo de delito (*Deliktstypus*), la acción que da contenido el *Tatbestand* legal, al tipo legal.²¹

6. *Tipicidad stricto sensu (Typicitat)*. En estricto sentido, la tipicidad sería un elemento esencial del delito: la descripción hecha por el legislador. Las imágenes rectoras están como colgando de una cuerda o, por decirlo mejor, están en el

²¹Pavón Vasconcelos, Manual de derecho penal mexicano, Ed. Porrúa, S.A. 7ª. Ed., México 1985, parte general, pág. 241.

código penal como un libro de figuras. Sólo el legislador puede añadir una nueva, ya que no hay delito sin tipicidad, y la analogía, ya se ha dicho, es rechazada en el derecho penal. La ley penal ha de establecer, con todo rigor, los delitos en tipos perfectamente concretados, más no definiciones amplias y vagas.²²

El mismo Jiménez de Asúa elogia a esta segunda concepción de Beling en cuanto considera al tipo *stricto sensu* o la imagen rectora como representación; pero, agrega, el intento de crear una figura directriz, rectora, no parece conseguirlo, ya que, según ejemplifica el autor español, en aquellos países donde, el parricidio constituye un tipo independiente, el hecho de matar al padre sin saberlo no podría servir para vincular a todos los elementos internos de la figura delictiva en una imagen o especie rectora, que sería externamente de parricidio e internamente de homicidio.²³

Independientemente de la variación de opiniones y de las críticas que pudieran hacerse a sus concepciones, consideramos innegable que a Beling corresponde el título de creador de la teoría del tipo, pues fue él quién, dentro del ámbito de la teoría del

²²Jiménez de Asúa, La ley y el delito, ya citado, págs. 247 y 248. Véase esta síntesis en Márquez Piñero, Derecho Penal, op. cit., pág. 215.

²³Jiménez de Asúa, Tratado, ya citado, tomo III, pág. 767.

delito, descubrió en tal figura una función sistemática que ha servido de base para toda la estructuración teórica que respecto de la misma se ha generado, razón por la cual en este trabajo estimamos necesario el citar su obra de manera preponderante.

1.4 EVOLUCION

De acuerdo con su alcance o contenido, y dependiendo de la vinculación que con la antijuridicidad, se le pretenda atribuir, la evolución del tipo suele referirse con la cita de varias fases, a saber:

1) Fase de la independencia

Como lo refiere el maestro Márquez Piñero,²⁴ en cita de Jiménez de Asúa, en esta fase o etapa, la tipicidad se estima con una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad; de acuerdo con ello, en el caso de un homicidio el tipo penal se satura con la mera comprobación de la hipótesis descrita en la ley como: "matar a un hombre", sin pretender ocuparse de

²⁴ Márquez Piñero, Derecho penal, op. cit., pág. 211

establecer si la muerte fue contraria a la norma, o si se realizó en legítima defensa, pues esto es una función valorativa, que corresponde a la diversa característica del delito denominada *antijuridicidad*; en tanto que la atribución a una persona imputable, respecto del acto cometido y reproche (a título de dolo o de culpa) se realiza mediante la culpabilidad.²⁵

De acuerdo con lo anterior, tipicidad y antijuridicidad vienen a ser conceptos distintos. El tipo es un elemento de la ley penal, pues conforme a ella se sanciona como típica toda acción encuadrable en cualquiera de los tipos descritos en el articulado de la parte especial del código (tipicidad), y será castigada en la medida en que además, sea antijurídica (es decir, contraria a la norma) y culpable. El tipo y la norma son, pues, las dos piezas fundamentales para la construcción del delito. Empero, la acción típica y la antijurídica no son lo mismo, sino dos elementos independientes, pues una acción puede ser típica (por encajar en la descripción de un precepto punitivo) y no ser antijurídica (por existir causas de justificación), y a la inversa, habida cuenta que también pueden existir hechos que a pesar de contrariar una norma, no estén tipificados en la ley penal.²⁶

²⁵Jiménez de Asúa, La Ley y el delito, ya citado, pág. 237.

²⁶Jiménez de Asúa. Tratado, ya citado, tomo III, pág. 755.

Igualmente, conforme a esta concepción, debe separarse la tipicidad de la culpabilidad. La tipicidad de una conducta es independiente de la determinación del dolo o de la culpa, "pues el tipo con el que se relaciona la acción cometida (sea dolosa o culposamente) debe tener, por necesidad lógica, el mismo contenido."²⁷ Esta distinción se resaltó por Jiménez de Asúa al señalar que la descripción típica contenida en la ley, entre otras cosas, representa la utilidad para poder clasificar las infracciones; establecer el concepto de tentativa; decidir el concurso aparente de leyes y aclarar la unidad del acto de las acciones complejas, funciones que no se pueden atribuir a la culpabilidad.

Esta primera fase del tipo (tipo avalorado) corresponde a la primera concepción de Binding y, como se sabe, dicha teoría, al ser expuesta en 1906, no tuvo gran acogida entre los tratadistas de la época, siendo prácticamente ignorada fuera de Alemania; incluso se dice que Binding la atacó severamente atribuyéndose a Max Ernesto Mayer la argumentación que evitó su olvido.

²⁷ Max Ernesto Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutsche Strafrechts, Lehrbuch*, 2ª. ed pág. 9-10-182. Citado por Márquez Piñero, op. cit., pág. 212.

2) Fase o etapa de carácter indiciario de antijuridicidad

El maestro Márquez Piñero²⁸ nos relata que precisamente el citado Max Ernesto Mayer, en su *Tratado de derecho penal*, publicado en 1915, expuso la segunda fase de la teoría de la tipicidad, elemento al cual no se le considera ya como simple descripción, sino que tiene además un valor indiciario de la antijuridicidad.

Así, para Max Ernesto Mayer la tipicidad representa el primer presupuesto de la pena y la antijuridicidad su segundo presupuesto. Este autor persiste también en la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero asigna a la primera un papel indiciario respecto de la segunda, considerándola como su fundamento de conocimiento.²⁹

La opinión de Jiménez de Asúa al respecto es la de que la función indiciaria de la tipicidad se cumple principalmente en relación con los elementos normativos; surgiendo como ejemplo, el tipo legal del delito de robo, donde se incluye la cualidad ajena

²⁸ Márquez Piñero, Derecho penal, op. cit., pág. 212.

²⁹ Jiménez de Asúa, Tratado, ya citado, tomo III, pág. 755 in fine, y Ernesto von Beling, Lehrbuch, vol. V, pág. 197.

respecto de la cosa.³⁰ De donde deriva la afirmación de que la tipicidad es la "*ratio cognoscendi*" de lo antijurídico.

3) Fase de la *ratio essendi* de la antijuridicidad

Esta tercera concepción es antagónica a la de Beling. Se considera como su máximo representante a Edmundo Mezger, quien culminó la elaboración de su doctrina en 1931 al escribir su *Tratado de derecho penal*.³¹ Mezger define al delito como: "*acción típicamente antijurídica y culpable*".³²

Luego, de esa definición, como lo indica el Doctor Piñero, podemos advertir que para Mezger, el delito es una conducta típicamente antijurídica y, por lo tanto, el estudio de la tipicidad no se hace en un apartado propio o independiente, sino que se incluye en la antijuridicidad, tratada, según se deduce, primero como injusto objetivo y ulteriormente como injusto tipificado.

³⁰Jiménez de Asúa, La ley y el delito, ya citado, pág. 238.

³¹Edmundo Mezger, *Tratado de derecho penal*, tomo I, Madrid, 1955, traducción al español, de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de derecho privado.

³²Existe además una traducción de Ricardo C. Núñez de la obra "*Derecho Penal*", Parte General, editada en México por Cárdenas Editor, 1985, pág. 82, en donde se define al hecho punible: "una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena". En México, el maestro Fernando Castellanos se declara partidario de esta concepción, reconociendo que "antaoño" siguió las ideas de Mayer considerando a la tipicidad sólo como indicio de antijuridicidad. *Lineamientos...* op. cit., pág. 169.

De acuerdo a las traducciones de su obra al citado tratadista alemán se atribuye el argumento siguiente:

"El delito es acción antijurídica, pero, al propio tiempo, típicamente antijurídica; la decisión de si determinada conducta incide en el campo del derecho penal resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal en el Estado, no es bastante cualquier acción antijurídica, sino que es precisa una antijuridicidad especial, tipificada, típica. No toda acción antijurídica es punible, pues para que esto suceda es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial".³³

Como puede verse, de acuerdo con este criterio, la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que "*ratio cognoscendi*" de la antijuridicidad, pues viene a constituir la base real de ésta, su "*ratio essendi*". De acuerdo con esta misma postura también se señala que la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, ya que pueden existir acciones que no son antijurídicas, pero es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Tal concepción resulta criticable por derivar, como expresa Jiménez de Asúa, en la admisión de una antijuridicidad penal y específica frente a la antijuridicidad general. El

³³Edmundo Mezger, Tratado de derecho penal, traducción al español, tomo I, op. cit., págs. 364, 375, 376 y 377.

propio Jiménez de Asúa reitera su crítica a esta concepción de Mezger y la señala como inadmisibles porque dota a la tipicidad de una función desproporcionada.³⁴

4) Fase defensiva: "la figura rectora de Beling"

Como se ha explicado antes, el creador de la teoría del tipo, tuvo dos diversos momentos en cuanto a la forma de comprender su obra, pasando de la concepción materializada del tipo (1906), a la consideración reelaborada de dicha figura (1930), siendo esta segunda la que suele recibir el nombre de fase defensiva del tipo, por considerar que Beling, al sostener entonces la idea de la "figura rectora", en realidad sale en defensa de su propia teoría que, según se dijo, no tuvo una buena acogida entre los doctrinistas de la época.

De tal manera, la evolución del tipo se vio adicionada con esta nueva faceta en donde ya no se sostiene la idea de un tipo objetivo y abstracto descrito por sus elementos materiales, sino considerado como imagen que rige el cuadro formado por la especie

³⁴Jiménez de Asúa, La ley y el delito, ya citado, págs. 238 y 239.

delictiva de que se trate, es decir las diversas hipótesis enmarcables en la misma especie de delito, incluyendo la tentativa y la participación.

5) Fase destructiva

El doctor Márquez Piñero expresa su opinión adhiriéndose a las citas de Jiménez de Asúa en relación con los criterios o concepciones del nacionalsocialismo (nazismo hitleriano) señalando que producen una inevitable desorganización en el armazón liberal de la ciencia punitiva, agregando que cuando en 1933 se inició la reforma penal en Alemania, se estableció la afirmación de que la pena ya no depende de la producción de un resultado; conforme a ello el derecho penal encuentra como meta sancionar la voluntad, no la acción; el delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado posible; y el punto de partida no es ya el resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente.³⁵

El mismo autor cita a Georg Dahm,³⁶ a quién califica como extremista exaltado, que se dedicó a

³⁵Jiménez de Asúa, La ley y el delito, ya citado, pág. 249. Op. cit., Márquez Piñero, pág. 215.

³⁶Georg Dahm, Verbrechen und Tatbestand, Berlín, 1935. Citado por Márquez Piñero, Idem. Pág. 216, nota 23.

destruir la noción de la tipicidad, criticando la distinción entre antijuridicidad y tipicidad, bajo el argumento de que esa diferenciación y la posterior de la culpabilidad "atentan contra la idea misma del derecho penal".

En consecuencia de lo anterior (y coincidiendo con la crítica que hace Jiménez de Asúa), para Dahm, sólo debe apreciarse el acto individual en sus relaciones con la comunidad y, más concretamente aún, con la comunidad de raza. El derecho es el orden concreto, en tanto que el delito es el desorden. El hecho de matar a un hombre, por ejemplo, sólo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido, o está en riesgo de sufrir, un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios que supongan la noción de valor deben ser rechazados. De acuerdo con esto, por ejemplo, matar a un alemán sería moralmente reprochable y, por ende, una conducta delictiva pues la comunidad de raza se vería afectada, en tanto que privar de la vida a un extranjero no traería esa consecuencia.

Consecuentemente, los seguidores de esta doctrina deberían inspirarse no en las nociones jurídicas provenientes de una realidad empírica, sino en las provenientes de un orden moral, que surge del

pueblo y de la raza. Por consiguiente, el papel del juez consistirá en interpretar ese orden moral, y la misión de la pena consistirá en sancionar esas violaciones. Luego, el derecho penal nacionalsocialista sólo consideraba la voluntad criminal y sin tomar en cuenta el resultado. Pero esto no es todo; para juzgar, es preciso poner en la balanza al individuo culpable y a la colectividad ultrajada. Con esta elemental y primitiva comparación, Dahm, según Jiménez de Asúa (a quien sigue Márquez Piñero en su exposición),³⁷ rechaza toda diferencia entre acto típico antijurídico y acto culpable, en el sentido de la doctrina que pudiera llamarse clásica en la materia. Conforme a estas reglas debe ser interpretada la ley, que es la expresión obligatoria de dicho orden moral. El intérprete habrá de librarse de la presión de los conceptos puramente formales e inspirarse en las ideas expuestas. Naturalmente, las concepciones penales liberales, basadas en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, desaparecen con este particular punto de vista del nazismo.³⁸

Afirma también Jiménez de Asúa que tanto en Alemania de Hitler como en la URSS, (comprendida conforme a un régimen socialista) al fomentar derechos autoritarios, se destruyeron, los principios del

³⁷ Márquez Piñero, Derecho penal, op. cit., pág. 217.

³⁸ Jiménez de Asúa, Tratado, Op. cit. tomo III, pág. 768.

liberalismo penal. Todo lo que suponía limitación de las facultades del Estado, y la tipicidad objetiva evidentemente las limitaba, dado que supone una posible debilidad de aquél ante un eventual ataque a su orden jurídico-político; de ahí que, conforme a ese criterio se pueden sancionar las intenciones, los propósitos de los hombres aun antes de tener una manifestación externa.³⁹

El mismo Jiménez de Asúa opina que durante la época nazi, los profesores alemanes más distinguidos se vieron obligados a acatar esas doctrinas que patrocinaban los penalistas nazis y, momentáneamente al menos, tuvieron que retractarse de cuanto habían dicho en sus mejores años de labor científica.⁴⁰

En conclusión de ese devenir evolutivo, coincidimos con el maestro Piñero en el sentido de que en el *momento actual*, se afirma la necesidad del mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad objetiva y de la culpabilidad como características funcionales del delito, pero sin soslayar que conforman el todo denominado delito, no obstante la posibilidad de distinguirse para efectos teóricos.

³⁹Sebastián Soler, "Derecho penal liberal, soviético y nacionalsocialista", Revista cursos y Conferencias, Buenos Aires, julio de 1937, pág. 372. Citado por Márquez Piñero, op. cit., pág. 216.

⁴⁰Jiménez de Asúa, La ley y el delito, Op. cit. págs. 250 y 251.

Desde otra perspectiva, la secuencia evolucionista del tipo penal se relaciona y clasifica primordialmente en función de dos concepciones, la llamada "objetiva" y la "compleja".⁴¹

La primera corresponde a la obra de Beling a partir de 1906, enmarcada en una sistemática del delito dividida diametralmente en injusto objetivo y culpabilidad subjetiva, atribuyéndose a dicho autor el introducir una distinción en el primero de esos planos (injusto) dando lugar así a la tipicidad y la antijuridicidad, no obstante que ambas categorías seguían perteneciendo a la parte objetiva de ese esquema sistemático.

Según expone Zaffaroni,⁴² la llamada concepción compleja tiene lugar a partir del descubrimiento de la culpabilidad normativa en 1907 y los elementos subjetivos del tipo, aproximadamente en el año de 1910, lo que aconteció como resultado de las dificultades acarreadas por la concepción objetiva del tipo, al no resolver problemas como la limitación de la causalidad, la explicación de la tentativa, y la ubicación de elementos subjetivos, lo que produjo la idea

⁴¹Zaffaroni, manual de Derecho Penal, op. cit., pág. 398 y siguientes.

⁴²Idem. pág. 399.

atribuida a Hellmuth von Weber (1929 y 1935) y Alexander Zu Dohna (1936), de que se pensare que el dolo, como voluntad del resultado debía estar ubicado en el tipo. Sin embargo, se dice que Weber seguía concibiendo una división bipartita aún cuando consideró al dolo en el tipo de injusto y una culpabilidad normativa,⁴³ en tanto que Zu Dohna estimaba una división tripartita admitiendo un tipo objetivo (dentro de la antijuridicidad) y un tipo subjetivo (abarcado por la culpabilidad).

Finalmente, con Hans Wezel (década de 1930), el tipo complejo se perfecciona con un aspecto objetivo y otro subjetivo, considerando como elementos del delito la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.⁴⁴

Según podemos observar, conforme a ese proceso de transformación respecto de la concepción del tipo (de objetivo a complejo), la esencia de la modificación en ese tramitar de la dogmática se reduce al desplazamiento del dolo y la culpa (aspectos subjetivos) considerados inicialmente como formas de culpabilidad (y por consiguiente dentro de este elemento del delito), hasta ubicarse dentro del tipo, por tanto, a lo largo de este siglo la teoría del tipo ha enfrentado opiniones

⁴³Idem. pág. 400

⁴⁴Ibidem.

opuestas relativas precisamente a la diferente manera de considerar su contenido, es decir, los componentes que lo conforman.

1.5 ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL.

El análisis de los llamados elementos del tipo, sin duda representa una problemática de considerable dificultad, pues como se puede entender de lo hasta aquí expuesto, el contenido del tipo penal dependerá, en cuanto a su estructura o forma de composición, de las diversas concepciones teóricas que respecto de él se hagan y que, según hemos visto, a lo largo de su historia evolutiva han surgido distintas, por tanto, abordaremos el tema atendiendo a las posturas de las distintas escuelas o teorías consideradas como tradicionales, comprendiendo con tal expresión a las conocidas como causalista y finalista, así mismo, entre nuestro medio, también a la concepción lógico-matemática.

Ahora bien, en términos generales, esos elementos suelen clasificarse en: objetivos, normativos y subjetivos, y respecto de cada una de estas categorías

también se realizan distinciones dependiendo del punto de vista de la teoría que se ocupe de ello.

Sin embargo, ha de admitirse el reconocimiento de que el tipo penal, por tratarse de una descripción de conductas humanas, forzosamente acude a la actividad de destacar sólo aquellas notas distintivas o características de las hipótesis que se pretende prever como típicas, dado que la captación absoluta de la realidad, con su variadísima gama de datos, es imposible de encajar en la descripción de una norma.⁴⁵

Jiménez Huerta opina que en la configuración de las descripciones típicas, participan elementos de alcance diverso. El comportamiento injusto, antijurídico, que concretiza el tipo es puntualizado, algunas veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras, por medio de referencia expresa a la valoración normativa de dicha conducta; y otras más, mediante la especial apreciación de la proyección que surge desde lo más profundo del ánimo del autor.⁴⁶

⁴⁵Sebastián Soler, Análisis de la figura delictiva. Cuadernos Criminología. México, Año X, 1943, número 12, pág. 784.

⁴⁶Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, ya citado, tomo I, pág. 37; consúltese el estudio de este tema en Jiménez Huerta, La tipicidad, Porrúa, S.A., México, 1955. Citado por Márquez Piñero, Derecho Penal, op. cit., nota 30, pág. 218.

Como puede verse, dicho autor hace alusión a las tres categorías de los mencionados elementos del tipo, esto es: descriptivos u objetivos, normativos y subjetivos.

Ahora bien, el análisis de cada uno de ellos, se hará, según se indicó supra, atendiendo a las perspectivas de las distintas teorías, y para ello seguiremos la exposición del Doctor Márquez Piñero,⁴⁷ quién a su vez, sintetiza magistralmente las consideraciones de Jiménez de Asúa⁴⁸ al referirse primeramente a la concepción causalista, de la siguiente manera:

A) *Elementos descriptivos, de mera descripción objetiva, o simplemente objetivos.*

No existe problema alguno para comprender que, para quienes han sostenido la llamada concepción causalista del delito, el tipo penal se conforma esencialmente con elementos objetivos o descriptivos y la explicación de ellos se hace por el distinguido maestro Jiménez de Asúa, de quien podemos citar la

⁴⁷Márquez Piñero Rafael, EL TIPO PENAL algunas consideraciones en torno al mismo, UNAM, México, 1992, pág. 233 y siguientes.

⁴⁸Jiménez de Asúa, Luis, Tratado, Op. cit., págs. 799, 801, 802.

siguiente descripción sintetizada, adecuando los ejemplos a la legislación penal federal, vigente en nuestro país. Señala el maestro hispano:⁴⁹

La ley, al definir los delitos, al establecer los tipos legales, suele limitarse a dar una descripción objetiva, más o menos escueta o detallada.

La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el ejemplo de un verbo principal: matar, apoderarse, apropiarse, sustraer, etcétera. Pero, junto a este núcleo, aparecen referencias al sujeto activo y pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar o la ocasión, y a los medios.

Como se indicó, al aplicar tales consideraciones a la legislación penal federal en México, se pueden dar los siguientes ejemplos:

En cuanto al sujeto activo, se exige en determinadas ocasiones una particular calidad en el autor: la de servidor público en los artículos 219 y 220; la calidad de mexicano en el delito de traición a la patria previsto por el artículo 123.

En cuanto al sujeto pasivo, también puede requerirse determinada calidad en él: como ocurre en el

⁴⁹ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado, op. cit., supra t. III, pp. 799, 801, 802.

artículo 323, cuando se especifica la necesidad de que el pasivo sea ascendiente consanguíneo del autor, por ejemplo, o bien hijo o cónyuge en los deberes de asistencia del numeral 336.

En cuanto al objeto, se exige por ejemplo que se trate de inmueble ajeno, inmueble propio o aguas, en las tres fracciones del despojo del artículo 395.

En cuanto al lugar, el artículo 286 exige que el ilícito (asalto) se realice en despoblado o en paraje *solitario*.

En lo referente al tiempo, el delito de espionaje, previsto en el artículo 127, especifica que la conducta del activo se realice "en tiempo de paz".

En cuanto a la ocasión, se cita la hipótesis prevista en la fracción III del artículo 214 que exige que el servidor público tenga conocimiento por razón de su empleo o cargo.

En cuanto a los medios, puede invocarse el engaño o aprovechamiento del error exigidos alternativamente en el fraude del artículo 386.

Son pues esta clase de referencias al sujeto, objeto, ocasión o realización del hecho, las que constituyen los llamados elementos objetivos del tipo, resaltando su naturaleza descriptiva de la conducta tipificada por el legislador y bajo la perspectiva causalista, en principio, son estos componentes los que primordialmente constituyen la función del tipo penal, además de que algunos autores inicialmente sólo admitían que se integraba con ellos la conformación del elemento del delito del que hablamos.

B) *Elementos normativos*

Como hemos apuntado, para los autores causalistas el tipo penal fundamentalmente contiene elementos descriptivos (objetivos), y esta concepción predominó en la teoría del delito a principios del siglo y particularmente entendiendo al tipo en la forma como lo hizo Beling.

Sin embargo, dentro de la propia apreciación causalista, se admitió también la inobjetable presencia (unas veces dentro del tipo, y de acuerdo con otras opiniones como factores ajenos a él) de los llamados elementos normativos.

Max Ernest Mayer se refiere a esta clase de elementos sosteniendo que se distinguen de las referencias del acto y son, por lo demás, lo más fácil de reconocer por una característica que falta en ellas: son partes esenciales que con el movimiento corporal no están en relación de causalidad. Que la cosa sustraída sea ajena no está causado por el ladrón, la difusión del hecho falso es la obra del difamador, no la falsedad de los hechos.⁵⁰

Por tanto, es al cita lo autor a quién puede considerarse como uno de los primeros en referirse a tales ingredientes del tipo reconociendo su importancia y peculiaridad valorativa.

Cabe insistir aquí que para Beling, no era admisible asignar a esta categoría de caracteres, el rango de elementos típicos independientes, dado que conforme a su concepción eminentemente descriptiva del tipo, la exigencia de ajeneidad de la cosa, en el ejemplo del robo, no deja de ser una referencia jurídica a la conducta recogida en el tipo, es decir, sigue tratándose de una simple descripción.

⁵⁰Heidelberg, Carl Winters Universitäts buchhandlung, 1923, 2ª. Ed. págs. 187-185, cit. De Jiménez de Asúa, Tratado, op. cit., tomo III, pág. 895. También citado por Alfonso Reyes Echandía, tipicidad, Ed. Temis, 6ª. Ed., Temis, Bogotá 1989, nota 72, pág. 89.

En crítica a tal posición, Reyes Echandía, alude a la expresión de Carlos Fontan Balestra, en cuanto a la afirmación de que si bien es cierto que normalmente y en la mayoría de casos el legislador se concreta a efectuar una descripción de las conductas, también es cierto que se recurre indudablemente a requisitos de valoración cuya ausencia impide la ilicitud del acontecer humano.⁵¹

El autor italiano Giuseppe Ruggiero⁵² opina que tales elementos pertenecen a' tipo y son determinables de conformidad con una cualificación que se desprende de normas técnicas, morales o jurídicas.

Bettiol considera que los elementos normativos implican una especial valoración judicial, fuera de la cual no existirían como elementos de hecho que pudieran ser tenidos en cuenta para la determinación de los aspectos característicos del tipo.⁵³

El mismo autor estima que esta clase de elementos corresponde a una concepción autoritaria del derecho penal, pues se produce un aumento del poder

⁵¹ Carlos Fontan Balestra, "Misión de Garantía", cit. Por Reyes Echandía, op. cit. Pág. 87. Nota 74.

⁵² Giuseppe Ruggiero, Gli elementi normativi della fattispecie penale, Napoli, "Jovene Editore, 1965, pág. 198.

⁵³ Giuseppe Bettiol, Diritto penale, parte generale, 5ª. Ed., Palermo, G. Priulla editore, 1962, pág. 196.

discrecional del juez, por lo que su admisión no puede ser de buen agrado en aquellos países con una concepción rígida de la libertad individual.⁵⁴

Para otros autores, como es el caso del maestro Francisco Pavón Vasconcelos, debe aceptarse que tales expresiones forman parte de la descripción típica, recibiendo el nombre de normativos "por implicar una valoración de ellas por el aplicador de la ley,"⁵⁵ considerándose además que esa valoración resulta indispensable para lograr captar el sentido de la norma.

En cambio, Jiménez de Asúa considera que no hay razón para que se contengan expresamente en el tipo, y cuando ahí se insertan dan lugar a lo que llama "tipos anormales" (obviamente en contraposición a los "normales" que serían aquellos donde únicamente se involucra una función exclusivamente descriptiva), por consiguiente, a dichos elementos, los califica como: "impaciencias del legislador".⁵⁶

En relación con otra clase de elementos normativos, suelen manejarse dos concepciones o

⁵⁴ Reyes Echandía, op. cit., pág. 91

⁵⁵ Francisco Pavón Vasconcelos, *Nociones de derecho penal mexicano, parte general*, México, Edit. Instituto de Ciencias Autónomo, 1964, pag. 52.

⁵⁶ Jiménez de Asúa, op. cit. Tomo III, pág. 899.

divisiones respecto de los mismos, dependiendo del tipo de valoración que respecto de ellos se realice, así por ejemplo se catalogan como: a) de contenido jurídico; o b) de valoración cultural o contenido extrajurídico.

De acuerdo con ello, los primeros podrían considerarse como "verdaderos" elementos de valoración jurídica o normativos por implicar una relación específica a la antijuridicidad, en contraposición con aquellos que admiten una valoración de carácter cultural, ético o social.

La primera de dichas posturas, corresponde a una concepción restrictiva de los elementos normativos del tipo y, en opinión de Jiménez Huerta⁵⁷, corresponde al criterio que en torno a ellos siguen: Jiménez de Asúa, Carrancá y Trujillo, Max Ernesto Mayer, Grispigni, Hippel y Florían, entre otros.

En cambio, los elementos normativos de valoración cultural o extrajurídica serán aquellos que requieran de apreciaciones dotadas de contenido ético o social, lo cual, sin embargo, no debe entenderse desde una perspectiva arbitraria o caprichosa del juzgador,

⁵⁷ Jiménez Huerta, Tratado, op. cit., tomo I, pág. 47.

sino con criterio objetivo, o sea, "según la conciencia de la comunidad".⁵⁸

Para Mezger⁵⁹ toda expresión enmarcada en el tipo que exija del juez la búsqueda de su connotación o sentido real, constituye un aspecto normativo típico, lo que ha valido la crítica a tal concepción por estimar que, conforme a ella, se tendrían que aceptar como elementos normativos a infinidad de expresiones, lo cual, en opinión de Jiménez Huerta, no resulta admisible pues de lo contrario habría que aceptar también la posición de Erik Wolf, para quien todos los elementos del tipo tienen carácter normativo por la inevitable valoración de que son objeto al mismo tiempo que la norma jurídica con la cual todos ellos al estar incluidos en el tipo, entran en contacto. Asimismo, agrega el maestro Jiménez Huerta,⁶⁰ habría que aceptar también la afirmación de Ernest Beling que es antagónica en el sentido de negar a los elementos normativos, aduciendo la idea de que a final de cuentas todo el contenido del tipo no deja de ser objeto de reglamentación descriptiva.

⁵⁸ Márquez Piñero, *Derecho penal*, op. cit., pág. 220. Nota 35.

⁵⁹ Mezger, op. cit. Pág. 389.

⁶⁰ Jiménez Huerta, *Derecho penal Mexicano*, op. cit. Tomo I, Pág. 47.

Es por ello que, al parecer, esa concepción de los llamados datos de valoración jurídica, como verdaderos elementos normativos del tipo resulta de mayor aceptación, aún cuando en casos específicos no pueda negarse la presencia de circunstancias que exigen una apreciación de índole socio-cultural.

C) *Elementos subjetivos*

Si como dijimos, de acuerdo a una inicial concepción bipartita, conforme a la cual todo lo objetivo correspondía a la tipicidad y lo subjetivo a la culpabilidad, no fue fácil la admisión dentro del tipo de los ingredientes normativos, menos aún lo fue respecto de los llamados elementos subjetivos del injusto, que si bien fueron admitidos dentro de este esquema por parte de los causalistas, siempre se hizo sin llegar a aceptar que entre ellos estuviera el dolo o la culpa como integradores típicos.

Ricardo Núñez se refiere a ellos como verdaderos momentos subjetivos enraizados en el tipo y cuya presencia se explica si nos detenemos a pensar en que la infinita variedad de matices que ostenta la psique humana hace necesario destacar aquellos

especiales subjetivos del actor *cuya presencia nutre de ilicitud la conducta.*⁶¹

Por su parte, Franco Gúzman⁶² cita como definición de Marcelo Finzi, la siguiente: *voliciones dirigidas hacia un resultado que esta fuera de los hechos externos de ejecución del delito.*

Algunos autores⁶³ estiman que puede considerarse a Carrara como "precursor de la doctrina de los elementos subjetivos del tipo", en cuanto afirmó que la estructuración del delito depende del diverso fin que el agente se haya propuesto. Sin embargo, el maestro Márquez Piñero,⁶⁴ destaca que aún cuando las valoraciones sobre dichos elementos fuesen de *muy distinto modo*, la difusión de tales elementos y su problemática tuvo lugar a partir de 1867 en que Merkel y von Ihering los aludieron en relación con la antijuridicidad; se mencionan después autores como Thon (1878), Hertz (1880), Löefler (1901), Kolhrausch (1903), von Ferneck (1905), Graf Zu Dohna (1905), Fischer (1911), Nagler (1911), Hegler (1914), Meyer

⁶¹ Ricardo Núñez, Los elementos subjetivos del tipo penal, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1943, pág. 11. Citado por Reyes Echandía, op. cit. Pág. 94.

⁶² Franco Gúzman, La subjetividad en la ilicitud, 1ª. Ed., 1959, Ed. U. M. Cajica Jr. S.A., Puebla, Pue., págs. 24-44. Un interesante estudio sobre este tema corresponde al maestro Tomas Hernández Franco, tesis, UNAM, 1967.

⁶³ Reyes Echandía, op. cit., pág. 94.

⁶⁴ Márquez Piñero, Derecho Penal, op. cit., pág. 221.

(1915), Mezger (1923). Esto obviamente dentro de la concepción causalista.

Uno de los que consideramos los mejores argumentos, para efectos de la ubicación de estos elementos, es el de Mezger⁶⁵ cuando apartándose de la teoría tradicional alemana, se inclina en reconocer que su posición es en la tipicidad y no en la antijuridicidad, afirmando:

"La teoría de los elementos subjetivos del injusto nos ha demostrado que este depende en muchos casos de características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor; ahora bien, como quiera que el tipo penal es sólo injusto especial, tipificado, resulta que dichos elementos subjetivos del injusto, en tanto se refieren al injusto típico, forman parte del tipo como elementos subjetivos del mismo".

El doctor Piñero destaca en su obra⁶⁶ que subsiste, entre los distintos autores, la discusión sobre la naturaleza que corresponde a tales elementos, sintetizando las posturas surgidas al respecto.

1.- La que sostiene que pertenecen a la antijuridicidad (Max Ernest Mayer).

⁶⁵ Mezger, op. cit. T. 1, págs. 387-388.

⁶⁶ Márquez Piñero, Derecho Penal, op. cit., 222 y siguientes.

2.- La que los ubica en el ámbito de la culpabilidad. (Goldschmidt).

3.- La que admite que los elementos subjetivos contengan referencias vinculadas tanto con la antijuridicidad como con la culpabilidad, dependiendo de los tipos en particular (eclectisismo).

En México, Jiménez Huerta y Pavón Vasconcelos sostienen que los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo. Además, se destaca la importante característica distintiva de tales elementos para diferenciar a los llamados delitos de tendencia interna trascendente⁶⁷, respecto de aquellos que pudiesen admitir la integración culposa por incumplimiento de deberes de atención o cuidado.

Como mencionamos líneas atrás, dentro de la concepción causalista, la admisión de los elementos subjetivos ha sido siempre con la reserva relativa a considerar que tales aspectos, aunque subjetivos, son referencias a la tendencia o estado de conciencia del autor, pero al fin, completamente distintas al dolo o culpa.

⁶⁷ Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, op. cit., tomo I, pág. 51.

De esa manera, hubo quién las llegara a denominar como dolo específico, obviamente tratando de reforzar la postura de ubicarlas dentro de la culpabilidad. Esa distinción entre dolo genérico y dolo específico no nos parece aceptable, en tanto que el gran maestro Jiménez de Asúa⁶⁸ reconoce el error de considerarlas "dolo específico" aún cuando hagan referencia a propósitos o fines del autor.

En Colombia, Reyes Echandía⁶⁹ hace también alusión a la forma en que su legislación persiste en aceptar esa distinción, que en ocasiones da lugar a "redundantes" referencias en el tipo a lo que en realidad conforma el dolo exigido en la parte general.

Resulta sumamente interesante advertir que de acuerdo a la concepción tradicional (causalista) existen importantes diferencias precisamente entre el dolo y lo que se admite como elementos subjetivos del tipo (obviamente ajenos al dolo), pudiendo citar las siguientes:

- 1.- En el dolo siempre se requiere un conocimiento sobre la ilicitud de la conducta, en tanto que a los elementos subjetivos en cuestión

⁶⁸ Jiménez de Asúa, la ley y el delito, op. cit., pág. 255.

⁶⁹ Reyes Echandía, Tipicidad, op. cit., pág. 100.

el conocimiento no siempre tiene que ver con la antijuridicidad.

2.- De faltar un elemento subjetivo, la conducta resulta atípica, pero si el que falta es el dolo entonces será típica y antijurídica más no culpable.

Esta última afirmación es de superlativa trascendencia para el desarrollo de este trabajo pues evidencia como, para los causalistas, el dolo permanece como elemento de la culpabilidad de ahí que se afirme que ante su ausencia, la conducta sigue siendo típica y antijurídica.

Pasando ahora a analizar los componentes típicos considerados desde el punto de vista de la teoría finalista, debemos iniciar diciendo que, durante la evolución de la teoría del delito la distinción entre ambas teorías no tenía el significado que puede asignárseles ahora, sino hasta la década de los 30, en que Hans Welzel irrumpió definitivamente con su postura que trastocó el ya deteriorado esquema objetivo-subjetivo, llevando entonces al dolo y la culpa, como elementos subjetivos que son, al tipo, como lugar en el que se deben analizar y separándolos así de la

culpabilidad en donde hasta entonces el paradigma de la teoría tradicional los había contemplado.

Luego, la concepción finalista se nutre en sus raíces de las aportaciones indudables, dentro de la dogmática, por parte de los clásicos y neoclásicos (Beling, Lizst, Frank, Mezger), así como de los llamados precursores del finalismo (Zu Dohna, Weber, Mayer), pero pasando cada vez más, de un esquema objetivista del injusto, a la llamada concepción compleja del tipo.

Por tanto, es obvio que en la teoría finalista, por cuanto hace a la estructura o elementos del tipo, también habremos de encontrar el reconocimiento respecto de las mencionadas tres categorías de ingredientes: objetivos, normativos y subjetivos, sólo que el número y la forma de concebir particularmente a los de naturaleza subjetiva, constituye precisamente la nota distintiva entre ambas consideraciones o expresiones teóricas.

De acuerdo con ello, en el tipo "penal-legal"⁷⁰ finalista encontramos una estructura compuesta de:

⁷⁰ Márquez Piñero, Tipo Penal..., op. cit., pág. 238 y siguientes.

a) Elementos objetivos, que pueden ser: *descriptivos*, detectables por los sentidos y, *Normativos*, en los que se requiere de un juicio de valor.

Dentro de ese grupo, el maestro Moreno Hernández⁷¹ enlista los siguientes:

- 1.- Acción de realización.
- 2.- Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
- 3.- Especiales medios o formas de realización (no siempre se exigen).
- 4.- Modalidades de lugar, tiempo y ocasión.
- 5.- Nexo causal.
- 6.- Objeto material.
- 7.- Sujetos activos (número y calidad de sujeto) y pasivos (número y calidad).

b) Elementos subjetivos.

Para la teoría finalista, dentro de los elementos subjetivos del tipo se encuentran el dolo o la culpa, según el caso y por consiguiente, bajo esa categoría (ingredientes subjetivos) se listan los siguientes:

⁷¹ Moreno Hernández Moisés, Notas, División de Estudios de Posgrado. 1981-1982, UNAM, citado pro Márquez Piñero, Tipo Penal, op. cit., pág. 238.

- 1.- Dolo o culpa.
- 2.- Elementos subjetivos del autor diferentes del dolo, tales como propósitos, intenciones, ánimos.

Conforme a esta teoría el dolo se concibe como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo.

Ahora bien, según se anotó en el apartado precedente, los elementos subjetivos (considerados como parte del injusto) fueron reconocidos paulatinamente en la medida que se provocaba el resquebrajamiento del esquema objetivo-subjetivo del delito, atribuyéndose a Fischer y Hegler, en 1911, la incursión primera de dichos elementos en el ámbito penal y, particularmente, dentro de la teoría del delito, sin embargo, la concepción que sirve de base a la teoría finalista, surgió con los propios protagonistas de la evolución dogmática, es decir, con los autores finalistas empesando por el creador de la teoría, el autor germano Hans Welzel, seguido (y aún criticado o superado) por Maurach, Kaufman, Busch, Nise, Jescheck, Roxin, Jakobs.⁷²

⁷² Jiménez de Asúa, Tratado, op. cit., tomo III, pág. 827-830.

Dentro de esta idea finalista, los elementos descriptivos (objetivos), se definen como *aquellos que pueden ser comprendidos sólo con su percepción por los sentidos, como es el caso de la utilización de expresiones: motor-bosque-mujer.*⁷³

Por cuanto hace a los elementos ~~normativos~~ Reinhard Maurach los define como *aquellos que sólo pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo.*⁷⁴

El mismo autor refiere que el tipo posee *características normativas cuando se asigna al juez, expresa o tácitamente, la labor de llevar valorativamente determinados términos con ayuda de los métodos de interpretación disponibles.*⁷⁵

Para los finalistas los elementos subjetivos son indispensables para la integración del tipo en su aspecto subjetivo que se compone fundamentalmente del dolo, junto al cual pueden concurrir a su vez, otras características subjetivas (elementos subjetivos del

⁷³ Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal, parte general, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pág. 168.

⁷⁴ Maurach, Reinhard. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, traducción de Juan Córdova Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, pág. 285.

⁷⁵ Idem. pág. 21. Citado por Daza Gómez, Carlos J. M., Teoría General del Delito, Cárdenas Editor, México, 1997, pág. 79 nota 48.

injusto) dependiendo de la estructura particular de cada tipo.⁷⁶

Por lo que ve a la estructura del tipo penal (elementos) de conformidad con la concepción lógico-matemática, es de señalarse la particular e interesante manera de descomponer la estructura o concepción tradicional del delito, de lo que resulta una perspectiva totalmente diversa conforme a la cual un hecho concreto y temporal, adecuado a un tipo legal (de manera exacta) sólo es reprochable a su autor "en función de una específica desvaloración determinada por el ejercicio de la libertad psicológica y los reductores de este ejercicio".⁷⁷

De acuerdo con esta postura, la tipicidad constituye un presupuesto del delito, adecuado a un tipo a través de los *antecedentes fácticos*,⁷⁸ que se enlistan de la siguiente manera:

- 1.- Deber jurídico penal típico.
- 2.- Bien jurídico típico.
- 3.- Sujeto activo típico:
 - a) Voluntabilidad.

⁷⁶ Daza Gómez, op. cit. Pág. 101.

⁷⁷ Márquez Piñero, El tipo penal..., op. cit. Pág. 185.

⁷⁸ Ibidem.

- b) Imputabilidad.
 - c) Calidad de garante.
 - d) Calidad específica.
 - e) Pluralidad específica.
- 4.- Sujeto pasivo típico:
- a) Calidad específica.
 - b) Pluralidad específica.
- 5.- Objeto material típico.

Ahora bien, conforme a la corriente de referencia, los presupuestos del delito, considerados en el plano de la realidad fáctica, se deben adecuar a los llamados *subconjuntos del tipo legal*,⁷⁹ de los cuales se recibe la denominación y determinación de contenido, de tal suerte que, si esa adecuación entre los presupuestos del delito y los llamados subconjuntos, no se satisface, se estará frente a un caso de atipicidad por ausencia de *presupuesto típico*:⁸⁰

Esos subconjuntos, según se ha dicho, son los cinco siguientes:

- 1.- Deber jurídico penal típico.
- 2.- Bien jurídico típico.
- 3.- Sujeto activo típico.

⁷⁹ Idem. pág. 186.

⁸⁰ Idem. pág. 187.

- 4.- Sujeto pasivo típico.
- 5.- Objeto material típico.

Además, se considera que los elementos del delito ("adecuados al tipo legal"⁸¹) constituyen también subconjuntos, siendo los siguientes:

- 1.- kernel típico, integrado por:
 - a) Conducta, constituida a su vez por:
Voluntad dolosa o voluntad culposa.
Actividad o inactividad.
 - b) Resultado material, y, por tanto, nexo causal o nexo normativo.
 - c) Modalidades: medios de comisión y/o referencias temporales.
- 2.- Lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típicos.
- 3.- Violaciones del deber jurídico penal, típico.
- 4.- Culpabilidad.

Como puede verse, el llamado modelo lógico-matemático se funda en la realización de observaciones críticas respecto de algunos elementos que, tradicionalmente, se han venido considerando dentro del tipo y de conformación o naturaleza distinta.

⁸¹ Ibidem.

Así, por lo que ve a los elementos normativos quienes postulan este modelo, "afirman que carecen de substancia propia, de autonomía pues o son simples coloraciones o adjetivizaciones alrededor de otros elementos del tipo o bien son constitutivos de la antijuridicidad que, para ellos, forma parte del tipo bajo el rubro de *Violación del Deber Jurídico Penal*".⁸²

Por otra parte, se desestiman también los elementos subjetivos del tipo, pues se considera que la parte subjetiva de éste, independientemente de su extensión, "en todos los casos termina por identificarse con el dolo."⁸³

En opinión de algunos autores,⁸⁴ la sistemática lógico-matemática concibe tipos tanto descriptivos como valorativos, mientras que desde otro punto de vista, los elementos del tipo pueden clasificarse en objetivos y subjetivos, "llegando a considerar, hasta el momento", veintidós elementos reunidos en ocho subconjuntos, a saber:

- 1.- Deber jurídico penal.
- 2.- Bien jurídico.

⁸² Barrita López Fernando A., *Averiguación previa (enfoque interdisciplinario)*, tercera edición, Ed. Porrúa México, 1997, pág. 28.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Idem*, pág. 28-31.

- 3.- Sujeto activo (voluntabilidad, imputabilidad, calidad de garante, calidad específica y pluralidad específica).
- 4.- Sujeto pasivo (calidad y pluralidad específica)
- 5.- Objeto material.
- 6.- Kermel o conducta típica (voluntad dolosa, voluntad culposa, actividad, inactividad, resultado material, medios de comisión, referencias temporales, referencias espaciales y referencias de ocasión.
- 7.- Lesión del bien jurídico o su puesta en peligro.
- 8.- Violación del deber jurídico penal.

Resulta evidente la existencia de diferencias substanciales entre las distintas formas de concebir la estructura del Tipo, dependiendo, según se advierte, de la sistemática que se siga y si bien hemos anotado aquí esas diversas perspectivas, atendiendo únicamente a las concepciones teóricas mayormente involucradas hasta el momento, por ser las más conocidas, entre nosotros (obviamente en muy distintas proporciones⁸⁵),

⁸⁵ No debe perderse de vista que en nuestro país, la única teoría que se puede decir arraigada o recibida por los ordenamientos, así como por la inmensa mayoría de los tratadistas y sujetos implicados en la aplicación del derecho penal, es la llamada tradicional o causalista, especialmente hasta antes de la reforma y aún después de ella, pues en México, sigue siendo una minoría la que comprende realmente el finalismo y más reducido aún el grupo o sector que pueda jactarse de concebir y dominar el modelo lógico-matemático del delito (ello no obstante que es producto de las ideas de investigadores nacionales), por lo que, si estamos diciendo que esas tres teorías o

ello de ningún modo debe llevarnos a pensar que son las únicas formas de concebir la estructura o composición del Tipo penal, pues suponer tal cosa resultaría demasiado pretencioso, habida cuenta que, tratándose de un concepto que desde su surgimiento hasta nuestros días, ha sido objeto de múltiples y variadas concepciones, explicaciones o definiciones, referentes tanto a su naturaleza, función, estructura o contenido, debemos sin duda reconocerlo como un concepto plurívoco, respecto del cual, no puede afirmarse que todo este dicho o, es decir, que se haya expuesto la última palabra, pues aún los mismos seguidores del finalismo (Radbruch, Kaufmann, Maurach, Achenbach, Jescheck, Roxin, Jakobs, entre otros), han elaborado concepciones que, si bien parten en su mayoría de la concepción ontológica finalista de Hans Welzel, derivan en postulados diversos dando lugar a un *neofinalismo*⁸⁶ o finalismo moderno o actualizado que permite el surgimiento de la postura denominada funcionalismo, doctrina de la que se considera como máximo expositor a Claus Roxin.

modelos estructurales son los más "conocidos" es porque son los implicados dentro de la polémica que actualmente tiene lugar en nuestro medio.

⁸⁶ Daza Gómez Carlos J.M. Seminario de Derecho Penal, Doctorado por Investigación UNAM, México 1997. Cerezo Mir, José. "El finalismo hoy", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Centro de Publicaciones, Madrid. Tomo XLVI, España, 1995. Citado por Daza Gómez Carlos, Teoría general del delito, Ed. Cárdenas, México 1997, nota 1.

Ahora bien, sin pretender profundizar en relación con dicha teoría en este apartado, sólo indicaremos que respecto al tema que estamos tratando, relativo a la estructura del tipo, de acuerdo con ella estaríamos frente a una diversa composición de dicha figura, y para citar esa diversa estructura, dentro de los límites de este trabajo, estimamos pertinente acudir a la exposición del doctor Daza Gómez⁸⁷ quién en nuestro país sostiene la interesante postura derivada del finalismo pero abarcando diversos aspectos de las ideas funcionalistas de Claus Roxin.⁸⁸

De acuerdo con tal concepción, el tipo penal (doloso) es analizable a dos niveles: a) tipo objetivo; b) tipo subjetivo.

En el primero (tipo objetivo) se distinguen los siguientes elementos:

- 1.- Acción.
- 2.- Forma de Acción (actividad o inactividad).
- 3.- Relación de causalidad o nexo causal.
- 4.- Causalidad e Imputación objetiva (teoría del riesgo).

⁸⁷ Daza Gómez Carlos J. M., Op. cit. Pág. 183. In fine.

⁸⁸ Roxin Claus. La Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, traducción de Francisco Muñoz Conde, Rens, S.A. Madrid, 1981, pág. 41. Citado por Daza Gómez, op. cit., págs. 183-188.

5.- Resultado.

Por su parte, el tipo subjetivo (en los delitos dolosos) estará compuesto por los siguientes elementos estructurales:

- 1.- Dolo (conocimiento y voluntad).
- 2.- Elementos subjetivos del injusto.

En consecuencia, creemos que no debe haber dificultad para asentar la afirmación de que la estructura del tipo penal, se insiste, dependerá del esquema teórico que se adopte y que las posiciones doctrinales al respecto han evolucionado y lo siguen haciendo, de tal suerte que ningún doctrinista puede sostener que la utilización del concepto tipo, por si sola, implique forzosamente la referencia a un contenido único y determinado, con filiación o vinculación específica respecto de alguna teoría dogmática en particular, pues puede adoptarse un contenido congruente con los postulados de cualesquiera de ellas, empero la elección del sistema a seguir en cada caso de emisión legislativa de orden penal, corresponde exclusivamente al órgano creador de la ley (lege lata), y no a los doctrinistas que, solamente conforman sus posiciones teóricas con base en ella (lege ferenda).

En los apartados del punto anterior, nos hemos ocupado de la estructura del tipo penal, basándonos en la distinción de categorías de elementos, tales como los objetivos o descriptivos, normativos, y subjetivos, e incluso citamos la opinión de considerar la teoría de la imputación objetiva como componente de dicha estructura. Tal análisis se ha hecho tratando de respetar el orden cronológico y progresivo de su aceptación dentro de la evolución de la dogmática de la teoría del delito y, consecuentemente, vinculando esas clases de categorías de elementos a la luz de las primordiales opiniones teóricas.

Pues bien, a continuación de manera resumida y concreta habremos de puntualizar la forma en que se concibe la noción de tipo y tipicidad de acuerdo a la doctrina que se sostenga.

1.6 EL TIPO DE ACUERDO CON LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL (CAUSALISTA).

Según lo asentamos en su oportunidad, el concepto tipo penal (como elemento del delito y con una función sistemática), es producto de la obra de Beling⁸⁹

⁸⁹ BELING, ERNEST, "Die lehre Vom Verbrechen", 1906; Die Lehre Von Tatbestand (El rector de los tipos de delito), Traducido por L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas 1ª. Edición, Ed. Reus, Madrid 1936.

quién en su primera concepción lo expone como instrumento que entendido formalmente sirve para describir en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie de delito.⁹⁰

Esta forma totalmente descriptiva de comprender el tipo es la que puede identificarse como su definición de acuerdo a la postura ahora llamada tradicional o causalista "clásica", pues no debe olvidarse que, dentro del llamado causalismo se distingue una concepción clásica respecto de otra denominada neoclásica.

Ahora bien, para esta misma faceta inicial de la teoría, la tipicidad viene a ser simple adecuación de la conducta suscitada en el mundo real, con la descripción que de ella se hace únicamente en cuanto su aspecto externo, sin ningún tipo de contenido normativo o subjetivo. Por tanto, lo que interesa es sólo constatar el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. *La tipicidad es descriptiva y objetiva.*⁹¹

En la concepción conocida como neoclásica (dentro del causalismo), atribuida a Reinhard Frank, se habla ya del tipo de injusto y, por ende, de la

⁹⁰ Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, op. cit. Tomo I, pág. 25.

⁹¹ BUSTOS RAMÍREZ JUAN, op. cit. Pág. 159.

comprensión inicial, de mera función descriptiva despojada de todo vestigio de valoración, se pasa a aceptar, dentro del tipo, la presencia de elementos normativos y los llamados subjetivos del injusto, aunque esto de manera meramente excepcional.

Cabe dejar muy claro que para el causalismo (en cualquiera de sus dos facetas) la existencia de componentes normativos y subjetivos (por supuesto ajenos al dolo) es sólo excepcional de tal manera que el dolo y la culpa son especies de culpabilidad, es decir, de ninguna manera se admite al dolo y la culpa como aspectos integradores del tipo, independientemente de que durante el período "clásico", se afirmara un concepto psicologista de culpabilidad (vinculación psicológica entre el autor y su hecho), en tanto que en el neoclásico se aceptó ya un concepto normativo (juicio de reproche).

En conclusión, el causalismo no acepta la ubicación del dolo y de la culpa, según el caso, dentro del tipo y, por lo tanto, el contenido de la voluntad se considera escindido de su manifestación externa, de tal suerte que la finalidad sólo trasciende para la comprobación del dolo como parte de la culpabilidad. Dolo que se entiende como conocimiento y voluntad

pero dentro de él se exige también el conocimiento de la antijuridicidad.

Lo anterior produce diversas consecuencias sistemáticas, por ejemplo, la imposibilidad de hablar de error de tipo por ausencia de dolo ante la falta de conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo (como sí ocurre conforme a la teoría finalista).

Igualmente destaca el hecho de que, aún ante la ausencia del dolo, la conducta validamente se conceptúa como típica y antijurídica pues en todo caso, la ausencia de ese elemento sólo produciría una causa de inculpabilidad.

De lo expuesto se sigue la afirmación de que el causalismo, aún admitiendo la presencia de elementos normativos y subjetivos del injusto (entendidos estos como ánimos, intenciones o propósitos específicos distintos del dolo), jamás ha aceptado que el tipo tenga el alcance o dimensión subjetiva pretendida por el finalismo, particularmente por la introducción del dolo y la culpa a nivel de tipo.

Luego, se puede afirmar que para el causalismo la estructura del tipo es más reducida que la

considerada por otras teorías; la base de su conformación se encuentra en el esquema objetivista aún cuando se puede advertir una tendencia a la admisión paulatina de un mayor número de componentes normativos y subjetivos (sin llegar nunca a admitir el dolo o la culpa). En la concepción original el tipo es meramente descriptivo (posición clásica), correspondiendo en esencia al inicial significado de "corpus delicti", y en su culminación se conciben dentro de él los llamados elementos subjetivos del injusto como casos excepcionales distintivos de aquellos ilícitos calificados como de *tendencia interna trascendente*. (posición neoclásica).

No obstante esa variación de criterios, aún dentro del propio sistema causalista, puede decirse, en resumen, que conforme al mismo es de aceptarse la posible presencia de las siguientes clases de integradores:

De carácter esencial:

- a) Conducta entendida como movimiento corporal externo y voluntario (sin importar el contenido de esa voluntad), o, en su caso, la voluntaria omisión de realizar una acción debida.

b) El resultado producido en el mundo fenoménico y traducido en una lesión de bienes jurídicos o, en su defecto, su puesta en peligro.

c) Relación de causalidad entre acción y resultado.

Además, de manera eventual el tipo puede exigir:

a) Cualidades y pluralidad específicas del sujeto activo.

b) Cualidades y pluralidad referentes al sujeto pasivo.

c) Modalidades de tiempo, lugar u ocasión.

d) Referencias o medios especiales de comisión.

e) Características del objeto material.

f) Elementos de valoración (normativos).

g) Referencias especiales de antijuridicidad.

h) Elementos subjetivos del injusto (distintos al dolo o culpa).

Es pues de esa manera como, en resumen, estimamos que para la escuela causalista se concibe el tipo penal como estructura intrasistemática.

1.7 EL TIPO PENAL EN LA TEORIA FINALISTA.

Como se ha venido apuntando, la teoría finalista comprende a la figura del tipo penal de manera distinta, particularmente con un contenido subjetivo de mayor dimensión y, por ello, se parte de la afirmación referente a que todo ordenamiento jurídico-penal debe describir objetivamente la conducta que prohíbe, concretando sus disposiciones mediante la especificación de la llamada *materia de la prohibición*, a fin de satisfacer las exigencias del principio *nulla poena sine lege*⁹² de tal manera que, no obstante las características de generalidad, abstracción e impersonalidad de la ley, debe posibilitarse al ciudadano, el saber que es lo que debe hacer u omitir, y al juez lo que debe castigar.

Según los finalistas, para lograr lo anterior, en esa descripción debe abarcarse a todos aquellos

⁹² Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de Derecho penal, Tomo I, Ed. Bosh, S.A., Traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, España pág 333.

elementos que fundamenten el contenido del injusto y sentido de la prohibición o prescripción de deberes, incluyendo tanto elementos objetivos, como normativos y subjetivos, dentro de estos últimos considerando, según el caso, el dolo o la culpa, igualmente deben comprenderse también los objetos, circunstancias relevantes de la acción y el grado de realización del hecho injusto.

Por tal razón, se considera al tipo penal como un factor imprescindible para alcanzar la premisa "nullum crimen sine lege", pero abarcando, se insiste, la descripción de una conducta entendida desde una perspectiva ontico-ontológica, es decir, respetando las llamadas *estructuras lógico-objetivas*, como afirma Welzel⁹³ al criticar las concepciones iusnaturalísticas, señalando que el legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras (lógico-objetivas) en la materia de su regulación.

También refiere el creador del finalismo que como tales estructuras deben estimarse: el concepto

⁹³ Welzel Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª. Ed, Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 1962, traducido por D. Felipe González Vicen, con el título *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid, 1971, citado por Dr. José Cerezo Mir, *El Finalismo*, *Revista Criminalia*, año LXIII, No. 2, México, Mayo-Agosto, De. Porrúa, 1997, pág. 78, nota 3.

ontológico de la conducta humana. La acción entendida como el ejercicio de una actividad finalista. La inescindible presencia del contenido finalista de la voluntad dentro de la estructura de la acción humana. La afirmación de que la conducta no es una simple suma de elementos, sino la dirección del curso causal por parte de la voluntad humana. También se menciona la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad que conlleva a la obligada consecuencia de reconocer la relevancia al *error de prohibición*.

Todo ello se caracteriza con la opinión de que el dolo y la culpa no deben verse como formas de culpabilidad, sino como elementos de la conducta típica, según el caso, y partiendo de que el *dolo es el saber y querer la realización del tipo objetivo*,⁹⁴ en el que se debe comprender no sólo aquellas consecuencias cuya producción constituía el fin perseguido por el autor, sino además aquellas admitidas como necesariamente aparejadas a tal realización e, incluso, aquellas sólo consideradas como de posible actualización, pero al final admitidas también.⁹⁵

⁹⁴ Hans Welzel, Derecho penal alemán parte general, 12ª. Edición, 3ª. Edición castellana, traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 1987, pág. 95.

⁹⁵ Hans Welzel, El nuevo sistema del Derecho Penal, trad. José Cerezo Mir, Ariel Barcelona, 1996, pág. 26

El dolo conceptualizado por esta teoría no contiene como componente el conocimiento de la antijuridicidad, pues tal conciencia se sigue estimando como elemento de la culpabilidad o presupuesto del correspondiente juicio de reproche, por lo que a este dolo se le concibe como abstracto, como conciencia del hecho y resolución al hecho ("dolo de tipo").⁹⁶

Maurach⁹⁷ señalado como el máximo seguidor de Welzel, realiza diversas consideraciones en torno a su concepción finalista del tipo, de las que se puede sintetizar, lo siguiente:

a) El dolo como elemento del tipo corresponde con la voluntad de acción, en los delitos dolosos. La voluntad es un hecho o realidad natural y el dolo, por tanto, es "natural".

Por consiguiente, obran con ese "dolo natural" quienes no actúan de manera culpable, (niños, enfermos mentales o los que se encuentran en situación de embriaguez), de manera que respecto de ellos también puede distinguirse entre hechos dolosos y

⁹⁶ Idem, Véase Córdoba Roda, Juan, Una nueva concepción del delito. la doctrina Finalista, Barcelona Ed. Ariel, 1963.

⁹⁷ Maurach, Reinhart, op. cit., pág. 14 sigs.

no dolosos, dando lugar a la posibilidad de aplicar medidas de seguridad.

b) El dolo, de acuerdo con el finalismo, comprende y se limita al tipo objetivo del delito en cuestión. Luego resulta indispensable pero a la vez suficiente que el autor conozca las circunstancias objetivas de la descripción típica, pero no se necesita la consciencia de la antijuridicidad del hecho. El dolo no es "dolus malus", sino "dolo naturalis", o dolo neutro.⁹⁸

Para la sistemática finalista, tampoco se requiere del conocimiento efectivo y actual del injusto, sino que basta con el llamado conocimiento "potencial" del mismo; el autor ya ha obrado de modo culpable tan sólo si tenía la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su hecho, y no importa si la conoció en realidad.⁹⁹

Córdoba Roda¹⁰⁰ apunta que la sistemática finalista produce cambios notables en relación con la problemática de la culpabilidad, destacando lo siguiente:

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Córdoba Roda, Juan, Culpabilidad y pena, Barcelona, Ed. Bosch, 1977. Pp. 17-18.

a) La concepción de la acción como "ejercicio de la actividad final humana" o como "ejercicio final de la actividad humana" deriva, lógicamente, en la inclusión del dolo en el tipo, entendiendo al tipo como el conocimiento y la voluntad de realizar el hecho típico.

b) La consideración del delito culposo como una particular forma de infracción, merecedora de un estudio sistemático propio e independiente.

Por ello, dan lugar a que la culpabilidad, en la doctrina finalista, adquiriera un nuevo contenido.

La culpabilidad (agrega Córdoba Roda)¹⁰¹ sigue siendo definida como el juicio de reproche personal, que se formula al agente, por haber realizado una acción antijurídica a pesar de haber podido actuar de modo distinto; pero la relación de requisitos, exigidos para tal juicio, sufre una modificación.

En términos generales, dichos requisitos son:

A) La imputabilidad del agente;

¹⁰¹ Ibidem.

B) El conocimiento de la significación antijurídica del acto, como exigencia intelectual distinta o la representación de la realización del hecho típico, o más exactamente, de la parte objetiva de un tal hecho, y

C) La ausencia de causas de inculpabilidad.

También se destaca que la teoría finalista define a la culpabilidad de modo coincidente con la concepción normativa en su configuración inicial.

Siguiendo las palabras del Doctor Márquez Piñero¹⁰² diremos que, en esencia el tipo finalista, se encuentra estructurado con arreglo a una doble pareja de elementos contrarios, que se entrecruzan entre sí, a saber: los objetivos-subjetivos y los correspondientes al acto del autor.

En consecuencia, el tipo objetivo del injusto comprende:

A) Los elementos objetivos del acto, integrados ante todo por la acción de ejecución con la correspondiente lesión del bien jurídico (en cuanto esta

¹⁰² Márquez Piñero Rafael, El Tipo Penal, op. cit., pág. 244.

última pertenezca al tipo), así como por los demás medios y formas de ejecución, y las restantes modalidades de la acción.

B) Los elementos objetivos del autor.

En cambio, el tipo subjetivo del injusto, a su vez, comprende:

A) El dolo (como el momento del dominio final sobre el acto).

B) Los elementos subjetivos del autor, es decir, las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor.

También se sostiene que no se trata de un simple cambio de nomenclatura entre error de hecho y de derecho (de los causalistas), y el error del tipo y de prohibición (de los finalistas); así, el error del tipo no sólo recae sobre los elementos objetivos descriptivos, sino también sobre los elementos objetivos normativos; y el error de la prohibición no sólo recae sobre la conciencia de antijuridicidad, o sea sobre circunstancias jurídicas, sino también sobre elementos fácticos, lo que significa que el error de prohibición

tiene una amplitud mayor que el error de derecho que (para algunos causalistas) incluso carece de relevancia jurídica. En cambio, el error de prohibición finalista sí la tiene, y si es vencible sólo disminuye la intensidad del juicio de reproche, y si es invencible lo hace desaparecer.

Por cuanto hace a los delitos ~~culpables~~, la teoría finalista asume la postura de que en ellos ~~se compara precisamente la dirección finalista de la acción realizada con la dirección finalista exigida por el derecho.~~¹⁰³

Welzel sostiene que en tales casos se analiza la forma de ejecución del acto, *la dirección concreta de la acción final, en cuanto esta dirección se compara con una conducta social modelo, que esta orientada a evitar los resultados intolerables socialmente.*¹⁰⁴

Luego, la tipicidad, en tal supuesto resulta de la contravención al deber de cuidado correspondiente relativo al caso particular, el cual por cierto, así como la acción del tipo *no esta determinada legalmente,*¹⁰⁵ por lo

¹⁰³ Cerezo Mir José, Revista Criminalia, op. cit., pág. 82.

¹⁰⁴ Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, op. cit., pág. 185.

¹⁰⁵ Ibidem.

que se consideran como tipos "abiertos" o "con necesidad de complementación".

Para explicarlo, el propio autor alemán creador del finalismo cita como ejemplo el artículo 276 de la legislación de su país, del siguiente texto: "actúa culposamente quién no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación". De acuerdo con esto, dice Welzel, *el juez ha de investigar entonces cuál es el cuidado requerido en el ámbito de relación para el autor en su situación concreta, y luego a través de una comparación entre esta conducta con la acción real del autor, determinar si era adecuada al cuidado o no*¹⁰⁶

En cuanto a la problemática de la culpa, Welzel hizo variaciones ulteriores respecto de su concepción original,¹⁰⁷ reconociendo que los delitos culposos deben su existencia a la incapacidad evidente del hombre, en sentido absoluto, para prevenir y conformar el porvenir.

En tal virtud, en los tipos culposos *la reprochabilidad es de las consecuencias no finalistas de*

¹⁰⁶ Idem. pág. 187. En contrario, se cita en la misma obra a Jescheck, en cuanto concluye que en las acciones culposas, la voluntad "sólo cabe en consideración en su función causal".

¹⁰⁷ Welzel, Hans, "La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione", *Revista Italiana di Diritto Penale*, trad. de Ernest Heinitz, año IV, enero-abril, 1951, pp. 1-16.

acciones finalistas, de lo que se sigue que mientras los tipos de los delitos dolosos se ocupan en las consecuencias de la acción provocadas finalísticamente, los tipos de los delitos culposos regulan el significado penal de las consecuencias no finalistas de la acción finalista.¹⁰⁸

Por tanto, como lo cita Márquez Piñero,¹⁰⁹ Welzel concluye afirmando: que, en los delitos culposos, las consecuencias producidas finalísticamente nada significan *frente al tipo*; únicamente son relevantes las consecuencias no finalistas. De esta manera, la acción culposa (imprudente), es una acción finalista, respecto a la cual el tipo regula el significado penal de las consecuencias no finalistas. frente a los tipos finalistas de los delitos dolosos, el tipo de los delitos culposos radica en una lesión puramente causal de los bienes jurídicos.

El derecho, por consiguiente, impone al sujeto (al realizar una actividad) un deber objetivo en orden a una determinada prestación finalista, a saber: el deber de observar el cuidado necesario que el tráfico jurídico exige. Solamente son típicamente antijurídicas, en el

¹⁰⁸ Idem, pág. 12-13 y ss. citado por Márquez Piñero, Rafael. El tipo Penal..., op. cit., pág. 246, notas 440 y 441.

¹⁰⁹ Ibidem.

sentido de los tipos delictivos culposos, las acciones que, como consecuencia de la no observancia de este deber objetivo de cuidado, son productoras de lesiones de los bienes jurídicos.¹¹⁰

Consecuentemente, ha de insistirse, la diferencia fundamental entre causalismo y finalismo parte de la concepción óntico-ontológica de la conducta, sostenida en el ámbito de la teoría del delito por Hans Welzel, en Alemania, en la década de los treinta, derivando de tal concepción la afirmación, por parte del finalismo, en el sentido de que todos los tipos penales contienen en su estructura elementos objetivos y subjetivos, dentro de estos últimos, *el primero será el dolo en los delitos dolosos y la culpa en los delitos culposos*¹¹¹, además, en su caso, de los llamados elementos subjetivos del injusto.

Por tanto, podemos concluir este apartado resumiendo que para el finalismo el tipo penal además de ser fundamental a la función de garantía "nullum crimen sine lege" (al menos en los tipos dolosos, ya que según hemos visto, para esta escuela los delitos culposos se consideran como "tipos abiertos" que

¹¹⁰ Idem., pág 249.

¹¹¹ Barrita López Fernando, Delitos, Sistemáticos y Reformas Penales, Ed. Porrúa, México, 1995, pág. 11.

requieren de complementación judicial), contiene como elemento subjetivo permanente al dolo o la culpa, según se trate de delito doloso o culposo, con las inherentes consecuencias intrasistemáticas que ello acarrea.

1.8 EL TIPO PENAL BAJO LA PERSPECTIVA DE LA LLAMADA LOGICO-MATEMATICA.

Finalmente, por lo que ve a este punto, debemos señalar cuál será la estructura o composición del tipo de conformidad con la llamada concepción "lógico-matemática" surgida en nuestro país, en 1968 a instancia de Olga Islas y Elpidio Ramírez.¹¹² Sin embargo, la cita que de tal criterio aquí haremos representa tan sólo un breve esbozo a tan interesante postura, pues no constituye la materia central del análisis el escrupuloso estudio de alguna teoría en particular, sino más bien los efectos de una reforma específicamente en cuanto al manejo de los aspectos que para nuestro cometido representan mayor interés.¹¹³

¹¹² Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

¹¹³ Un magistral análisis de esta concepción se contiene en la obra *El tipo penal algunas consideraciones en torno al mismo*, del Doctor Márquez Piñero UNAM, 1992, págs. 185 in fine.

Para iniciar este punto, que mejor que acudir a la definición de la doctora Islas¹¹⁴ en el sentido de que "Delito es la culpable concreción de un tipo legal".

Así, desde un punto de vista funcional, un tipo legal viene a ser una *figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos.*¹¹⁵

Tanto para los creadores de la teoría del modelo lógico-matemático, como para sus seguidores declarados, con tal postura se pretende "rescatar" al tipo "de confusionismo reinante" en las formulaciones consideradas como tradicionales, refiriéndose al causalismo y finalismo (lo que implica el reconocimiento de que no obstante la evolución histórica del concepto, no existe una certera, única y generalmente aceptada concepción del mismo).

El maestro Márquez Piñero,¹¹⁶ de manera sumamente clara, explica la forma en que los creadores del modelo sustentan esa pretensión.

¹¹⁴ Islas Magallanes, Olga "Nueva teoría del derecho penal", Criminología, México, año XLIV, números 1-3, enero-marzo, 1978, págs. 46-47.

¹¹⁵ Barrita López Fernando, Delitos, Sistemáticos y Reformas penales, op. cit. Pág. 13.

¹¹⁶ Márquez Piñero, Rafael, El Tipo Penal..., op. cit., pág. 184. Y siguientes.

Señala el distinguido maestro de la Universidad Nacional, la forma en que Islas y Ramírez reconducen o reubican el tipo penal en el sitio que para su estudio, dicen, le corresponde, siendo este en la teoría de la ley penal (en cuanto determinantes de contenido de la norma jurídico-penal), ahí también afirman, debe ubicarse, para los mismos efectos, a la punibilidad.¹¹⁷

La descripción de la conducta (tipo) y la descripción de la amenaza (punibilidad) constituyen partes fundamentales de la norma y la existencia de ésta es un presupuesto o, antecedente del delito, por consiguiente, deben formar parte del objeto de conocimiento de la teoría de la norma.

Los referidos autores estiman que de esa manera se superan "los dos absurdos" de las sistemáticas "dominantes", pues, según dicen, en primer término una teoría de la ley penal sin contener el estudio del tipo y la punibilidad que le deben ser propias, viene a ser una *teoría de la ley penal, sin ley penal, sin norma penal*. Por otra parte, siguen diciendo, se evita así la errónea mezcla de conceptos heterogéneos dentro de la teoría del delito al separar aspectos de

¹¹⁷Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, De. Jurídica Mexicana, 1970, pág. 9.

corte normativo, de otros del mundo fenoménico o fáctico.

Sólo de esa manera, se afirma, se cumple con el principio de legalidad contenido en los artículos 14 constitucional y 7 del Código Punitivo de Aplicación Federal, ya que se satura una secuencia fáctica y jurídica que da como resultado la existencia del delito, lo cual sólo ocurre cuando se logra satisfacer la adecuación precisa entre el evento antisocial (aspecto fáctico) y la norma penal (descripción típica y punibilidad).

De lo anterior se afirma que existen normas penales de consumación y de tentativa y, por tanto, delitos de consumación o tentados, advirtiéndose por ello la necesidad de realizar una explicación teórica a dos niveles diferentes:

a) la teoría de las normas penales correspondiente al estudio de las leyes o disposiciones tanto de consumación como de tentativa; y b) la explicación de los delitos (de tentativa o consumados) corresponde, en cambio, a la teoría del delito.¹¹⁸

¹¹⁸ Islas Magallanes, Olga, "Nueva" teoría general del derecho penal, Criminalia, México, año XLIV, números 1-3, enero-marzo, 1978, págs. 46-47 Citado por Márquez Piñero, Tipo penal..., op. cit., pág. 185, nota 330.

Conforme a ese orden de ideas, un hecho o acontecimiento sólo será constitutivo de delito cuando se califica de típico, esto es, cuando hay tipicidad entendiéndose por ésta, *la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo legal y los llamados contenidos del delito*, lo que se traduce en la exigencia de que, para cada elemento del tipo debe de actualizarse, en estricta relación de correspondencia, una circunstancia, parte o porción del hecho que llene las exigencias semánticas de la descripción típica correspondiente.

Según la postura a la que nos estamos refiriendo, la observación del hecho constitutivo de delito permite darse cuenta de que, *una parte de su contenido* (entendemos nosotros que se trata de una perspectiva respecto del hecho calificado como típico previa constatación de adecuación o correspondencia) surge al tiempo de la realización de la conducta (acción u omisión), pero otro sector de ese contenido, se dice, *ya existía en el mundo real antes de que tal comportamiento tuviera lugar*.

Ahora bien, señala el doctor Márquez Piñero, en cita de la doctora Islas, que el contenido derivado de la conducta puede revestir las propiedades de ser *lesivo*

del bien o violatorio del deber o reprochable a su autor. Además, a ese contenido que surge con la conducta se le denomina "elementos del delito", mientras que al preexistente o previo a la realización de la conducta se le considera como "presupuestos del delito", los cuales, de acuerdo con la doctora Islas son dos: "tipicidad" y "atipicidad".

Tocante a lo anterior, debemos externar nuestra opinión en el sentido de que no creemos correcto sostener que la tipicidad o atipicidad puedan considerarse "presupuestos del delito", pues si bien la tipicidad es elemento de aquel, al grado de que si el hecho o acontecimiento (conducta) no tiene la característica de ser típico, esto es, si no se da la tipicidad no puede constatarse la ilicitud del comportamiento, ello de ningún modo autoriza a estimar que sea un presupuesto, ya que, sí como la gran mayoría de doctrinistas coinciden en señalar que la tipicidad es esa peculiaridad de correspondencia entre el hecho y la descripción típica, producto de la realización con resultados positivos de lo que Zaffaroni¹¹⁹ denomina juicio de tipicidad, es obvio que si tal constatación recae sobre el hecho materia de calificación, no puede decirse entonces que sea

¹¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raul, Vid. Supra, notas 41 y 42.

presupuesto o de existencia previa a ese mismo evento. Consideramos en cambio, que se trata de un problema terminológico, pues en todo caso, si la teoría del modelo lógico, a lo que se está tratando de referir es al sector de "contenido del delito" con existencia en el mundo fenoménico previa a la realización de la conducta, debe entonces utilizarse la voz tipificación que comprendería la acción y efecto de la creación de la norma penal virtud a la descripción plasmada en la ley (tipo legal y punibilidad o conminación penal) en cuya función puede exigirse la contemplación de aspectos imprescindibles a la norma punitiva tales como deber jurídico penal, precisión de bien jurídico, sujetos, calidad, pluralidad y objeto.

Luego, el hecho de que la afirmación de la tipicidad o su ausencia (atipicidad) sólo se puedan obtener como producto del referido juicio de comparación entre el tipo creado (tipificación) y el hecho acaecido posteriormente en la realidad, representa una imposibilidad lógica para admitir la idea de que la tipicidad o atipicidad sean estimadas como "presupuestos del delito".

Pues bien, independientemente de nuestra particular perspectiva, el llamado modelo lógico-

matemático, considera cinco "subconjuntos" del "tipo legal", es decir, precisamente los mencionados como: 1) Deber jurídico penal típico; 2) Bien jurídico típico; 3) Sujeto activo típico (voluntabilidad, impunitividad, calidad de garante...); 4) Sujeto pasivo, (también con calidad y pluralidad específicas); y 5) objeto material típico.

En atención a lo citado, las hipótesis de atipicidad se presentarán precisamente por la ausencia de cualquiera de los aludidos subconjuntos.

De igual forma, el contenido del delito surgido con motivo de la conducta o "elementos del delito" se consideran como subconjuntos diversos, a saber: 1) Kernel (conducta dolosa o culposa, activa o inactiva); 2) Lesión o puesta en peligro del bien, 3) Violación del deber jurídico; y 4) Culpabilidad.

Como podrá apreciarse, la estructuración del tipo penal conforme al modelo lógico-matemático resulta sumamente interesante, sobre todo por la forma distinta de analizar desde un punto de vista crítico algunos conceptos considerados como tradicionales, de tal suerte que representa una muy distinta forma de conceptualización típica y en general

del delito. Además, su denominación, por cierto original, proviene de que la metodología empleada para su desarrollo, según se afirma, corresponde precisamente al "cálculo de primer nivel" y la lógica formal mediante la distinción de *niveles de lenguaje*.¹²⁰

Esta concepción teórica como lo refiere el doctor Márquez,¹²¹ *es una aportación netamente genuina de la ciencia jurídico-penal mexicana* de innegable seriedad y originalidad, que como refiere el distinguido maestro de origen español, se encuentra *todavía en fase de perfeccionamiento y de construcción*.

Pues bien, de esta forma culminamos este primer capítulo de nuestro trabajo, en cuya conformación pretendimos depositar las referencias necesarias para establecer, por una parte, el aspecto histórico y evolutivo del concepto tipo, dentro de la dogmática jurídico-penal, a la vez que destacar el incremento en la complejidad progresiva de su contenido o estructura a la luz de las más trascendentales concepciones o posturas teóricas, sobre todo los que se han visto hasta ahora involucradas con la legislación penal de nuestro país, pretendiendo así, por nuestra parte, sentar las bases para una mejor

¹²⁰ Márquez Piñero, Rafael, El tipo penal..., op. cit., pág. 191.

¹²¹ *Ibidem*.

comprensión del desarrollo subsecuente de nuestro
tema.

CAPITULO SEGUNDO

"EL VOCABLO TIPO Y SUS DIFERENTES CONCEPTUALIZACIONES"

Sumario:

2.1. Apuntes preliminares; 2.2 El tipo en sentido estricto; 2.3 El tipo en sentido amplio; 2.4 El tipo de delito; 2.5 El tipo rector (figura rectora o teoría del Leitbild); 2.6 El tipo de injusto; 2.7 El tipo de culpabilidad; 2.8 El tipo general; 2.9 Tipo de hecho y tipo legal; 2.10 El tipo total (Claus Roxin); 2.11 El tipo permisivo; 2.12 El tipo conglobado; 2.13 El tipo avalorado; 2.14 Tipo objetivo y tipo subjetivo; 2.15 El tipo mixto o complejo; 2.16 Tipo garantía, tipo sistemático y tipo de error; 2.17 Tipo de Autor y tipo de acto; 2.18 Tipo judicial; 2.19 Las diversas denominaciones del tipo conforme a la posición lógico-matemática; 2.20 El tipo y sus diversas clasificaciones.

2.1 APUNTES PRELIMINARES.

De lo expuesto en el capítulo precedente resulta claro que el concepto tipo, dentro de la dogmática jurídico-penal, ha sido objeto de múltiples y diversas

opiniones, desarrolladas éstas a lo largo de la historia de la citada dogmática y como consecuencia de las renovadoras aportaciones de los diversos doctrinistas y conformaciones de derecho positivo que han hecho referencia al concepto incluso, originalmente, respecto a la voz "corpus delicti" o cuerpo del delito que, como se vio, esencialmente, representa la raíz del vocablo tipo penal.

Sin embargo, y con el ánimo de aclarar lo más posible, lo que consideramos la complejidad del concepto, en esta segunda parte de nuestro trabajo, y sin la intención de polemizar, procederemos a citar todas aquellas formas o maneras con las que se ha identificado el vocablo, atendiendo a los más diversos criterios o puntos de vista con que ha sido clasificado o utilizado, ya sea para referirse a su naturaleza, contenido o función sistemática y utilitaria.

Por tanto, nos proponemos exponer todas esas conceptualizaciones para robustecer el contenido de nuestra hipótesis fundamental por cuanto hace a la determinación de si se trata o no de un vocablo o concepto plurívoco por ser usado de manera distinta y por ser, además, susceptible de recibir múltiples concepciones o significados.

2.2. EL TIPO EN SENTIDO ESTRICTO.

Ya hemos hablado acerca del surgimiento y evolución del tipo penal dentro de la teoría del delito, empero trataremos ahora de precisar los diversos usos o significados que se le asignan incluso de manera simultánea por atender ya a su naturaleza o contenido o bien, a sus funciones dentro de la dogmática y del derecho positivo.

Así, tenemos que tipo en su sentido más estricto será la descripción que realiza una norma jurídico-penal respecto de una conducta prohibida.

Como se ha dicho, antes de la obra de Beling, en 1906,¹²² la concepción que se tenía del delito era bipartita, estimando sólo dos aspectos esenciales de la ley penal: la norma concentradora de la prohibición y que establece la pena, y por otra parte, la sanción que captaba los elementos determinantes de la punibilidad.¹²³ De esa manera Binding¹²⁴ lo deducía como consecuencia de afirmar que el "delincuente" no obra contra la ley sino contra la norma que en aquella se contiene.

¹²² Beling, Ernest, Die Lehre vom Verbrechen, op. cit.

¹²³ Righi, Esteban, Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa, U.N.A.M., 9ª Ed., México 1996, pág 3091.

¹²⁴ Binding, Carlos, Die Normen Und ihre Ubertretung, Tomo I, 2ª Ed. Págs. 291-299, referencia de Márquez Piñero, Derecho Penal, Op. Cit. Pág. 199, nota 30.

Por tanto, uno de los aspectos más trascendentes de la consideración de Beling fue, como lo refiere Jiménez Huerta,¹²⁵ *arrancar del concepto de "especie delictiva", concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos (previstas a veces expressis verbis y otras subintelligenda), para precisarse o completarse por la interpretación, que se encuentran en la correspondiente descripción legal, para llegar a proponer la comprensión, del "tipo" como algo distinto a lo que, hasta entonces se entendía con la voz tatbestand que, como se ve, venía a ser una "imagen unitaria" equivalente al delito mismo.*

Así, Beling afirma que en toda acción contraria a la norma existe conceptualmente un momento previo en el que la conducta coincide con la hipotéticamente prevista en la ley, lo que significa una distinción entre tipicidad y antijuridicidad, por lo que el tipo así entendido sin duda cumple el lógicamente necesario cometido de destacar, dentro del universo de conductas posibles, aquella estimada por el creador de la ley como merecedora de la pena respectiva.

En otras palabras, el tipo en sentido estricto se traduce en el reconocimiento de su característica

¹²⁵ Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, op. cit. Tomo I, pág. 25.

fundamental y predominantemente descriptiva, lo que lo hace un componente distinto al delito en general.

Para Hans Welzel, el tipo en el sentido más estricto constituye el núcleo de lo injusto de todo delito, es decir, la totalidad de las características conceptuales de lo injusto que caracteriza determinado delito, y que diferencia, por tanto, ese delito, de todos los demás.

2.3 EL TIPO EN SENTIDO AMPLIO.

En contraposición a la concepción previamente señalada, el tipo penal en sentido amplio se concibe como la totalidad de los presupuestos de la punibilidad. El mismo Welzel¹²⁶ refiere que en tal sentido "significa el tipo total", respecto del cual, agrega, las características de punibilidad pueden separarse en tres grupos, a saber:

- a) El núcleo de lo injusto de todo delito (tipo en sentido estricto).
- b) La culpabilidad (capacidad de imputación y conciencia de lo injusto).

¹²⁶ Welzel, Hans, Derecho Penal parte General, De. "Depalma", Buenos Aires, 1956, pág. 60.

- c) Las condiciones de punibilidad (sólo en determinados delitos).

Esta concepción de amplitud, obviamente, se basa en función del contenido del tipo independientemente de que con él, a su vez, se corresponda a una mayor efectividad de la llamada función garantizadora del tipo.

Zaffaroni¹²⁷ menciona como antes de Beling, primordialmente, se manejó un concepto de tipo carente de toda sistemática al que se vinculaba con la totalidad de los elementos del delito, por ello utiliza indistintamente, para referirse a esos criterios, las voces de: tipo en sentido amplio, tipo general, o tipo totalizador.

2.4 EL TIPO "DE DELITO"

Como hemos visto, la concepción del tipo en su sentido más amplio suele vincularse con la idea de un llamado "tipo totalizador", pero generalmente se confunde sencillamente con la idea de figura o especie de delito, de ahí que, como indica Zaffaroni, antes de

¹²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, parte general, tomo III, Ed. Cárdenas, Primera edición, México 1988, pág. 198.

Beling estas formas de comprenderlo carecían de una elaboración sistemática y coherente.

Sin embargo, con el nombre de "Tipo de delito" se distingue la particular posición de Gallas,¹²⁸ de quien, a decir de Zaffaroni, se advierte un ~~retorno~~ a la teoría de Beling, desconociendo las aportaciones de Weber, Dohna y Welzel.

Para este autor el tatbestand (tipo) viene a ser un *Deliktstypus portador de todas las características típicas que hacen acreedora de pena a la correspondiente conducta.*

Según este autor, no obstante que el "tipo de delito" comprende todo lo necesario para su configuración, la función garantizadora es secundaria o accesoria, fundándose en lo sistemático. Además, para dicho autor el elemento esencial no es ya la conducta sino la tipicidad, empero, su posición se distingue del concepto de tipo rector de Beling (idea del Leitbild), en que éste último conceptuó una conducta causal y un modelo objetivo del tipo, en tanto que Gallas, con su "tipo de delito" admite un concepto final y ubica al dolo en el injusto.

¹²⁸ Gallas, Wilhelm, *Zum Gegenwärtige*, traducción castellana de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1959. Citado por Zaffaroni, tratado, tomo III, pág. 215, nota 91.

Zaffaroni¹²⁹ critica esta concepción pues dice son posturas incompletas "envolventes" o "circulares" del tipo que conciben a éste como omnicomprendivo.

2.5 EL TIPO "RECTOR" (FIGURA RECTORA O TEORIA DEL "TATBESTAND-LEITBILD").

Como mencionamos en el capítulo anterior, Beling realizó en realidad dos concepciones distintas del tipo, la primera en 1906 y la segunda en 1930, esta última es la que da como resultado la citada teoría del Leitbild o "tipo rector".

Para algunos, la evolución o cambio en la concepción Belingniana del tipo, se debió a que reconoció la justicia de las críticas en contra de su tipo objetivo, admitiendo que el dolo debe corresponder con el tipo respectivo, lo que lo lleva a inventar la figura denominada Leitbild o "especie delictiva" que abarca de manera omnicomprendiva también, aspectos de antijuridicidad y culpabilidad.

Esta concepción también se identifica con la función garantizadora del tipo.

¹²⁹ Zaffaroni, Tratado, tomo III, op. cit., pág. 217

2.6 EL TIPO DE "INJUSTO".

De acuerdo a la admisión de que la tipicidad no sólo es la razón o base de conocimiento indiciario de la antijuridicidad, sino que es su fundamento, "ratio essendi" o razón de ser, el delito sólo es conducta típicamente antijurídica, aduciendo que la teoría de la antijuridicidad tiene dos partes la primera se constituye por la constatación de la tipicidad, en tanto que la segunda consiste en la constatación de las causas de justificación, de tal modo que, como indica Zaffaroni,¹³⁰ se habla de tres elementos del delito: 1) Características fundamentadoras de antijuridicidad (tipicidad); 2) No actualización de características excluyentes o causas de justificación (antijuridicidad) y 3) La culpabilidad.

Como principal expositor de este argumento se cita a Mezger y Bockelman,¹³¹ y se le crítica que el mencionado en segundo término en realidad es una negación del primero por lo que no puede considerarse como elemento del delito, quedando, como tales, únicamente, el injusto por un lado y la culpabilidad por el otro. Además se sintetiza la idea del tipo de injusto

¹³⁰ Zaffaroni, Idem. pág. 211.

¹³¹ Citado por Zaffaroni, Idem. nota 74.

como la simple connotación de la tipicidad de una conducta antijurídica.¹³²

2.7 EL TIPO "DE CULPABILIDAD".

Con esta denominación suele llamarse, dice Zaffaroni, al "requerimiento de que la culpabilidad debe responder a la tipicidad de la conducta".

Al igual que aquellas otras concepciones "omnicomprensivas" se le considera también "envolvente" o "circular" del tipo que se traduce en una "complicación inútil".¹³³

Agrega el mismo autor que una concepción como esa conduce a una "extensión inadmisibile del tipo en sentido amplio, que abarcaría las condiciones de procedibilidad y hasta las mismas garantías procesales"¹³⁴

¹³² Así Zaffaroni, expresa su opinión de no ser partidario de lo que en ese caso como en otros, considera un abuso de la expresión "tipo". Manual de Derecho penal, op. cit. Pág. 393.

¹³³ Zaffaroni, tratado, tomo III, op. cit., pág. 218.

¹³⁴ Ibidem.

2.8 EL TIPO "GENERAL".

De esta manera señala Jiménez de Asúa¹³⁵ (por cierto en forma crítica y expresando su inconformidad con el uso de la voz tipo), se quiere dar la idea de la suma de los caracteres propios de cada delito.

Esta concepción por ser igualmente totalizadora u omnicomprensiva, amerita por consiguiente, las mismas consideraciones efectuadas previamente respecto de ideas de la misma naturaleza.

2.9 TIPO "DE HECHO" Y TIPO "LEGAL".

Jiménez de Asúa¹³⁶ define al "tipo legal" como *la abstracción concreta que ha trazada el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.*

Agrega el destacado penalista español que, por consiguiente, la noción de "tipo legal" es un concepto.

¹³⁵ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho penal, tomo III, "El Delito", Ed. Lozada, Buenos Aires 1958, pág. 744.

¹³⁶ Ibidem.

En cambio, sostiene enfáticamente que están considerablemente equivocados quienes pretenden distinguir el llamado "tipo de hecho", pues, dice, "no hay tipos de hecho", pues en todo caso lo que con esa expresión pretendiera denominarse no puede más que ser la conducta humana, precisamente el comportamiento o acto del hombre subsumible en el "tipo legal".

2.10 EL TIPO "TOTAL" (CLAUS ROXIN).

Claus Roxin,¹³⁷ a quién se considera en la actualidad como líder de la corriente finalista (aún con las modificaciones y críticas que hace a la teoría de Welzel), destaca la trascendencia de la problemática que conlleva el estudio del tipo penal y sostiene una muy interesante concepción respecto de éste, utilizando la voz "tipo total" y considerándolo como el fundamento de la estructura del delito.

Al respecto, el aludido autor alemán textualmente establece:

El tipo total es esencialmente correcto.

¹³⁷ Roxin, Claus, Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, Versión castellana por Dr. Enrique Bacigalapo, Ed. Depalma, Buenos Aires 1979, págs. 278-290.

La idea según la cual el juicio de disvalor legislativo está expresado en el tipo penal, es un fundamento por el cual las circunstancias excluyentes de lo injusto corresponden sistemáticamente al tipo, dado que ellas aportan a la determinación de lo injusto tanto como los elementos de la descripción particular del hecho. Naturalmente llevan a cabo esta función de otra manera: mientras los tipos penales de la parte especial describen directamente lo injusto jurídico-penal, los elementos de la justificación describen un comportamiento que precisamente no es contrario al derecho. Esta descripción del comportamiento adecuado al derecho no contribuye, por eso, menos a la caracterización de lo injusto, ya que limita una descripción del hecho demasiado amplia y circunscribe lo injusto punible de manera clara. Por tanto es totalmente acertado de sigilar estas circunstancias como "elementos limitadores del tipo penal".

Teniendo en cuenta las mencionadas diferencias, parece ser totalmente razonable concebir un tipo descriptivo de lo injusto frente a otro tipo excluyente de lo injusto, en los que se agrupen ambas especies de elementos y proceder en la resolución de los casos concretos comprobando primero el tipo fundamentador de lo injusto y luego el excluyente de lo injusto. De todos modos es recomendable abarcar ambos tipos en un tipo total, pues ellos sirven de la misma manera a la tarea de definición de lo injusto jurídico-penal que constituye la esencia del tipo. Esto es ya así porque la distinción de las circunstancias fundamentadoras y las excluyentes de lo injusto

tienen una naturaleza más formal que material. Por ello es que resulta, por ejemplo, indiferente para tomar el caso de un elemento del deber jurídico si en el supuesto del 113 del Código penal se considera la existencia de los presupuestos de la intervención de un funcionario de ejecución como una circunstancia que fundamenta lo injusto de la resistencia o si lo que es objetivamente lo mismo se trata el exceso de las facultades del funcionario como una circunstancia que excluye lo injusto de la resistencia a él. El cambio del punto de mira carece de toda significación para el agrupamiento sistemático de estas circunstancias.

El tipo total se corresponde también mejor con el carácter de injusto del tipo penal, pues puede sortear definitivamente la crítica de que alguien que obra típicamente, pero justificadamente obraría, de todas maneras, "en sí en forma antijurídica". Para el tipo total una acción justificada no es típica, y una acción típica es siempre antijurídica.

Para Roxin, este tipo "total" constituye la esencia de la antijuridicidad y, agrega, sólo él es capaz de realizar sin limitaciones la exigencia de la "moderna teoría del tipo", que implica la consideración de ser la razón fundamentadora de la antijuridicidad.

También refiere que el tipo "total" tiene las características de ser fundamental y delimitador.

Además para Roxin ese concepto de "tipo" tiene funcionalidad cognotiva y no solamente sistemática sino que de él, pueden deducirse también el error de tipo, el de prohibición, la tentativa y el delito putativo. También se dice que sólo este concepto se adecua a la creación dogmática de Welzel relativa al "concepto personal de lo injusto".

2.11 EL TIPO "PERMISIVO".

De acuerdo con Zaffaroni,¹³⁸ el tipo "permisivo" surge de un precepto también permisivo, es decir, que asigna ese nombre a lo que vienen a ser las conocidas causas de justificación.

Para este autor, el tipo permisivo participa de naturaleza también compleja, conteniendo elementos objetivos y subjetivos. Además, se menciona como presupuesto, una "tipicidad prohibitiva" pues, según se dice, no tiene caso averiguar si una conducta está justificada cuando no se ha comprobado aún su tipicidad.

¹³⁸ Zaffaroni, E. Raúl, Manual de Derecho Penal, op. cit., pág. 516.

2.12 EL TIPO "CONGLOBADO".

De esta manera Zaffaroni¹³⁹ distingue de un simple estado de comprobación de "tipicidad legal", respecto de la que se llama "tipicidad conglobante", que, según refiere, sólo se actualiza cuando, además de constatar que la conducta acaecida en el mundo fenoménico se adecua a la descripción de la ley, se comprueba también que dicha conducta resulta antinormativa, lo que sólo ocurre cuando se responde en sentido afirmativo sobre la afectación al bien jurídico tutelado, entonces y sólo entonces se podrá afirmar la presencia de una "tipicidad penal".

Esa afirmación se sintetiza en la siguiente fórmula:

Tipicidad penal= a tipicidad legal más tipicidad conglobante.

2.13 EL TIPO "AVALORADO".

Esta concepción se relaciona con la forma de comprender la tipicidad en relación con la

¹³⁹ Idem. pág. 405.

antijuridicidad, de tal suerte que, conforme a tal denominación debe concebirse un tipo "valorativamente neutro", en donde no existe ningún genero de valoración o desvalor como exigencia para estimarse típica alguna conducta.

2.14 TIPO OBJETIVO Y TIPO SUBJETIVO.

La concepción objetiva del tipo penal corresponde a la inicial postura de Beling (1906), quien partiendo del esquema objetivista del injusto, introduce una distinción en éste, dividiendo así la tipicidad y la antijuridicidad, categorías que *continuaban conservando su carácter objetivo.*

Por tanto, hablar de tipo objetivo significa considerarlo con una función exclusivamente descriptiva y material, es decir, únicamente integrado por componentes objetivos, de tal suerte que esa concepción puede equiparse con el contenido del llamado cuerpo del delito que, en México la Suprema Corte de Justicia definió de manera categórica desde hace muchos años, como conjunto de elementos "materiales" correspondientes al hecho delictuoso descrito en la ley penal.

En cambio, tipo subjetivo conlleva un significado mucho más amplio y antagonista respecto de esa primera concepción material u objetivada del tipo penal, basada en la complejidad de sus elementos entre los que se consideran ya, no tan sólo a los de carácter objetivo sino también los subjetivos dando así cabida a la teoría de los conocidos como "elementos subjetivos del injusto".

2.15 EL TIPO "MIXTO" O "COMPLEJO".

Esta denominación resulta de acuerdo con el punto de vista antagónico entre el llamado esquema objetivo-subjetivo del delito, correspondiente a la inicial etapa evolutiva de la que se conoce ahora como "moderna" dogmática jurídico-penal, en la teoría del delito, por tanto, esta voz se usa en contraposición al llamado tipo objetivo que sólo admite como elementos los descriptivos.

Por ende, el tipo "mixto" o "complejo" inicia por admitir la presencia de los llamados elementos subjetivos del injusto (escuela neoclásica), derivando su evolución, a partir de Beling, hacia la transportación del dolo y la culpa, de la culpabilidad al tipo,

argumentación que se considera perfeccionada con la teoría de la acción finalista de Hans Welzel.

2.16 TIPO "GARANTIA", TIPO "SISTEMATICO", Y TIPO "DE ERROR".

Atendiendo a la función que se le atribuye al tipo, éste suele denominarse también en forma distinta.

Así tenemos, en primer término, el llamado tipo "garantía" que se utiliza para relacionar la idea de tipicidad con el principio *nullun crimen, nulla poena sine lege, en cuya virtud tan sólo pueden sancionarse aquellas conductas que han sido previamente previstos por la ley y conminadas con pena.*¹⁴⁰

En nuestro país, este principio llamado de legalidad se recoge en el artículo 14 de la Constitución Federal.

Luego, resulta evidente que, por cuanto hace exclusivamente a esta función, que no al contenido, entre mayor amplitud o extensión se asigne a éste, de

¹⁴⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., pág. 3092.

mejor manera se cumplirá dicho principio que se considera ineludible en un auténtico Estado de Derecho, lo que produce que, de acuerdo con ello no pueda diferenciarse entre tipo y delito.

Por tipo "sistemático" o "fundamentador", se debe entender la función que al tipo se signa dentro de la dogmática de la teoría del delito en que se comprenda y que dependerá de su carácter individualizador de las conductas punibles pero sólo en cuanto a su misión delimitadora, sin abarcar aspectos como la culpabilidad, para algunos autores o incluso la antijuridicidad para otros.

De acuerdo con esta concepción, en realidad se denomina a uno sólo de los elementos o componentes del delito y no a la totalidad de los presupuestos de la pena. Por tanto, en este aspecto es un concepto mucho más reducido.

En cuanto a la noción tipo "de error", el diccionario Jurídico Mexicano lo estima como mucho más reducida aún pues se limita a la comprensión de los elementos externos que deben ser captados por el dolo y respecto de los cuales el error, entendido como falsa apreciación de la realidad, es relevante

precisamente por impedir la actualización de la parte cognoscitiva del dolo.

2.17 TIPO DE AUTOR Y TIPO DE ACTO.

Tipo de acto corresponde a la consideración de que la conducta realizada por el sujeto es, en todo caso, el aspecto relevante para el derecho penal, de tal suerte que lo sujeto a la conminación penal es ese comportamiento considerado perjudicial para los intereses o valores de la colectividad, independientemente de la personalidad de su autor, de tal suerte que el tipo sólo puede referirse a la descripción concreta de esa conducta que se prohíbe y no al posible autor del hecho.

Por el contrario, la concepción de tipo de autor implica la idea de que para el derecho penal, la conducta, por sí misma, tiene poco valor, entendiéndola tan sólo como "síntoma"¹⁴¹ de una personalidad relativa a un sujeto considerable, por tanto, como peligroso o "enemigo" para el sistema de derecho.

¹⁴¹ Zaffaroni, E. Raul, Manual..., op. cit., pág. 396.

2.18 TIPO JUDICIAL.

De esta manera suele entenderse el caso en el que el órgano judicial es el facultado para crear los "tipos penales", determinando su contenido o complementándolo.

Esta concepción, evidentemente, resulta opuesta a la idea del tipo de garantía y por consiguiente se asocia con sistemas jurídicos autoritarios.

2.19 LAS DIVERSAS DENOMINACIONES DEL TIPO CONFORME A LA POSICION LOGICO-MATEMATICA.

Para esta teoría el tipo constituye uno de los tres predicados invariantes del derecho penal, entendiendo así a los "conceptos jurídicos fundamentales".

Además de la noción propia del vocablo tipo, de acuerdo con esta posición teórica se utilizan también las denominaciones Tipo de tipo y Tipo típico,¹⁴² el primero, se dice es un concepto que corresponde a cada

¹⁴² Márquez Piñero Rafael, El tipo Penal..., op. cit. Pág. 202.

una de las estructuras derivadas del tipo. Estructuras que incluyen los subconjuntos considerados en el tipo.

El tipo típico, se agrega, es la figura descrita por el legislador, por lo que se le considera como un concepto de derecho positivo.

2.20 EL TIPO Y SUS DIVERSAS CLASIFICACIONES.

Es común encontrar las clasificaciones del "tipo penal" entendiéndolo como sinónimo de la figura del delito, por tanto, de acuerdo con esto, generalmente se clasifican desde diferentes puntos de vista y atendiendo por ejemplo a la naturaleza del delito o función a su forma de ejecución, estimándolos como de acción u omisión; instantáneos, permanentes o continuos. También se atiende a la clase de bien jurídico tutelado y ello da lugar a clasificar los tipos como: patrimoniales, sexuales, contra la salud, etc. Se habla también de tipos de lesión o de peligro dependiendo de la afectación al bien jurídico; de abiertos y cerrados de acuerdo a la modalidad técnico-legislativa de su conformación, de comunes y propios; unisubjetivos y plurisubjetivos; especiales o comunes,

cualificados, básicos o complementados y referenciados de acuerdo a las más diversas consideraciones, sin embargo no es misión de este trabajo profundizar en el análisis de todas las clasificaciones posibles pues para nuestro propósito basta hacer alusión a esa realidad que consiste en que el tipo penal, constituye un concepto sobre el cual pueden asignarse múltiples significados.

A manera de conclusión de lo expuesto en los dos primeros capítulos de este trabajo, podemos afirmar la confirmación del primer supuesto de la hipótesis fundamental, ello al constatar que el vocablo "TIPO PENAL" no es concebido de manera única o unívoca, sino por el contrario, su significado, naturaleza, funciones o contenido puede ser tan diverso como diversas son las teorías o concepciones desde cuyo punto de vista se le comprenda, lo que conduce a reconocer que se trata de un concepto plurívoco cuya significación dependerá del contexto en el cual se le conciba.

De lo anterior se sigue la posibilidad de afirmar también que la reforma constitucional penal de septiembre de 1993, está introduciendo un concepto con esa característica innegable, es decir, un vocablo

plurívoco con significado distinto de acuerdo con el particular punto de vista de cada una de las teorías que prevalecen en la dogmática jurídico-penal tanto como en la realidad material, dado que coexisten en nuestro medio ordenamientos jurídicos con tendencia finalista, otros con inclinación hacia el modelo lógico-matemático y otros más persisten con contenido de corte eminente tradicional o causalista, de ahí que esa diversidad de posibilidades y criterios sobre el contenido del llamado "tipo penal", es en México, a partir de dicha reforma, un tema controversial en nada sencillo de solucionar, pero sobre todo un problema real cuyos efectos habremos de analizar en los siguientes capítulos pero que, de ningún modo, puede ignorarse o negarse.

CAPITULO TERCERO.

"EL CONCEPTO TIPO PENAL ANTE EL MARCO DEL DERECHO PUNITIVO MEXICANO".

Sumario.

3.1.- Palabras iniciales; 3.2.- El marco constitucional en que se dio la reforma de 1993; 3.3.- La noción de "cuerpo del delito", su esclarecimiento por el Máximo Tribunal del País y su compenetración en México. 3.4.- Transición entre "cuerpo del delito" y "tipo penal". 3.5.- Derecho penal y procesal penal en México, en torno al "cuerpo del delito" y "tipo penal", antes y después de la reforma.

3.1.- PALABRAS INICIALES.

Ya se apuntó de manera concluyente que el concepto "tipo", en el ámbito de la dogmática jurídico-penal, es plurívoco pues no ha existido ni existe uniformidad de criterio respecto de lo que, conforme a él debe entenderse, sobre todo cuando ello dependerá del aspecto teórico en torno al cual se analice, esto es, que el contenido o función sistematizadora del "tipo penal" dependerá y será variable en la medida en que

se adopte uno u otro de los sistemas teóricos actualmente controvertidos en nuestro país.¹⁴³

Ahora bien, en el presente capítulo comenzaremos por sintetizar el marco jurídico, particularmente constitucional, en donde ha tenido que operar la pretendida transición entre los conceptos de "cuerpo del delito" y "tipo penal", pues ello nos permitirá comprender, de mejor manera, la justa dimensión de la reforma (dentro de lo legalmente posible) y de ello podremos establecer si, en el específico caso de la aplicación del concepto tipo penal en los artículos 16 y 19 constitucionales, ello puede validamente implicar la admisión o no, de manera "automática" de un determinado sistema dogmático-penal, y por tanto, si el resto de las legislaciones ordinarias del país, están obligadas a la aceptación del mismo modelo sistemático.

Únicamente después de establecer lo anterior estaremos en condiciones también de analizar los efectos de la transición terminológica apuntada.

¹⁴³ Es común escuchar que la discusión sobre predominancia entre causalismo y finalismo "ya es algo superado", sin embargo, ello de ningún modo puede decirse en México donde la comunidad jurídica no ha superado tal polémica, como se expondrá en otro apartado de este trabajo.

3.2.- EL MARCO CONSTITUCIONAL EN QUE SE DIO LA REFORMA DE 1993.

En los países de corte democrático y liberal, se pretende un respeto irrestricto a las garantías o derechos fundamentales del hombre, los que, en términos generales, se conciben como limitaciones al poder y actuación de la autoridad frente al particular.

Independientemente de lo que se considere como "Ley Suprema", "Constitución", u "Ordenamiento Fundamental",¹⁴⁴ así como aquello que pudiese comprenderse por la palabra: "Garantías", el caso es que, versados o profanos en materia de derecho, perciben indudablemente, en relación con tal concepto, una idea de beneficio y seguridad para el gobernado ante la potestad gubernativa, indispensable (dicho sea de paso) para lograr la convivencia colectiva en un verdadero régimen de derecho; consistente en el freno legal para la posible (y en algunas ocasiones y lugares lamentablemente muy frecuente) arbitrariedad de los órganos del gobierno.

México cuenta con una Constitución Federal, y su parte dogmática contiene también (como todas las

¹⁴⁴ Tena Ramírez Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 21ª. Edición, De. Porrúa, México 1985, pág. 21, nota 39.

de su género) una serie de preceptos en donde, a su vez, se encierran los lineamientos necesarios para el respeto y propalación, de las mencionadas garantías o derechos fundamentales, empero, estos no pueden enfocarse en un espacio vacío o carente de contenido estructural, sino que, por el contrario, su estudio y comprensión sólo resulta concebible dentro de un marco o entorno legal superior, como es el derivado de la existencia de un completo sistema de gobierno meticulosamente estructurado en el ordenamiento fundamental, o constitución, dotada de principios fundamentales, tales como: el sistema o forma de gobierno, la división de poderes, el sistema de división de competencias, la supremacía constitucional, etc.

En nuestro país, conforme lo establece el artículo 40 de la Constitución Política Mexicana, *"Es voluntad del pueblo mexicano, constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental."*

De acuerdo con ello, el sistema federal resulta un principio fundamental e imprescindible dentro del

modelo actual de nuestro sistema de gobierno y composición como nación,¹⁴⁵

Así, en virtud del llamado "pacto federal", y sin perjuicio del principio de reserva (conforme al cual se presupone que los estados miembros conservan su "soberanía" en todo aquello no otorgado de manera exclusiva a la federación), aquellos aspectos que se eleven a la categoría de derechos rectores, derechos fundamentales o garantías, formarán parte de un contexto infranqueable por las legislaciones locales, esto es, deberá por fuerza ser materia de acatamiento y respeto en todo el país, por lo que, tradicionalmente, el contenido de esa parte dogmática de nuestra Constitución constituye la base de la que parten las diversas disposiciones y ordenamientos, tanto federales como estatales, de entre los que no quedan excluidos, por supuesto, los códigos penales sustantivos y procesales.

¹⁴⁵ Se ha llegado a sostener que el federalismo es presupuesto que sirve de base para la "integración democrática", ello después de analizarlo de manera comparativa, respecto de la "identidad nacional" y diversos aspectos supranacionales, realizando un estudio comparado con las legislaciones europeas, particularmente la alemana. Se afirma igualmente que en México se ha logrado comprobar que el sistema federal "fue una necesidad histórica y realmente sirvió para unir lo que se estaba desuniendo". Al respecto véase el trabajo denominado "El Estado Constitucional como proyecto común de la humanidad", Hans-Rudolf Horn, "problemas actuales del Derecho Constitucional". Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 1994, pág. 201.

Resulta sumamente discutible el determinar hasta que punto, mediante la reforma constitucional elaborada por el congreso permanente (aplicada en la parte dogmática,¹⁴⁶ esto es, exclusivamente en el área destinada a la presentación, establecimiento y precisión de las garantías de los individuos, a nivel federal), puede invadirse la esfera soberana de las entidades federativas en aquellos aspectos no reservados exclusivamente a la federación dentro del artículo 73 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, ya que si bien es cierto que conforme al artículo 133, primera parte, de la misma Ley Fundamental Mexicana, se establece que la propia Constitución, las leyes del congreso de la unión que de ella emanen, y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la "*Ley Suprema de toda la Unión*", no es admisible mal entender que cuando se menciona a "*las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella*", pueda referirse a cualquier legislación creada por dicho ente, pues únicamente encuadran en dicho supuesto (como leyes emanadas de la misma constitución, en sentido estricto), las llamadas leyes reglamentarias de preceptos constitucionales, que son aquellas de las que

¹⁴⁶ Tena Ramírez Felipe, op. cit., pág. 23

sí puede aceptarse un nivel superior en cuanto al principio de jerarquía o "*supremacía constitucional*", pues de lo contrario se llegaría al absurdo de sostener que cualquier ley federal sería superior a la estatal (con la inaceptable consecuencia de aplicación preferente), sólo por la naturaleza del órgano que la crea, sin darnos cuenta de que la diferencia entre el orden de su aplicación, según el caso concreto, es un problema de competencia en razón del fuero (federal o común) y no de supremacía o jerarquía.¹⁴⁷

Además, no debe perderse de vista que, en sentido amplio y de acuerdo a la "pirámide de

¹⁴⁷ En ese sentido destacan los criterios de Mario de la Cueva, Miguel Villoro Toranjo y Jorge Carpizo. Cueva, Mario de la, "Apuntes del Derecho Constitucional, México, 1965 págs. 46-48. Villoro Toranjo Miguel, "Introducción al estudio del Derecho, México 1966, pág. 308. Carpizo Jorge, "Estudios Constitucionales", Quinta Edición, Ed. Porrúa U.N.A.M., México 1996. Págs. 110-113, notas 41, 42, 43 y 4. De acuerdo con ese criterio (que consideramos correcto), no existe supremacía del derecho federal (ordinario agregaríamos nosotros) sobre el local, afirmación a la que se llega después de la vinculación necesaria de los artículos 133 y 124 de la Constitución Federal, destacando de este último la expresión de que todo aquello que no este "expresamente" otorgado a la federación es atribución de las entidades federativas, esa expresión no fue aceptada en los Estados Unidos (artículos 6-2 de la Constitución Norteamericana), pero si en México con lo que claramente se indica que no se deseaba dar la misma interpretación. La importancia de esa observación reside en que la federación no puede actuar más allá de su límite jurídico, "porque entonces sus actos son inválidos. Si la legislación federal se introduce en la competencia de las entidades federativas, esas normas son inconstitucionales". Mario de la Cueva distingue entre "leyes constitucionales" y "derecho federal", sostiene que las primeras son aquellas que tanto material como formalmente emanan de la Constitución, en tanto que las segundas sólo tienen un origen formal. Agrega que las "leyes constitucionales" forman parte de la propia constitución, son la constitución misma, dice, que se amplía, que se ramifica, crece, señalando como ejemplo de esa clase de leyes a la Ley de Amparo que viene a extender "la vida misma de la carta magna". En ese mismo sentido, Jorge Carpizo puntualiza que, en México, el derecho federal y el local tienen la misma jerarquía, es decir que "el uno no priva sobre el otro", y que, ante una aparente contradicción se debe examinar en donde radica la competencia. Agrega que no puede existir una contradicción sino sólo el problema de competencia.

Kelsen",¹⁴⁸ no sólo las leyes del congreso deben emanar de la constitución, entendiéndose esto como sinónimo de respeto, concordancia, o congruencia de normas, sino todas las del país, por lo que, tal disposición, no puede ser pretexto para afirmar una "supremacía federal" genérica (a nuestro juicio inexistente) cuando en realidad esa jerarquía únicamente corresponde a las leyes que, además de provenir del congreso, constituyan una reglamentación del articulado de la Constitución General de la República.

Respecto del derecho penal y procesal penal, encontramos por ejemplo, en la fracción XXI del citado artículo 73, que lo único que se menciona es que el Congreso de la Unión tiene facultad: "*Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse*".

De tal texto podemos inferir, por un lado, que el Congreso de la Unión, está facultado para legislar sobre derecho penal y procesal penal (así debemos entenderlo), exclusivamente por cuanto se refiere a los delitos contra la federación o también llamados de "jurisdicción ordinaria federal", en tanto que, por otra

¹⁴⁸ Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado", México, 1949, pág. 404. Citado por Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, op. cit., pág. 11 nota 26.

parte, de ello debemos colegir, que fuera de esa materia, no puede inmiscuirse en las facultades propias de cada entidad federativa de determinar, a su vez, y de acuerdo a su realidad social y cultural, en función de sus fines comunitarios y colectivos de política criminal, las conductas antisociales consideradas como delitos "de orden común", las penas respectivas y el procedimiento necesario para su investigación, acreditamiento, enjuiciamiento y sanción.¹⁴⁹

Ahora bien, es evidente que en la formulación de ese tipo de ordenamientos, las comisiones respectivas del órgano legislativo de que se trate, se adhieren a los criterios y conceptos que estimen mayormente aplicables a las necesidades y medidas requeridas por la sociedad a la que éstos vayan dirigidos, lo que implica, que las distintas teorías o tesis imperantes en el campo de la doctrina ("*de lege ferenda*"), frecuentemente se reflejen, mediante la creación de normas, en los principios rectores de la vida regulada de la comunidad. Es decir, que el legislador hecha mano para la creación de la ley de los conocimientos jurídicos establecidos en el ámbito teórico, ya sea de manera fiel, o bien, unas veces mutilando, u otras ampliando (en ocasiones para bien) las variadas posturas dogmáticas

¹⁴⁹ Flores Gómez González Fernando y Carvajal Moreno Gustavo, "Manual del Derecho Constitucional", Ed. Porrúa, México 1976, pág. 178.

producto del resultado de la investigación y evolución científico-jurídica, pero siempre, se debe suponer, con miras a alcanzar su efectividad al aplicarse en el ámbito de la realidad social para el que dicha legislación está dirigida, lo que implica que, de manera ineludible, la problemática y realidad social de que se trate no puede dejarse de tomar en cuenta tanto para la creación como para la reforma o actualización de las normas legales.

Dicho lo anterior, pasemos a ocuparnos, con mayor concreción, del problema materia de estudio, esto es, del análisis de los efectos, a nivel nacional, de una reforma constitucional cuando se incorpora, dentro de los preceptos que contienen garantías de procedimiento penal, un concepto que admite diversas interpretaciones, como sucede, según se ha visto con el de "tipo penal".

Siguiendo ese orden de ideas, y vinculándolas con nuestro tema de investigación, tenemos que, no es sino hasta las recientes reformas constitucionales de tres de septiembre de 1993, cuando en México, a nivel constitucional federal, y aún más, en el marco de una garantía para todos los habitantes del país, se emplea el concepto "*tipo penal*" que si bien es propio del

lenguaje relativo a la dogmática jurídico-penal, de la teoría del delito, es un vocablo plurívoco dado que a través del tiempo y de acuerdo a diversas estructuras sistemáticas y conceptuales del delito, ha recibido distinto significado así como contenido, además de considerarse dotado y capaz de ejercer distintas funciones intrasistemáticas.

Es esa pluralidad de concepciones posibles lo que se traduce en un auténtico problema de carácter constitucional pues los argumentos sostenidos por algunos teóricos dentro de nuestro país, ponen en verdadero predicamento la vigencia del sistema federalista de la República Mexicana, de ahí que bien valga la pena ocuparnos en reflexionar al respecto.

Así es, ya dejamos en claro que en México prevalece un sistema o régimen federal, que como afirma el doctor Carpizo¹⁵⁰ *esta incrustado como idea primordial y esencial del orden jurídico mexicano, ya que es uno de sus pilares.*

Agrega el citado autor:

¹⁵⁰ Carpizo, Jorge, "Estudios Constitucionales", op. cit., pág. 91.

La propia Constitución señala la base sobre la cual se levanta toda la estructura política en los estados, la que coincide con la declaración del artículo 40 de la ley fundamental, que dice: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal."

La Constitución marca en los artículos 40 y 115 que existe, por esencia, identidad y coincidencia de decisiones fundamentales entre la federación y las entidades federativas. O en otras palabras, no es concedible la existencia de una monarquía o la supresión del sistema representativo en un estado miembro. Esta identidad de decisiones fundamentales es una de las características del estado federal mexicano.

El artículo 41 claramente indica que en el estado federal mexicano existe una división de competencias entre los órdenes que la propia Constitución crea: la federación y las entidades federativas. El artículo 124 precisa la idea anterior: la competencia de origen pertenece a los estados quienes delegan una serie de facultades en la federación, la que tiene atribuciones limitadas, numeradas. Todo aquello que no está expresamente señalado a la federación, son facultades de los estados. La constitución indica qué puede hacer el poder federal y todo lo demás es competencia de las entidades federativas.

Según los preceptos citados, el estado federal mexicano posee los siguientes principios.

- 1) Existe una división de la soberanía entre la federación y las entidades federativas, estas últimas son instancia decisoria suprema dentro de su competencia (artículo 40).

- 2) Entre la federación y las entidades federativas existe coincidencia de decisiones fundamentales (artículos 40 y 115).
- 3) las entidades federativas se dan libremente su propia constitución en la que organizan la estructura del gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución general, que es la unidad del estado federal (artículo 41).
- 4) Existe una clara y diáfana división de competencias entre la federación y las entidades federativas: todo aquello que no esté expresamente atribuido a la federación es competencia de las entidades federativas (artículo 124).¹⁵¹

Concretamente, y en relación al problema sobre la facultad legislativa del Congreso federal en la materia penal, Carpizo destaca la postura de Matas Escobedo¹⁵² en el sentido de que la materia penal ordinaria es competencia de las entidades federativas, con las únicos y específicos supuestos de excepción que la propia Constitución Federal contempla en la fracción XXI del artículo 73 y en el 111, párrafo quinto, que respectivamente establecen:

¹⁵¹ Idem. pág. 88-89.

¹⁵² Carpizo, Jorge op. cit. Pág. 109, cita 26 Matas Escobedo, Rafael, "Límites de las facultades federales para legislación en materia penal", Criminalia, México, año XI, núm. 4, 1945, pág. 194.

"XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse."

"111(...)"Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales.

Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comuniquen a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda."

Luego, si lo anterior es así, podemos afirmar que el legislativo federal debe limitarse, en dicha materia, al ejercicio de las facultades expresamente previstas, sin posibilidad alguna de poder excederse bajo el pretexto de las llamadas "facultades implícitas", pues éstas no tienen tal alcance.

Por nuestra parte, estimamos que, en el caso particular, la reforma constitucional de 1993 en forma alguna parte del desconocimiento de tal situación y, por el contrario, en forma congruente con una adecuada perspectiva del derecho constitucional y del respeto a

ese sistema federal, al introducir el concepto "tipo penal" en sustitución del de "cuerpo del delito" no lo hace adhiriéndose a ninguna concepción dogmática o teórica particularizada respecto de la voz tipo penal, (sencillamente porque no es posible que lo hiciera), sino que se utiliza, como tenía que ser, en sentido meramente constitutivo de una garantía de carácter procesal penal que se reduce al llamado principio de "legalidad" conocido como "nullun crimen sine lege", el cual, también se cumplía igualmente con el anterior vocablo de "cuerpo del delito".

Por consiguiente, como se ha venido manifestando, dentro de sus respectivas facultades emanadas del régimen federal prevaleciente, es obvio que cada entidad federativa puede crear su respectiva legislación penal común, asignando al concepto tipo penal (en su función garantizadora de legalidad), el significado o contenido que prefiera o estime pertinente conforme a sus criterios de funcionalidad o adecuación al modelo de política criminal que se pretenda, por tanto, hipotéticamente se puede utilizar el concepto desde una perspectiva objetivista, causalista o tradicional; finalista; lógico-matemática o, incluso apegándose a los recientes criterios de tipo total o

funcionalismo bajo la teoría de la llamada imputación objetiva.

Por consiguiente, es de estimarse desacertado el criterio de quien afirme que los códigos de aquellas entidades de la República en donde ~~no~~ se haya adoptado el mismo modelo tomado por el artículo 168 del Código Federal de procedimiento penales, resultan inconstitucionales,¹⁵³ pues, como se ha demostrado, no es así, ya que sí el legislador federal se inclina por un modelo lógico o finalista, ese concepto de tipo penal asimilado regirá exclusivamente para esa legislación federal, en principio, así como en el ámbito de aquellos estados que decidan seguir el ejemplo, más, si optan por hacerlo será precisamente en ejercicio de esa facultad legislativa soberana que de acuerdo al sistema federal de competencias les corresponde, pero de ningún modo por obligación, en tanto quienes no decidan hacerlo, estarán también ejercitando esa facultad de soberanía correspondiente a los estados y, en consecuencia, de ningún modo podrá decirse que esa negativa o postura de mantener un contenido de "Tipo penal" distinto al adoptado por el federal, convierta a

¹⁵³ En este sentido, Marco Antonio Del Toro Carozo, se expresó como ponente en el "Semanario del Derecho Penal y Procesal Penal", Universidad Panamericana, Guadalajara, Jalisco, septiembre de 1996. Igualmente desacertada nos parece la opinión que en tal sentido vierte Estuardo Mario Bernudez Molina, "Del cuerpo del delito a los elementos del tipo", P.G.R. México, 1996.

esa o esas legislaciones locales punitivas en inconstitucionales, ya que como se ha dejado en claro, con ello no se contradice a la Constitución del País en forma alguna.

Otro aspecto fundamental desde el punto de vista constitucional de nuestro país, en cuanto al derecho penal y procesal penal, es sin duda la innegable permanencia de la llamada prisión preventiva, derivada de un sistema en el que el procedimiento, en sentido amplio, se divide en etapas, entre ellas, el llamado término constitucional o de preinstrucción que culmina, en su caso, precisamente con la resolución de término pudiendo ser a) auto de formal prisión; b) auto de libertad por falta de elementos para procesar; c) auto de sujeción a proceso; y d) auto de no sujeción a proceso. Todas ellas tienen como característica incontrovertible el hecho de ser producto de una valoración provisional, pues de lo contrario carecería de razón la existencia de la llamada instrucción y, en su caso, de la sentencia definitiva ulterior.

De lo anterior parecen haberse olvidado quienes inspiraron la reforma pues pretender un concepto de tipo penal con un contenido tan amplio como se sugiere

por algunos, implica sencillamente el resquebrajamiento del sistema procesal penal mexicano al producirse una contradicción que se antoja irreductible.

Así, por un lado, la exigencia de una comprobación o acreditamiento de los elementos del tipo penal, si se entiende por éste un "tipo total" o "amplio" conlleva a la constatación del delito completo, incluyendo la identidad de autor, pues se parte de la concepción de un "tipo personal" en el que desaparecen (por convertirse en irrelevantes), los conceptos de participación, complicidad, tentativa como grado de ejecución, autoría mediata, etc. (dispositivos amplificadores del tipo), y por tal motivo se hace injustificado ya un procedimiento de instrucción posterior cuando desde el dictado de la orden de aprehensión o formal procesamiento se está resolviendo la certeza del ilícito.

En cambio, la subsistencia de las bases del procedimiento penal, plasmados en la Constitución Federal, en cuanto se sigue admitiendo la "formal prisión", presuponen un mero juicio provisional respecto del hecho y la responsabilidad probable del inculcado, por razones obvias.

Probablemente, de lo que se ignoró por quienes patrocinaron la reforma fue, que el concepto tipo penal, conforme a las corrientes más "evolucionadas" de la dogmática penal, proviene de países donde el procedimiento penal es distinto al nuestro, y, por consecuencia, es evidente que los efectos de la aplicación del concepto en uno y otro casos, no serán de igual magnitud.

A este respecto, García Ramírez¹⁵⁴ menciona: *se advierte que el legislador prácticamente está haciendo sinónimos "probable responsabilidad" y "probable culpabilidad"*.

Es en ese contexto, como debe examinarse la aludida aplicación del concepto tipo penal, el sistema federal de competencias entre federación y estados; y la existencia de las bases constitucionales del procedimiento penal en nuestro país, de donde destaca, la permanencia del llamado auto de término constitucional y una posterior etapa de "instrucción".

¹⁵⁴ García Ramírez Sergio, op. Cit., pág. 17.

3.3.-NOCION DE CUERPO DEL DELITO, SU ESCLARECIMIENTO POR EL MAXIMO TRIBUNAL DEL PAIS Y SU COMPENETRACION EN MEXICO.

Como lo refiriere Jiménez Huerta¹⁵⁵ en su histórico discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, resulta indiscutible que el concepto de "corpus delicti" *es medular en el sistema mexicano pues sobre él descansan el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores.*

El distinguido penalista, ya desde esa época distinguía como la expresión de cuerpo del delito ha sido empleada en tres sentidos distintos, unas veces, dice, como el hecho objetivo insito en cada delito, esto es, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; en otras ocasiones se le ha estimado como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración, así por ejemplo, un cadáver, un edificio dañado, una puerta rota, y finalmente, una tercera acepción, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real que se conserve respecto de la acción material realizada (un puñal, una joya, etc.).

¹⁵⁵ Jiménez Huerta, Mario, "Corpus delicti y tipo penal", Revista Criminalia, número 19, México 1956 págs. 28 y siguientes.

Como lo afirmaba ya el aludido autor, en México existen inequívocas bases dogmáticas que permiten afirmar que la expresión "cuerpo del delito", en el ordenamiento jurídico mexicano (partiendo de la Constitución Federal), se empleó en el primero de los sentidos enunciados, es decir, como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el código punitivo o bien una ley especial, ello sin desconocer la existencia de algunos preceptos legales que sólo hacen referencia a la forma de comprobación del llamado "cuerpo del delito" pero no a lo que por él debía entenderse.

De lo anterior se concluye, junto con Jiménez Huerta que, en el Derecho Mexicano el concepto "cuerpo del delito", indiscutible y mayoritariamente fue utilizado en el sentido de la acepción dada, esto es, como la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción (un incendio, un homicidio, un fraude), así se invoca el artículo 122 del Código de procedimientos penales para el entonces "Distrito Federal y Territorios Federales" en el que se reconocía que los "elementos materiales del delito o de la infracción" integran el contenido de dicha figura.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Ibidem.

Lo anterior pone de relieve, añade Jiménez Huerta, que, en México, aún con los *privilegios innatos que se derivan de la territorialidad*, la teoría del tipo penal se basa en esa concepción originaria del concepto "*corpus delicti*".

En ese sentido surgió la *elaboración científica mexicana* y el criterio jurisprudencial dando lugar a la analizada convicción derivada de la legislación nacional en el sentido de que el cuerpo del delito y el tipo penal se "fundan en un todo".

Resulta indudable que, como lo afirmó en su momento el conocido maestro Jiménez Huerta, la jurisprudencia mexicana con toda nitidez se encargó de esclarecer el sentido del concepto cuerpo del delito mediante la jurisprudencia tradicionalmente definida bajo el siguiente texto:

CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE.

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Jurisprudencia número 93, publicada en la pág. 201 del apéndice 1917-1975, Primera Sala.

Don Carlos Hidalgo Riestra,¹⁵⁸ hace referencia a la forma en que el concepto "cuerpo del delito" se ha abierto camino en la dogmática mexicana, compenetrándose de manera generalizada y entendiéndose por cuanto hace a la voz "elementos materiales", no exclusivamente una substancia o cosa inanimada sino el conjunto de atributos que le son propios a una conducta de orden humano y que además lo identifican con una hipótesis abstracta que señala la ley.

Resulta evidente que en torno a estas consideraciones no puede omitirse la cita de los destacados doctrinistas tradicionales mexicanos, en los que, por mencionar a algunos, están: Manuel Rivera Silva,¹⁵⁹ Cesar Augusto Osorio y Nieto,¹⁶⁰ Raúl Carranca y Trujillo, y Raúl Carranca y Rivas,¹⁶¹ Francisco González de la Vega,¹⁶² Guillermo Colin Sánchez,¹⁶³ Julio Acero,¹⁶⁴ Fernando Arilla Bas,¹⁶⁵

¹⁵⁸ Hidalgo Riestra Carlos, "Derecho Procesal Penal Mexicano", Guadalajara, México, 1986, pág. 154.

¹⁵⁹ Rivera Silva, Manuel, "El procedimiento Penal", Ed. Porrúa, México, 1958.

¹⁶⁰ Osorio y Nieto Cesar Augusto, "Síntesis de Derecho Penal", parte general. Ed. Trillas, México, 1984.

¹⁶¹ Carranca y Trujillo; Carranca y Rivas Raúl, Código Penal anotado, Ed. Porrúa, México 1986.

¹⁶² González De la Vega, Francisco, "Derecho penal Mexicano", Ed. Porrúa, México 1986, Código penal Comentado, Ed. Porrúa, Decimoprimer edición, México 1994.

¹⁶³ Colin Sanchez Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, decima edición, México 1986.

¹⁶⁴ Acero, Julio, "Procedimiento penal, 7ª. Edición, Ed. Cajica, Puebla, México, 1984.

¹⁶⁵ Arilla Bas, Fernando, "El procedimiento Penal en México", Ed. Kratos, 12ª. Edición, México 1989.

Humberto Briseño Sierra,¹⁶⁶ Fernando Castellanos Tena,¹⁶⁷ Juventino V. Castro,¹⁶⁸ Celestino Porte Petit, Mariano Jiménez Huerta,¹⁶⁹ Francisco Pavón Vasconcelos, Eduardo López Betancourt.¹⁷⁰

Indudablemente, los doctrinistas ~~mexicanos~~, por más que tuvieran conciencia de la constante evolución de conceptos dentro de la dogmática jurídico-penal, se vieron siempre influenciados por los tratadistas positivistas tradicionales, además de que, el objeto sobre el que pudieron realizar sus opiniones teóricas, no es otra cosa que la legislación penal mexicana indiscutiblemente basada en esos principios tradicionalistas y positivistas, de ahí que, por más que se llegará a negar, el concepto "cuerpo del delito" no podía, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, tener una conceptualización distinta a la que tradicionalmente correspondió al equivalente del vocablo, en los países europeos, es decir, la concepción materializada o desprovista de toda valoración.

¹⁶⁶ Briseño Sierra, Humberto, "El Enjuiciamiento penal mexicano", Ed. Trillas, 2ª. Edición, México 1988.

¹⁶⁷ Castellanos Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Ed. Porrúa 22 edición, México 1986.

¹⁶⁸ Castro V. Juventino, "La procuración de Justicia Federal", Ed. Porrúa, México 1993.

¹⁶⁹ Jiménez Huerta Mariano, Tratado... op. Cit.

¹⁷⁰ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, "Ed. Porrúa, 2ª. Edición, México 1995.

De ahí que tampoco pueda desconocerse que el citado vocablo "cuerpo del delito", tenía ya notoria compenetración en nuestro país y no únicamente dentro del ámbito doctrinario, judicial o jurisprudencial, sino incluso, y en cierta forma, entre las personas integrantes de la sociedad mexicana, ya que comúnmente se relacionaba con aquella parte material dejada como vestigio del hecho criminoso que la ley describía como delito.

De lo anterior resulta la afirmación de que, antes de la reforma, los artículos 16 y 19 de nuestra Constitución Federal, empleaban un vocablo ("cuerpo del delito") de mucho menor complejidad en cuanto a su comprensión y difusión, no sólo entre los sectores implicados en la procuración e impartición de justicia, sino incluso entre la colectividad, por tanto, resulta evidente que la llamada función "garantizadora del tipo", se cumplía en mejor manera desde el momento en que, tanto gobernantes como gobernados concebían en términos similares el contenido del precepto que como garantía de carácter procesal penal está consagrada en los mencionados preceptos 16 y 19 de la Constitución Mexicana, lo que se traducía en una mayor observancia o menor afectación al principio de seguridad jurídica, situación que no puede afirmarse prevaleciente con

igual eficacia, con motivo de la reforma constitucional de septiembre de 1993, pues, como es de entenderse, al operar la sustitución de un concepto con una connotación posible, mucho más reducida, por otro de capacidad de contenido mucho mayor, es obvio que en la medida en que se discuta ese contenido, esto es, en tanto ese contenido pueda ser diverso dependiendo del sistema dogmático-jurídico con que se le relacione, la unificación de criterios al respecto por parte de los sujetos implicados en las tareas de aplicación del derecho y de los gobernados en cuanto a la comprensión de la garantía procesal penal, será algo más difícil de lograr, lo que a su vez repercute también en los niveles de eficiencia con que el actual sistema punitivo cumple con la seguridad jurídica que debe prevalecer de acuerdo incluso con el propio discurso político estatal, justificante de la reforma constitucional misma.

3.4.-TRANSICION ENTRE "CUERPO DEL DELITO" Y "TIPO PENAL".

Como se sabe, la reforma a la que nos estamos refiriendo, consistió, básicamente, en sustituir el concepto "*cuerpo del delito*" por el de "*tipo penal*", en el

artículo 19, además de incorporar ésta última voz también en el diverso numeral 16, ambos de nuestra Constitución.

Para algunos autores,¹⁷⁰ el concepto utilizado anteriormente, no pudo de ningún modo representar, para su comprensión, la dificultad y confusión que ahora se advierte con el vocablo "tipo penal", ya que, por una parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tuvo problema en identificarlo como "*el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.*"¹⁷¹

Como lo refiere José Ovalle Favela,¹⁷² la expresión cuerpo del delito fue introducida originalmente en el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856 y recogida en el artículo 19 de la Constitución de 1917, la cual fue objeto de un extendido debate en la doctrina mexicana, a partir del concepto sostenido por

¹⁷⁰ García Ramírez Sergio, "Cuadernos Constitucionales México- Centroamérica, comentarios sobre las reformas de 1993, al Procedimiento Penal Federal", Centro de Estudios Constitucionales México, Centroamérica, U.N.A.M. México, 1994, pág. 15.

¹⁷¹ Tesis de jurisprudencia 81 del Apéndice 1917-1985, 2º parte, Primera Sala, p.183. (ese criterio lo sostuvo la Primera Sala de la suprema Corte desde el año de 1956).

¹⁷² José Ovalle Favela "Garantías Constitucionales del Proceso". Ed.McGRAW-HILL, p.207, Méx.1996.

el Máximo Tribunal del País, al que se hizo referencia, basado en las ideas de Ortolán.

Citando a García Ramírez,¹⁷⁴ el mismo autor señala que hasta antes de la reforma (prácticamente una sustitución de conceptos), ""la doctrina se había orientado por considerar que el cuerpo del delito se componía por todos los elementos que, en cada caso, integran el tipo, tanto los objetivos o materiales, como los subjetivos y los normativos. Y esta concepción encontró sólido fundamento en las reformas de 1983 a los códigos de procedimientos penales.¹⁷⁵ 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 (arts.168 del Código Federal y 122 del Código del Distrito Federal).""

""de acuerdo con el nuevo texto de los artículos citados, reformados por decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, los elementos del tipo penal de que se trate, son los siguientes (...).""¹⁷⁶

¹⁷⁴ Sergio García Ramírez, "Curso de derecho procesal penal", Ed. Porrúa, Méx.1989 p. 515.

¹⁷⁵ Un interesante estudio sobre estas reformas se contiene en la obra de García Cordero, Fernando, "La reforma penal 1983-1988", Ed. M. Porrúa, México 1988, 2ª. Edición. También véase Madrazo A. Carlos, "La reforma penal (1983-1985)", Ed. Porrúa, México 1989.

¹⁷⁶ José Ovalle Favela, Op. cit. p. 209.

Para Ovalle Favela, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad señalados en el artículo 16 de nuestra Constitución Federal, no parecen deslindados con claridad en la legislación secundaria, *al menos no como ya lo estaban* (afirmación que compartimos) *los de cuerpo del delito y probable responsabilidad*, como producto del esfuerzo de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, para obtener esa distinción, lo que por cierto la citada reforma pasó por alto.

Respecto de esa sustitución conceptual, García Ramírez, apunta: *"La reforma que pondera la existencia real o supuesta de distancias y contradicciones, ha olvidado o soslayado que el trabajo del procesalismo mexicano estableció con suficiente claridad, después de una elaboración técnica desarrollada durante mucho tiempo, el alcance de ciertas nociones utilizadas en la Constitución, entre ellas la de 'cuerpo del delito'...Lejos de culminar aquí el esfuerzo de muchas décadas, como pretende el dictamen, se ignora y extravía el resultado de ese mismo esfuerzo en el ámbito del derecho mexicano".*¹⁷⁶

¹⁷⁶ Sergio García Ramírez, "El nuevo procedimiento penal mexicano; la reforma de 1993-1994, Ed. Porrúa, Méx. 1994, p.13.

Aun cuando no estamos totalmente de acuerdo con lo que se concluye, siguiendo con esa exposición, Ovalle Favela puntualiza: *"La sustitución de un concepto procesal como el de cuerpo del delito por el concepto de "elementos del tipo penal" de origen netamente dogmático sustantivo, era innecesaria pues si lo que se deseaba era precisar cuales eran los elementos del tipo a que ya se referían los artículos 168 y 122 de los Códigos Federal y del Distrito de Procedimientos Penales, respectivamente, bastaba con adicionar dichas preceptos legales, sin tener que modificar la Constitución ni hacer la sustitución del concepto del cuerpo del delito, la cual ha resultado sumamente confusa en la práctica."*

Nosotros no creemos que pueda aceptarse alguna propuesta como la insinuada por el autor en comentario, dado que ello equivale a equiparar, sin reparo alguno, los conceptos de tipo penal y cuerpo del delito, situación que no traería un feliz resultado, puesto que se trata de cuestiones que pueden llegar a considerarse totalmente distintas, claro está, dependiendo del sistema estructural en el que se ubique al primero de ellos, es decir, al tipo penal, dado que de acuerdo con la teoría de la acción finalista, del alemán Hans Welzel, en él se incluyen, además de los elementos

tradicionales (objetivos, normativos y subjetivos- éstos últimos admitidos con reservas por parte de los causalistas-) el dolo y la culpa; mientras que, en situación opuesta, la corriente tradicional en una primera fase, con Ernest Beling, sólo consideró dentro del tipo a los elementos de naturaleza objetiva (concepto avalorado o valorativamente neutro del tipo - siendo tal vez el único que podría corresponder a la noción de cuerpo del delito-), y cuando mucho, en los momentos mas representativos de su máxima elaboración, el causalismo admitió un "tipo penal de antijuridicidad", considerando elementos tanto normativos como subjetivos, pero éstos, siempre y cuando fuesen distintos al dolo, lo que significa que para esta forma de pensamiento, o sistema penal, el dolo y la culpa de ningún modo pueden ser comprendidos a nivel de tipo.

Por tanto, no es posible incurrir en la mencionada confusión, máxime cuando el propio Ovalle Favela señala, como uno de los efectos de la reforma, que al exigirse la comprobación de la forma de intervención de los sujetos activos y de la realización dolosa o culposa de la acción u omisión desde la orden judicial de aprehensión o, en su defecto, al dictarse el auto de formal procesamiento, no tiene sentido ya

hablar de responsabilidad probable, ni de presunción de inocencia; así como tampoco se justifica el proceso de la instrucción, pues según dice: *"desde el inicio ya se encuentran comprobados plenamente todos los elementos del tipo, incluyendo el dolo y la culpa"*.¹⁷⁸

Al respecto creemos que, de conformidad con una debida puridad de sistema, aun desde el punto de vista finalista, la comprobación del tipo penal se logra con base en los hechos acaecidos en el mundo fenoménico, es decir de su análisis, por lo que resulta independiente de la identidad constatada del autor, permitiendo el seguir hablando de responsabilidad probable en una primera etapa procesal, claro está, siempre y cuando no se caiga en la postura de equiparar los términos de "culpabilidad" y "responsabilidad", pues de ser así, entonces sería irremediable el advenimiento de la grave contradicción apuntada por Ovalle Favela.

En el caso particular, el desarrollo de este breve trabajo no nos conducirá a examinar tales posibilidades, ya que cualquiera que fuese la postura asumida, no tenemos la finalidad de atacarla o ponerla en entredicho, pues si se recuerda, la idea que se

¹⁷⁸ José Ovalle Favela. Op. Cit. Pág. 210.

persigue, es tan sólo la de evaluar seriamente los efectos de la reforma constitucional y es evidente, que la opinión del mencionado autor, no deja de ser un argumento que viene a robustecer nuestra hipótesis en el sentido de que la aplicación del concepto tipo penal, ha dado lugar a graves confusiones (independientemente de sus orígenes o las causas en que éstas se sustenten), así como al surgimiento de interpretaciones distintas, al pretender definir el alcance y contenido del concepto, todo ello traducible en una indiscutible afectación a un elemental principio de seguridad jurídica, legalidad y justicia, al propiciarse la aplicación de criterios antagónicos por parte de los órganos judiciales en la resolución de casos concretos y, en general, por parte de todos los sujetos implicados en la procuración y administración de justicia en nuestro país.

En conclusión, la transición ocurrida en México de uno a otro de los conceptos a los que nos estamos refiriendo, puede catalogarse como intempestiva o violenta, no obstante la diferencia de sistema que el cambio puede representar, lo que, por sí, provoca un natural efecto de desadaptación independientemente de que este pudiese pensarse provisional o transitorio.

Ahora bien, como se indicó supra, puede decirse que la expresión "cuerpo del delito" había sido aceptada generalmente en nuestro país (independientemente de que su abandono pudiese representar un beneficio para nuestro sistema penal, desde un punto de vista estrictamente teórico) esto basado en los criterios emanados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien de alguna manera le dio un sentido, en términos generales, congruente con las estructuras penales de la totalidad de legislaciones penales del país, es decir, tanto federales como locales, que eran, y muchas aún siguen siendo, de corte tradicional o causalista.

Por consiguiente, esa correspondencia o congruencia entre las diversas legislaciones punitivas ya no puede afirmarse no obstante que todas utilicen el concepto tipo penal, dado que la diferencia, en cada caso dependerá del contenido o significado que cada legislación en particular, dentro del ámbito del llamado sistema federal de competencias, le asigne.

Mario Bermudez Molina¹⁷⁹ no obstante que sostiene afirmaciones que no compartimos, mantiene una posición un tanto subjetiva con el fin de avalar la

¹⁷⁹ Bermudez Molina, Estuardo Mario, "Del cuerpo del delito o los elementos del tipo," op. Cit. Pág. 77.

reforma, pero a la postre reconoce que aún con la introducción del vocablo tipo penal *se mantiene la disparidad conceptual que anteriormente existía sobre el cuerpo del delito, ahora respecto de los elementos del tipo.*

Abundando en ese reconocimiento, el citado autor, aduce:

"(...) Se mantiene la disparidad conceptual (...); atribuyendo cada estado, en uso de su facultad soberana, diverso contenido a esa figura, lo cual, si bien es permitido, resulta inconveniente por la seguridad jurídica que debe existir sobre todo en materia penal, al resultar diversos requisitos que deberán constatarse para fundar el ejercicio de la acción penal, librar una orden de aprehensión o comparecencia o dictar un auto de procesamiento, respecto de aquellas entidades que han adoptado esta figura. Esto hace patente, por un lado, que la legislación procesal de diversos estados se mantiene fuera del contexto constitucional, y que en otros se ha provocado un caos interpretativo al mantener ahora las dos figuras procesales de cuerpo del delito y elementos del tipo.

Con esto adquiere mayor realce lo dicho, en el sentido de que la reforma a la Constitución y a los códigos Federal de Procedimientos penales y de Procedimientos Penales del Distrito Federal, no obstante su pretensión, no encontró consonancia en las legislaciones procesales estatales, seguramente porque los contenidos

que dicha reforma otorgó a esta figura procesal no son fácilmente comprensibles para los individuos y los órganos de justicia penal de dichos estados, o bien, porque comprendiéndolos, no los comparten. Y así, a la fecha, por ello, es estos estados se están emitiendo un sin número de resoluciones del sistema de justicia penal atentatorias de los bienes jurídicos más importantes del hombre, consagrados como derechos públicos subjetivos, en forma inconstitucional".¹⁷⁹

Con relación a lo transcrito, nos permitimos hacer los siguientes apuntes:

Las afirmaciones del autor referido contienen sólo una verdad "a medias", pues por un lado se reconoce la subsistencia de la disparidad conceptual, lo cual es cierto, como cierto es también que las entidades federativas cuentan con la "facultad soberana" de adoptar o no el modelo seguido por la legislación federal o común para el Distrito y que ello se debe ya sea a la caótica situación interpretativa por tratarse de contenidos no fácilmente comprensibles o por no compartirlos. Igualmente es verdad que el efecto de esa disparidad conceptual es inconveniente y atentatorio del principio de seguridad jurídica, como lo hemos venido reiterando, sin embargo, esa afectación no puede ser imputable a las legislaciones estatales, como pareciera entenderlo el autor de mérito, sino que debe admitirse como uno de los afectos de la reforma que precisamente se esfuerza en enarbolar. Por consiguiente, no es verdad que las legislaciones estatales que no adopten tales criterios respecto de la figura procesal de "tipo penal" resulten atentatorias de derechos o,

¹⁷⁹ Bermudez Molina, Estuardo Mario, op. Cit. Pág. 77.

inconstitucionales pues como ya se demostró, esto no es así, además, la afirmación que en tal sentido se expone Bermudez Molina encierra una contradicción que lo hace incongruente, pues en el párrafo precedente reconoce él mismo que los estados están dotados de esa facultad soberana para adherirse o no a la aceptación de determinados contenidos dogmáticos. Por tanto, si tienen esa facultad ¿como es que posteriormente se dice que las resoluciones que en esas entidades se emiten sean "inconstitucionales", y que las legislaciones respectivas "se mantienen fuera del contexto constitucional"?

Por otra parte, tampoco resulta acertada la idea de que esa posible actitud discrepante (perfectamente posible desde el punto de vista constitucional diríamos nosotros) de algunos de los estados de la República, respecto de la legislación procesal penal para el distrito (fuero común) y federal, sea contraria a una supuesta "pretensión" de la reforma, ya que como se ha dejado en claro, el sistema federal de competencias hace sencillamente inadmisibile una "pretensión" de tal naturaleza, pues por un lado la Constitución Federal no puede imponer la filiación a un modelo dogmático particular y no lo hace con la simple utilización de un concepto ambivalente o plurívoco, y por otra parte, al legislador que creo el contenido de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del

Código de procedimientos Penales para el Distrito, no le es dable, porque no le corresponde, pretender que las legislaciones del resto de la república mexicana, por cuanto hace a la legislación penal ordinaria y local, estén obligados a seguir sus pasos, pues no existe esa obligación, de tal suerte que pretender tal cosa resultaría incluso ingenuo.

Por tales motivos, consideramos que de ningún modo puede culparse a las legislaciones locales de no adoptar dichos contenidos y de que, con ello, se provoque una disparidad de criterios que, a su vez hace surgir una situación "caótica", sin duda perjudicial para la seguridad jurídica, empero, como indicamos *supra*, ese viene a ser un efecto que en la práctica se está dando con la aplicación de la reforma constitucional en estudio, la cual, si se hubiere tomado en cuenta el sistema federal en que vivimos, hubo de prever tales efectos, evitándolos mediante una modificación de distinta consistencia.

El mismo Bermudez Molina,¹⁸¹ se manifiesta integrante del grupo de trabajo que motivó la "transformación" y en otra parte de su comentada obra

¹⁸¹ Bermudez Molina, Estuardo Mario, op. Cit., pág. 11.

publicada,¹⁸² señala que *"no obstante la bondad y alto sentido humanista de la reforma, debemos reconocer que la misma ha producido "algunos" efectos adversos, nunca deseados. Estos se contraen a la inadmisibilidad sistemática de la conjunción del derecho sustantivo y el adjetivo penal, lo que ha provocado un híbrido jurídico y la virtual desaparición de la frontera que media entre ambas disciplinas(...)"*.

También menciona que la solución a tal problema podría ser: " a) Que todas las categorías del delito se trasladan al derecho procesal, sustantivizado materialmente a la materia adjetiva; o b) Que se genere un nuevo concepto procesal receptor de los elementos del delito."¹⁸³

El mismo Bermudez Molina atribuye la necesidad de la reforma, según dice, a la actitud asumida por los tribunales de justicia en México, señalando específicamente lo que él llama "respeto aberrante a la inaplicable jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación",¹⁸⁴ que en otro apartado identifica como aquella que asigna al concepto, un contenido meramente material. Además

¹⁸² Idem. Pág. 11.

¹⁸³ Idem. Pág. 85.

¹⁸⁴ Idem. Pág. 33.

refiere que con ese tipo de criterios "la actuación de los órganos de justicia penal se apartó senciblemente del mandato legal (...)", particularmente respecto del contenido dado a los citados artículos 168 y 122 de los Códigos de procedimientos penales, Federal y del Distrito, respectivamente, con motivo de la reforma de 1984.

El argumento toral del referido autor para culpar a los tribunales de lo que califica como "práctica inercial e incorrecta", según dice, es el hecho de que "desde 1931 empieza a apartarse de los lineamientos de la ciencia jurídico-penal para ceñirse a una práctica inercial".¹⁸⁵

Menciona También que el motivo de ello fue que se seguía un criterio consecuente con la redacción de ese concepto (cuerpo del delito) que, correspondía a la hasta entonces "escasa evolución de la ciencia jurídico-penal".¹⁸⁶

No compartimos las opiniones expuestas, por las siguientes razones:

Resulta incontrovertible que la dogmática jurídico-penal, independientemente de su evolución, y

¹⁸⁵ Idem. Pág. 26.

¹⁸⁶ Ibidem.

sobre todo cuando esa evolución se argumenta en doctrinas extranjeras, es algo que de ningún modo puede estar por encima del contenido de las disposiciones legales aplicables en determinado momento y lugar, de conformidad con los conocidos y tradicionales ámbitos de validez de la ley penal, en este caso. Luego, si como quedó establecido haciendo uso de las respetables consideraciones del maestro *Mariano Jiménez Huerta*,¹⁸⁷ en nuestro país el concepto cuerpo del delito cobró carta de naturalización tanto entre los órganos judiciales, como entre los teóricos e incluso la sociedad, y si en su gran generalidad se logró una concepción vinculada con los aspectos materiales del delito y, particularmente, similar a la primera concepción de tipo penal (esto dentro de la dogmática de la teoría del delito) que lo identificaba con la especie o figura delictiva, es por demás evidente que la, jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional sólo podía conceptuar dicho vocablo (cuerpo del delito) en los términos que correspondía a esa concepción original, que fue como se receptuó en la Constitución Federal, como figura de garantía procesal, base de todo el procedimiento penal de nuestro país, dado que no aconteció un cambio substancial que permitiera realmente, dentro del ámbito penal y

¹⁸⁷ *Jiménez Huerta, Mariano, op. Cit. Vid supra nota 6.*

procesal penal mexicano, admitir un diverso contenido de ese vocablo, independientemente de la "evolución" que respecto de él se hubiere podido dar en otras latitudes.

Ni siquiera la citada reforma de 1984, a los Códigos de Procedimientos para el Distrito Federal y federal, permitían tal cosa, pues, como en muchas ocasiones ha ocurrido en nuestro país, tales reformas no dejan de ser "parches" que aún cuando puedan estar inspirados en diversos contenidos o concepciones dogmáticas, no pueden por sí solos modificar toda una estructura constitucional y procesal penal tan ampliamente arraigada en nuestro medio.

Así, por ejemplo, podemos afirmar enfáticamente que ni antes ni después de las reformas de 1984 o 1993, los estados de la República Mexicana han tenido obligación de adoptar un determinado sistema dogmático-penal, sólo porque lo adopte (por parecerle más efectivo o ser de moda) la legislación del centro del país, ya que no se puede olvidar el sistema federal de competencias que impera y prevalece en nuestra nación, y el cual inclusive la Suprema Corte de Justicia de la Nación esta obligada a respetar al momento de emitir sus respectivas resoluciones o

jurisprudencias en relación con los conceptos penales adoptados libremente por las entidades federativas en particular o por la Federación misma.

En consecuencia, nos parece injusta y carente de fundamento la severa crítica dirigida a la jurisprudencia mexicana cuando resulta obvio que esta no podía tener un sentido diverso al estrictamente correspondiente a los dispositivos legales materia de análisis en cada caso.

Así es, no podemos perder de vista que, en nuestro país, en materia penal rige el principio de legalidad bajo la llamada plenitud hermética,¹⁸⁸ de donde se sigue que en dicha materia, contrariamente al derecho civil o común, no cabe la analogía, mayoría de razón o, la llamada actividad de "suplencia de lagunas", es decir que la legalidad en materia penal hace que la jurisprudencia sólo pueda ser a ese respecto una estricta tarea interpretativa de la ley existente y, por ende, de ningún modo podrá concebirse como fuente creadora de dicha ley.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Ovalle Favela, José "Garantías Constitucionales del Proceso", op. Cit., pág. 73.

¹⁸⁹ Así lo ha establecido la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia y Tesis, que aparecen, respectivamente, bajo las voces: "JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA, SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA", "JURISPRUDENCIA, ALCANCE DE LA" y "JURISPRUDENCIA, NATURALEZA", Publicadas en las páginas 336-337 de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975.

Por tanto, nos parece infundada la crítica hacia la Suprema Corte, pues el concepto de "cuerpo del delito" fue e incluso sigue siendo, para aquellas legislaturas soberanas de los estados que así lo determinen, un concepto representativo del aspecto material de la figura o especie delictiva descrita por la ley. Esto es, con una filiación a la dogmática de corte tradicional o causalista.

De ello se sigue, lo irrelevante de que a partir de 1931, en otras latitudes (en Europa especialmente) se produjeran cambios en las concepciones tradicionales de la teoría del delito, ya que ni la Suprema Corte ni ningún otro órgano de Justicia podía asignar al concepto "cuerpo del delito" un contenido "actual" o "moderno" (que de cualquier forma seguiría siendo ajeno a los ordenamientos punitivos mexicanos) de manera tal que esa concepción, por novedosa que fuera, resultara obligatoria, aun en contra del texto legal.

Por las mismas razones diferimos de lo opinado por el citado Bermudez Molina, cuando refiere que la reforma se dio gracias a los criterios sobresalientes de una serie de personas que en nuestro país, apartándose de lo que llama errónea práctica judicial

inercial, adoptaran criterios dogmáticos-jurídicos más acordes con la evolución del concepto tipo.

No podemos estar de acuerdo con esa concepción puesto que independientemente de que estemos enterados de esa evolución y aún compartiendo sus actuales contenidos dogmáticos, no por ello resulta válido actuar en contra de los explícitos contenidos de nuestra legislación positiva y vigente, a pesar de que, desde un punto de vista doctrinario, pudiéramos asignarle el adjetivo de anticuada, anacrónica o poco evolucionada, pues a final de cuentas, tanto el derecho como la jurisprudencia sólo contienen su característica de obligatoriedad en la medida en que para su surgimiento se cumplan los requisitos legales correspondientes y formen parte del marco jurídico vigente. Es decir, que ni agentes del ministerio público, como tampoco jueces o magistrados pueden validamente resolver aplicando criterios teóricos (por modernos que estos sean), en contravención a las disposiciones aplicables vigentes y obligatorias, pues con ese tipo de actitudes se atenta también contra el principio de legalidad y seguridad jurídica que debe imperar y los órganos de Justicia, son los primeros obligados en custodiar y hacer prevalecer, incluso,

actuar en tal forma constituye motivo de responsabilidad y no de reconocimiento¹⁹⁰.

Finalmente, nos llama la atención el hecho de que el propio autor al que en este apartado nos hemos referido, concluye su exposición respecto de la reforma y la transición entre "cuerpo del delito" y "elementos del tipo penal"¹⁹¹ señalando que este último "introduce en forma novedosa para la mayoría una postura dogmática específica de los contenidos del tipo penal, pero impone en la ley una teoría y sus evoluciones posibles que pueden ser desconocidas en el peor de los casos, incomprendidas en los casos intermedios y desechados por sus destinatarios en los casos más graves, con las serias consecuencias, que ello genera".¹⁹²

Se agrega también que la inclusión del concepto "elementos del tipo" fuerza la actualización jurídico-penal y que una vez cumplida su meta debe desaparecer "del horizonte procesal y retornar al lugar que singularmente le corresponde en la teoría del

¹⁹⁰ El Pleno del Máximo Tribunal del país, ha establecido que el servidor público del Poder Judicial que actúe en desacato de un precepto legal, incurre en responsabilidad. El rubro de la tesis CXLVI-97 es el siguiente: "RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. LA INMUNIDAD PREVISTA EN EL ARTICULO 130 DE LA FEDERACION, NO SE ACTUALIZA ANTE EL FRANCO DESACATO DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO"

¹⁹¹ Bermudez Molina, Estuardo Mario, op. Cit. Pág. 87.

¹⁹² Idem. Pág. 87.

delito, a que pertenece. En un momento, la figura del cuerpo del delito deberá resurgir como Ave Fénix, en forma vigorosa y renovadora. (...)”¹⁹³

Sin la intención de polemizar, simplemente aclararemos que esas afirmaciones vienen a contribuir al fortalecimiento de nuestra hipótesis de trabajo de investigación, en el sentido de que el concepto "tipo penal" es plurívoco y que su aplicación implica la producción de una gama de consecuencias que se caracterizan por incidir en perjuicio del principio de legalidad y seguridad jurídica en materia penal, dentro de nuestro país.

Con el mismo propósito, haremos referencia también al estudio realizado por el doctor Raúl González - Salas Campos, como profesor visitante de la maestría en derecho penal, de la Universidad nacional, elaborado bajo el rubro "La sustitución de las figuras procesales el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, por la de : acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad".

El citado maestro, parte de una distinción entre las funciones correspondientes al ministerio público o

¹⁹³ Ibidem.

al Juez, según el caso, respecto del "acreditamiento" de los elementos del tipo penal y, para ello atiende primeramente al significado gramatical del término, afirmando que acreditar es diferente a la idea de "probar", "comprobar" y "demostrar".

Acreditar, dice, tiene varios significados a saber:

- a) dar crédito a un objeto, u obtener crédito de él;
- b) probar su certeza o realidad; y
- c) dar seguridad de que alguna persona o cosa es lo que representa o parece.

Es de acuerdo con el último significado como, según dicho autor, debe entenderse el contenido de los artículos 16 y 19 constitucionales, por tanto, ni el ministerio público ni el juez tendrían la obligación de "comprobar" lo elementos del tipo penal, sino tan sólo, darles crédito o dar seguridad de que la persona o cosa es lo que representa o parece.

Además de esta especial interpretación, se menciona también que existen tres diferentes hipótesis de "colocar" la ubicación de la antijuridicidad.

Así, puede ser ubicada. a) como elemento negativo del tipo, siguiendo la teoría de los elementos negativos del injusto; b) en una categoría intermedia entre tipo penal y responsabilidad penal (ya probable o plena); y c) dentro de la probable responsabilidad, como un presupuesto de esta categoría.

De acuerdo con tal autor, debe admitirse la teoría de los elementos negativo del injusto, por tanto la "probable responsabilidad" es un elemento del tipo, quedando luego la tarea de acreditar la "probable culpabilidad" que viene a ser, según se dice la nueva figura procesal derivada de la reforma en cuestión.

Todo lo anterior, contribuye también a reafirmar nuestra opinión acerca de que la referida reforma, en cuanto al "tipo penal" ha desencadenado en nuestro medio jurídico y doctrinario infinidad de reacciones y opiniones o presupuestos teóricos, lo que, independientemente de su contenido acertado o no, su sola diversidad y proliferación hace evidente que la reforma en sí misma, como decimos nosotros, ha producido efectos negativos en cuanto a la aplicación de un concepto que, por tratarse de un presupuesto del procedimiento penal en nuestro país, afecta la seguridad jurídica colectiva.

Esa problemática, sin duda resulta similar a la que en su momento se presentó también en los países europeos donde inicialmente surgió la dogmática. Así, concierne citar a Muñoz Conde, quién al iniciar la introducción a la obra de Claus Roxin¹⁹⁴ destaca que la dogmática jurídico penal germánica atraviesa una crisis, debida principalmente a la polémica "encomendada" entre causalistas y finalistas.

Ahora bien, aún cuando en la actualidad se dice superada, en aquel país, esa polémica, dado que se afirma la inobjetable predominancia del finalismo sobre las posturas tradicionales, el caso es que esa evolución conceptual sigue su marcha y existen ya nuevas concepciones de un llamado neo-finalismo, de tal suerte que, no obstante que en otras culturas y naciones, esa evolución haya observado un desarrollo más o menos uniforme y generalmente predominante, no puede decirse que al importarse esa dogmática, se incorpore también a nuestra realidad jurídico, político y social, la problemática (mayor o menor, pero sin duda diferente) de aquellas naciones, sino que lo único que se involucra es la corriente doctrinaria pero en miras de aplicarla a nuestra particular realidad, de ahí que esa polémica que en torno a la evolución doctrinaria

¹⁹⁴ Roxin, Claus, op. Cit. Introducción.

surgió en la propia Alemania, existe, vive, y se actualiza en nuestra realidad contemporánea, sin que resulte válido pretender minimizarla o ignorarla argumentando que en Europa es tema "superado", pues ese mismo tema, entre nosotros no lo está y dista mucho de estarlo, agregaríamos nosotros, desde el momento en que, en lo que va del siglo, hasta antes de la reforma constitucional de septiembre de 1995, en México toda la legislación se basaba en la conocida concepción causalista o tradicional del delito, además, no sólo la legislación sino, por consiguiente, la doctrina mexicana realista, que surgía precisamente del análisis de esos ordenamientos nacionales. Incluso desde el punto de vista técnico o académico, encontramos que la inmensa mayoría de egresados de generaciones de universitarios que actualmente se desenvuelven en los ámbitos de procuración e impartición de justicia, se forjaron en las facultades de derecho del país, en donde predominaban (y predominan aún en muchas de ellas) los programas de estudios basados en esas concepciones hoy llamadas (a veces con ánimo peyorativo) tradicionales o causalistas y antiguas.

Por consiguiente, resulta indudable que el impacto de la reforma en cuestión en cuanto a la pretendida implantación del finalismo y el modelo

lógico-matemático, es de magnitud muy considerable, al grado de que los sujetos implicados en la función ministerial y judicial (de diversos ámbitos y niveles) no conciben cabalmente los alcances de las modificaciones y, por tanto, no están en condiciones de realizar un ejercicio satisfactorio o apropiado respecto a la aplicación correcta de tales implicaciones.

Por tal razón, no podemos admitir el argumento de que la polémica entre causalismo y finalismo "esté superada", pues, insistimos, entre nosotros ni siquiera ha alcanzado su cúspide.

Siguiendo sobre el tema de la transición entre los conceptos, cuerpo del delito y tipo penal, como motivo de la reforma, se hace necesario resaltar al menos algunos de los detalles o particularidades de la obra legislativa consumada, que nos permiten calificar de negativos los efectos obtenidos hasta ahora y reflexionar así sobre su eficacia o posible perfeccionamiento.

En primer lugar, cabe analizar si el producto obtenido de la reforma realmente cumple con las expectativas de quienes, de alguna manera, influyeron en su formulación o propuesta.

Para ello, debemos admitir que, el Código penal Federal y Federal de Procedimientos Penales, y el respectivo enjuiciamiento penal para el Distrito Federal, son los ordenamientos en los que la reforma constitucional tuvo el primer impacto, siendo en éstos en donde, según se comenta, se pretendió hacer aplicación del modelo finalista y lógico-matemático.

Al respecto debemos señalar, que el artículo 9 del Código punitivo de aplicación federal, en donde se pretende hacer una definición de la conducta dolosa, dista mucho de corresponder a una auténtica concepción finalista, pues como indicamos en capítulos precedentes¹⁹⁵ tanto Welzel (creador del finalismo) como todo aquel que se jacte de comprender esa teoría, afirma que el dolo es el conocimiento de los elementos *objetivos* del tipo, es decir el aspecto cognositivo del *tipo objetivo*. Tal concepción resulta lógicamente imprescindible ya que si el dolo es también uno de los elementos del tipo, con la característica de ser eminentemente subjetivo, es evidente que el objeto sobre el que recae ese conocimiento es la parte restante del tipo, esto es, la parte objetiva.

¹⁹⁵ Welzel, Hans, op. Cit., vid. Supra nota 94.

Sin embargo el legislador del Código del Distrito federal, sostiene, sin reparo alguno, que "obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley(...)" pero no aclara que ese conocimiento **no** recae respecto de todos los elementos típicos (entre los que se encuentra el propio dolo) sino únicamente ~~sobre los de~~ naturaleza objetiva.

Lo anterior significa que, la obra legislativa existente supone que el dolo es un conocimiento que incluye la comprensión de sí mismo, lo que lleva a un círculo infinito y absurdo de: "conocer que se conoce", esto es, el conocimiento del conocimiento mismo.

Esa concepción de nuestro código federal, de ningún modo puede señalarse como "finalista", pues ningún autor finalista sostiene tan desmesurado concepto, o sea que la labor del legislador mexicano en cuestión no es imputable ni a Welzel ni a ninguno de sus seguidores finalistas.

Otro de los problemas, tal vez el más significativo por la inseguridad e impunidad que produce, es el efecto derivado de la concepción finalista

y lógico-matemática, receptuada en los artículos 168 y 122 de los multicitados ordenamientos procesales, en donde se menciona, sin distinción o discriminación diferenciadora alguna, al universo de elementos que en un momento dado pueden formar parte del llamado tipo penal.

El problema surge del análisis que de dicho precepto se haga, entendiendo que las antes consideradas como calificativas o circunstancias de agravación o atenuación, no son ya simplemente útiles para la individualización judicial de las penas respectivas, sino auténticos elementos o componentes del tipo penal del ilícito correspondiente. Elementos que, como antes dijimos, el legislador no está diferenciando en forma alguna respecto de los restantes componentes posibles del tipo.

Pues bien, en el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal, se establece que es causa de exclusión del delito la ausencia de alguno de los elementos del tipo penal, aquí también sin hacer distinción alguna entre esos posibles elementos.

La afirmación de que conforme a los citados artículos 168 y 122 de los Códigos Federal de

Procedimientos Penales y del Distrito Federal, respectivamente (nosotros agregamos que también en las legislaciones estatales que siguieron ese modelo), las calificativas son componentes típicos, resulta indiscutible, máxime que la Primera Sala de Justicia de la Nación, así lo determinó al resolver la contradicción de tesis número 42/96, dando lugar a la jurisprudencia respectiva, bajo el rubro siguiente:

"AUTO DE FORMAL PRISION LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES AUTO DE FORMAL PRISION. NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES"

La referida jurisprudencia, a nuestro entender, adolece de algunos defectos que analizaremos seguidamente y que repercuten de gran manera en incrementar la situación o problemática calificada como caos interpretativo y afectación al principio de legalidad y seguridad jurídica, pero por ahora basta puntualizar, conforme a lo que aquí tratamos, que dado el contenido literal de los aludidos preceptos, y particularmente del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que es el que dio lugar a la jurisprudencia, el sentido de ésta es correcto pues, como indicamos, ese citado precepto contiene la disposición legislativa de considerar como elementos del tipo, a las circunstancias o formas específicas de

comisión, entre las que indudablemente se puede comprender a las mencionadas cualificantes del hecho.

Ahora bien, cuál es el grave problema de impunidad al que nos estamos refiriendo, pues es resultante, por un lado, de la exigencia de analizar y precisar desde el momento del auto de formal procesamiento, las referidas circunstancias de ejecución (calificativas), y por otro, la situación que se actualiza cuando en sentencia, alguna o algunas de esas calificativas estimadas indistintamente como elementos regulares del tipo, se desvanece o se acredita su inexistencia, entonces, se habrá demostrado la inacreditación de uno de los elementos del tipo específico y personalizado respecto del que hasta ese momento se había dictado la formal prisión y se había formalizado la acusación del ministerio público, pero como al juez no le es posible reclasificar, y toda vez que indiscutiblemente se estará actualizando en tal supuesto la causa de exclusión del delito prevista en el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal (pues indudablemente que en tal hipótesis faltará uno de los elementos del citado tipo penal) por consecuencia ese acusado deberá ser absuelto y liberado no obstante que se hubieren acreditado todos los otros elementos que, anteriormente, por sí solos daban lugar al

acreditamiento del delito, aún cuando al faltar la calificativa el único efecto era el de no sancionarlo como calificado pero invariablemente se sancionaría la conducta comprobada como delito básico.

Claro está que algunos teóricos podrían responder apresuradamente al planteamiento anterior y decirnos entonces que en el tipo existirán elementos básicos o fundamentales y complementarios, accesorios o cualificados, dando lugar así a la clasificación que distingue entre tipos penales básicos y complementados, y que, en el ejemplo expuesto al no acreditarse el elemento complementario, debiera sancionarse el tipo básico.

Esa respuesta no se puede aceptar, sencillamente porque, por principio de cuentas, de acuerdo al modelo empleado por el aludido artículo 168 (y todos los que son iguales en su contenido), ya no tiene, existencia o razón de ser la citada distinción entre tipos básicos y complementados, pues por el contrario al introducir la idea del tipo personal de injusto, cada conducta será totalmente independiente y autónoma, esto es, básica por sí misma, es decir, que esa diferenciación tenía sentido dentro del sistema tradicional pero no en el actual modelo receptado por los aludidos códigos reformados, por lo que se insiste,

no se puede aceptar esa respuesta teórica como paleativo o freno a tan grave problema propiciado precisamente por la reforma en cuestión.

Por otra parte, tampoco la jurisprudencia de la Corte puede válidamente evitar tan drásticos efectos de impunidad, pues la jurisprudencia penal no puede ser creadora o modificadora de la ley, y es muy claro que de acuerdo a la voluntad del legislador, en el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal, no se hizo distinción alguna entre los elementos del tipo cuya ausencia o falta diera lugar a esa causa de exclusión del delito, y ahí donde la ley no distingue no es dable distinguir, por tanto, si la Corte afirma (también sin distingo alguno) que las calificativas forman parte del tipo penal esa afirmación tanto de la ley como del Máximo Tribunal del país tiene que, por necesidad lógica, llevarse hasta sus últimas consecuencias y, de ello deriva lo que consideramos un verdadero factor de impunidad, sobre todo si se toma en cuenta que el auto de término constitucional no deja de ser un juicio provisional, empero si se exige que se tomen en cuenta las calificativas o atenuantes como rasgos distintivos del tipo penal acreditado, deben soportarse las graves consecuencias que ello acarrea, a pesar de que conforme a nuestro procedimiento penal subsiste

precisamente el período de instrucción con el fin primordial de ofrecimiento y desahogo de pruebas, de ahí que frecuentemente las llamadas calificativas o circunstancias de ejecución del hecho, puedan ser objeto de perfeccionamiento o de incomprobación.

Los anteriores, son sólo algunos de los rubros en donde la aplicación del concepto tipo penal, derivado de la reforma constitucional, produce efectos que no pueden ignorarse y, por el contrario reclaman atención y solución inmediata, pues de lo contrario, los órganos de justicia se verán inmersos en un anárquico y caótico estado de aplicación de los conceptos y contenidos de la reforma penal, afectando sin duda al más elemental sentido de justicia.

Nosotros creemos que ese tipo de cuestiones no deben ocultarse o encubrirse en una enmienda o solución parcial que permita corregir el efecto inmediato pero sin hacer un auténtico e integral examen de la estructura del proceso penal en México a raíz de las significativas reformas que tuvieron lugar a nivel constitucional en septiembre de 1993

Lo hasta aquí apuntado constituye un somero análisis de esa transición entre "cuerpo del delito" y

tipo penal (elementos), destacando así la problemática originada de ello

3.5.-DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN MEXICO, EN TORNO AL "CUERPO DEL DELITO" Y "TIPO PENAL", ANTES Y DESPUES DE LA REFORMA.

Ya hemos visto lo relativo a la transición entre los conceptos de "cuerpo del delito" y "tipo penal", dentro de la indiscutible posición que los mismos, en cada caso, han venido a ocupar dentro de la estructura del derecho penal y procesal de nuestro país, así como algunos de los efectos de tal sustitución, que consideramos más significativos, ahora haremos una cita resumiendo la transcripción de preceptos legales que antes y después de la reforma en cuestión han existido dentro de los diferentes ordenamientos penales del país, tanto sustantivos como procesales, tratando de evidenciar así la casi generalizada concepción en torno al "delito" y al llamado "cuerpo del delito", así como respecto de las reglas para su comprobación, también las diversas variantes surgidas a raíz de la reforma y la manera en que en las entidades federativas se ha aceptado o no ese nuevo

concepto con los contenidos adoptados por la legislación penal del Distrito Federal.

Citaremos en primer término la legislación existente en la república antes de la reforma constitucional de septiembre de 1993, y para ello se transcribirá en cada caso parte de los dispositivos tanto sustantivos como adjetivos relativos al delito y a la forma de comprobación del llamado "cuerpo del delito". Así, de la revisión de los ordenamientos de la mayoría de las entidades federativas, encontramos lo siguiente:

CODIGO PENAL DE SINALOA 1939.

" ARTICULO 4.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

" ARTICULO. 5.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales, y

II.- No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño en las personas o en su patrimonio.

ARTICULO 6.- La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias siguientes:

I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño,

II.- Que no se propuso causar daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, o si el inculpado previo o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley, fuere cual fuese el resultado,

III.- Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla,

IV.- Que creía que era legítimo el fin que se propuso,

V.- Que erró sobre la persona o caso en que quiso cometer el delito , y

VI.- Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando los casos de que habla el artículo 85.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES (SINALOA). 1939.

ARTICULO 182.- El funcionario de la policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando este justificada la existencia de los

elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determine la ley salvo en los casos en que tenga señalada una comprobación especial. Para este efecto el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que no estén reprobados en ella.

Artículo 183.- Cuando se trate de lesiones externas se tendrá por comprobados el cuerpo del delito (...)"

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERETARO. 1931.

ARTICULO 2.- delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

ARTICULO 3.- los delitos pueden ser:

I.- Intencionales, y

II.- No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

ARTICULO 4.- La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
(QUERETARO)1931.

ARTICULO 104.- Cuando se trate de homicidio, además de la descripción que debe hacer la autoridad que practiquen las primeras diligencias, esa descripción la harán también dos peritos médicos Titulados quienes llevarán acabo la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad en el dictamen que formulen, el estado que guarden el cadáver y las causas que originaron la muerte.

En los lugares en donde no se cuente con peritos Médicos Titulados, el cuerpo del delito de homicidio; se comprobará por algún otro de los medios de prueba que señala la ley, siempre que así quede establecida la causa inmediata y directa de la muerte.

ARTICULO 114.- En todos los casos de robo el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito;

II.- Por la confesión del indiciado, aún cuando se ignore que él es dueño de la cosa, materia del delito;

III.- Por la prueba de que el acusado hubiere tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia.

IV.- por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa, materia del delito, y

V.- Por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa, materia del delito; que disfruta de buena opinión y se hizo alguna gestión judicial o extrajudicial, para recobrar la cosa robada.

ARTICULO 115.- El cuerpo del delito de fraude, abuso de confianza y de peculado, se comprobará por cualquiera de los medios expresados en las fracciones I y II, del artículo anterior, observando lo que dispone su inciso final.

ARTICULO 121.- El cuerpo de los delitos que tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

ARTICULO 122.- En el caso de las lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad provenientes de delito, se tendrán por comprobado el cuerpo de éste, con la inspección y descripción hecha por las personas a quienes se refiere el artículo (93) de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen médico en que se expresará los síntomas que tenga, si existen esas lesiones y existir manifestaciones exteriores, bastará con el dictamen médico.

ARTICULO 123.- Para comprobación del cuerpo del delito el Juez gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que

estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE
CAMPECHE. 1943.

ARTICULO 5.- Delito es la infracción de las leyes penales.

ARTICULO 6.- Los delitos puede ser intencionales, y no intencionales o de imprudencia.

El delito es intencional, cuando se infringe la ley penal con el ánimo de hacer lo que prohíbe o dejar de hacer lo que ordena.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que sea causa de la infracción.

ARTICULO 7.- La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias:(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
(CAMPECHE)1943.

ARTICULO 158.- En todos los caos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito,

II.- por la confesión del indiciado, aun cuando se ignore quién es el dueño de la cosa, materia del delito(...)"

ARTICULO 164.- El cuerpo de los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

ARTICULO 165.- En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente de delito, se tendrá por comprobado el cuerpo de éste, con la inspección y descripción de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen médico en que se expresará los síntomas que tenga si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa, en caso de no existir manifestaciones exteriores, bastará con el dictamen médico.

CODIGO PENAL DE COLIMA. 1955.

ARTICULO 5.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

ARTICULO 6.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales; y

II.- No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

ARTICULO 7.- La intención delictuosa se resume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
(COLIMA) 1955.

ARTICULO 112.- En todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito;

II.- Por la confesión del indiciado, aun cuando se ignore quién es el dueño de la cosa material del delito;

III.- Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia;

IV.- Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito;

V.- por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada.

ARTICULO 113.- El cuerpo del delito de fraude, abuso de confianza y peculado, se comprobará por cualquiera de los medios expresados en las fracciones I y II del artículo anterior, observándose lo que dispone su inciso final.

ARTICULO 119.- El cuerpo del delito que no tenga señalada prueba esencial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

ARTICULO 120.- En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente de delito, se tendrá por comprobado el cuerpo de éste con la inspección y descripción, hecha por las personas a quienes se refiere el artículo 91, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen médico.

ARTICULO 121.- Para la comprobación del cuerpo el delito, el juez gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sea de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS. 1938.

ARTICULO 4.- Delito es todo acto u omisión que sancionen las leyes penales.

ARTICULO 5.- Los delitos son:

I.- Intencionales,

II.- No intencionales o de imprudencia.

ARTICULO 6.- Se entiende por imprudencia toda imprevisión negligencia, impericia, falta de reflexión, de precaución o de cuidado, que cause igual daño que un delito intencional.

ARTICULO 7.- No es punible la impericia de quien sin profesar el arte o ciencia que es necesario conocer para obrar, lo hace apremiado por la urgencia y gravedad del caso.

ARTICULO 8.- Todo acusado será tenido como inocente mientras no se pruebe la existencia del delito que se le imputa y que él lo cometió.

ARTICULO 9.- Se presume intencional todo delito, a no ser que se pruebe lo contrario, o que la ley aplicable exija expresamente la intención delictuosa para que exista.

ARTICULO 10.- La presunción de que un delito es intencional o se destruirá aún cuando el acusado pruebe la existencia de alguna de las circunstancias siguientes:(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES (CHIAPAS)1936.

ARTICULO 117.- En todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por algunos de los medios siguientes;

I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito;

II.- Por la confesión del indiciado, aún cuando se ignore quién es el dueño de la cosa materia del delito;

III.- Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no hubiere podido, adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia;

IV.- Por el uso de fuerza eléctrica, de gas y cualquier fluido sin previo contrato con la empresa;

V.- Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito; y

VI.- Por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en institución de poseer la cosa material del delito; que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada.

ARTICULO 124.- El cuerpo de los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de la existencia de sus elementos constitutivos, según la definición que de dichos delitos hace el Código Penal.

ARTICULO 125.- En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad provenientes del delito, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito de éste, con la inspección y descripción, hecha por las personas a quienes se refiere el artículo 95, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen médico en que se

expresarán los síntomas que tengan, si existen esas lesiones y si han sido producidas por causa externa; en caso de no existir manifestaciones exteriores, bastará con el dictamen médico.

ARTICULO 126.- Para la comprobación del cuerpo del delito el juez gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define, y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA. 1937.

ARTICULO 5.- Se denominan infracciones antisociales, los actos u omisiones tipificados en este Código u otras leyes de igual naturaleza.

ARTICULO 6.- La intención de violar la ley con un fin antisocial y antijurídico, se presume por el solo hecho de cometer una infracción antisocial o participar en cualquier forma en su ejecución: Esta presunción no admite más excepciones que los casos a que se refiere el artículo 61 de este Código, ni se destruye aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias siguientes:(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL (CHIHUAHUA) 1937.

ARTICULO 46.- En los casos de robo, éste se tendrá por comprobado por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos constitutivos de la infracción;

II.- Por la confesión del inculpado aun cuando se ignore quién sea el dueño de la cosa objeto de robo;

III.- por la prueba de que el inculpado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no sea verosímil que la haya adquirido legítimamente si no justifica la procedencia de aquélla, y hay, además, quien le impute el robo.

ARTICULO 62.- En general, en todas las infracciones antisociales que produzcan daño o pongan en peligro a las personas o a la propiedad en diferente forma a la que se refieren los artículos anteriores, se comprobarán los medios o instrumentos de que se haya hecho uso, de la importancia del daño causado o que se haya intentado causar, e igualmente la gravedad del peligro para la vida, la propiedad, la salud o la seguridad de las personas.

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.
1960.

ARTICULO 6.- Son delitos las acciones u omisiones penadas por este Código y las leyes especiales a que se refiere el artículo precedente.

ARTICULO 7.- Los delitos pueden ser:

I.- Dolosos, y

II.- Culposos cuando se causa un resultado querido o aceptado, o cuando el resultado es

consecuencia necesaria de la acción u omisión realizada.

El delito es culposo cuando se causa el resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado.

ARTICULO 8.- El delito se presume doloso, salvo prueba en contrario.

ARTICULO 9.- En el caso de que, queriéndose cometer un delito se cometa otro, por error en la persona o en el resultado, se aplicará la pena correspondiente al delito cometido, valuándose, además, las circunstancias subjetivas, de deliberación y ejecución.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
PARA EL ESTADO DE MEXICO 1960.
COMPROBACION DEL CUERPO DEL
DELITO.

ARTICULO 128.- El Ministerio Público y el Tribunal en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando éste justificada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuosos, según lo determine la Ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

ARTICULO 129.- Cuando se trate de lesiones externas tendrá por comprobado el cuerpo del

delito con la inspección de éstas, hecha por el Ministerio Público que hubiere practicado las diligencias de averiguación previa o por el Tribunal que conozca del caso, y con la descripción que de ellas hagan los peritos médicos. En caso de que el lesionado sea hospitalizado bastará para tener comprobado el cuerpo del delito el certificado expedido por el médico que lo haya atendido debiendo ser ratificado por los peritos médicos legistas durante la instrucción del proceso.

ARTICULO 130.- En el caso de lesiones internas, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección, hecha por el funcionario o Tribunal a quienes se refiere el artículo anterior, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen pericial en que se expresarán los síntomas que presente; por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, bastará con el dictamen pericial.

ARTICULO 131.- Si se tratare de homicidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado con la inspección y descripción de cadáver hecha en los términos de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron la muerte. Si hubiere sido sepultado se procederá a exhumarlo.

ARTICULO 134.- En los casos de robo, el cuerpo del delito podrá comprobarse por alguno de los medios siguientes, siempre que no haya sido posible hacerlo en los términos del artículo 128(...)

ARTICULO 137.- El cuerpo de los delitos de peculado, abuso de confianza y fraude, si no hubiere sido posible comprobarlo en los términos del artículo 128 podrá tenerse por comprobado en la forma que establece la fracción I artículo 134, pero para el de peculado es necesario, además que se demuestre que el inculpado estuviere encargado de un servicio público.

ARTICULO 138.- El cuerpo del delito de abigeato, se probará en la misma forma que el de robo, pero la circunstancia de campo abierto deberá ser probada por la inspección ocular.

ARTICULO 139.- Para comprobación del cuerpo del delito, el Ministerio Público y los Tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sea de los que menciona la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella.

CODIGO DE PENAL DEL ESTADO DE
GUERRERO. 1953.
REGLAS GENERALES SOBRE LOS DELITOS.

ARTICULO 5.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

ARTICULO 6.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales, o

II.- Culposos.

El delito es intencional cuando se quiere o se acepta el resultado. El delito es culposo cuando el resultado no se previo siendo previsible, cuando habiendo sido éste previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría o en casos de impericia o falta de aptitud.

ARTICULO 7.- La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
(GUERRERO) 1937.
CUERPO DEL DELITO.

ARTICULO 146.- En todos los caos del robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito;

II.- Por la confesión del indiciado, aun cuando se ignore quién es el dueño de la cosa material del delito,

III.- Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia;

IV.- por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa, materia del delito, o

V.- Por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer de la cosa, materia del delito que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial, para recobrar la cosa robada.

ARTICULO 147.- El cuerpo del delito es fraude, abuso de confianza y peculado se comprobará por cualquiera de los medios expresados en las fracciones I y II, del artículo anterior, observándose lo que dispone su inciso final.

ARTICULO 153.- El cuerpo de los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

ARTICULO 154. En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad provenientes de delito, se tendrá por comprobado el cuerpo de éste, con la inspección y descripción hecha por las personas a quienes se refiere el artículo 123, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen médico en que se expresarán los síntomas que tenga, si existen esas lesiones y si han sido producidas por causas externas; en caso de no existir manifestaciones exteriores, bastará con le dictamen médico.

ARTICULO 155.- Para comprobación del cuerpo del delito, el juez gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley,

siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

CODIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL
ESTADO DE HIDALGO. 1940.
REGLAS SOBRE EL DELITO.

ARTICULO 3.- Delito es el acto o la omisión que sancionan las leyes de defensa social.

ARTICULO 4.- Falta es: todo hecho reprimido por la autoridad administrativa de acuerdo con los reglamentos gubernativos o de policía y excepcionalmente por la autoridad judicial cuando expresamente la faculte alguna ley.

ARTICULO 5.- Los delitos pueden ser;

I.- Intencionales; y

II.- No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

ARTICULO 6.- La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.
(HIDALGO)1952.

COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO.

96.- El Ministerio Público, la Policía y las Autoridades Judiciales deberán procurar ante todo la comprobación del cuerpo del delito como base del procedimiento de defensa social.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado, cuando se justifique la existencia de los elementos materiales y objetivos que constituyen el hecho delictuosos, según la determinación que del mismo exprese la disposición relativa del Código de Defensa Social. Deberán aplicarse además este Código para la comprobación de determinados cuerpos del delito.

97.- Tratándose de lesiones externas, el cuerpo del delito se comprobará con la inspección de las lesiones hecha por el funcionario que practique las diligencias de policía o por el Juez que conozca de la causa, y con la descripción y clasificación que de las mismas hagan los Médicos legistas.

ARTICULO 98.- En los casos de lesiones internas, envenenamientos o cualquiera enfermedad proveniente de delito, para la comprobación del cuerpo del mismo, se dará fe de las manifestaciones externas que presente la víctima y los Médicos legistas, facultativo o práctico a que se refiere el artículo que procede, emitirán dictamen sobre los síntomas, que presente el enfermo y la clasificación legal correspondiente. Si no hubiere manifestaciones externas, bastará el dictamen pericial.

ARTICULO 103.- Cuando se trate de homicidio, el cuerpo del delito se comprobará:

I.- Con la inspección y descripción del cadáver (...)"

II.- Con la autopsia que del cadáver(...)"

ARTICULO 112.- En los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

II.- Por la confesión del inculcado, aun cuando se ignore quién sea el dueño de la cosa objetos del delito.

III.- Por la prueba de que el inculcado a tenido en su poder alguna cosa, que por sus circunstancias personales, no sea verosímiles que la haya adquirido legítimamente, si no justifica la procedencia de aquella y que por otra parte hay quien le impute el robo.

ARTICULO 115.- El cuerpo de los delitos de peculado abuso de confianza y fraude se comprobará por cualquiera de los medios expresados en los artículos 112 en sus fracciones I y II(...)"

ARTICULO 118.- Para comprobación del cuerpo del delito, los funcionarios de la policía y los Jueces gozarán de la más amplia facultad para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, según su criterio, aunque no sean

de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

CODIGO DE PENAL DEL ESTADO DE
JALISCO. 1933.
REGLAS GENERALES SOBRE LOS DELITOS.

ARTICULO 5.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

ARTICULO 6.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales, o

II.- No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

ARTICULO 7.- La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
(JALISCO) 1934.
COMPROBACION DEL CUERPO DEL
DELITO.

ARTICULO 466.- Para la comprobación del cuerpo del delito, el juez gozará de la acción más amplia sobre los medios de investigación que estime conducentes, los que tendrán todo valor legal como pruebas, aun cuando no sean de

reprobados por ésta; teniendo como preferentes, de ser posible y en igualdad de condiciones, los que determina este capítulo.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE
OAXACA. 1943.
REGLAS GENERALES SOBRE LOS DELITOS.

ARTICULO 3.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

ARTICULO 4.- Los delitos pueden ser:

- I.- Intencionales;
- II.- De imprudencia.

Se entiende por imprudencia(...)"

ARTICULO 5.- La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las circunstancias siguientes:(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
(OAXACA) 1944.
EL CUERPO DEL DELITO.

ARTICULO 170.- El Ministerio Público y los tribunales, en su caso, deberán procurar, ante todo, que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los

elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso, según lo determina la ley.

ARTICULO 171.- Cuando se trate de lesiones externas, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección hecha por el Agente del Ministerio Público, alcalde o juez que conozca del caso y con la descripción que de ellas dan los peritos médicos o, en su defecto, los prácticos de acuerdo con las disposiciones de este Código.

ARTICULO 179.- En los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito:(...)"

ARTICULO 184.- Para la comprobación del cuerpo del delito, el Agente del Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, según su criterio, aun que no sean de los que menciona la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella, salvo el caso de que tenga señalada una comprobación especial el cuerpo del delito de que se trate.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SAN
LUIS POTOSI 1944.

ARTICULO 6.- Delito es el acto o la omisión sancionados por las leyes penales.

ARTICULO 7.- Los delitos son:

I.- Intencionales.

II.- de culpa.

Se entiende por culpa la imprudencia, imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional.

ARTICULO 8.- La presunción de que un delito es intencional no se destruye, aunque el inculpado pruebe algunas de las siguientes circunstancias:(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
(SAN LUIS POTOSI) 1944.
COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL
DELITO.

ARTICULO.- 144.- El funcionario de policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté acreditada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuosos según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

ARTICULO 145.- Cuando se trate de lesiones exteriores se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección de éstas(...)"

ARTICULO 147.- Si se tratare de homicidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado con la inspección y descripción del cadáver(...)"

ARTICULO 154.- Para la comprobación del cuerpo del delito, los funcionarios de policía judicial y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no se de los que menciona la Ley, siempre que no estén reprobados por ella.

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE TABASCO.
1958.

REGLAS GENERALES SOBRE LOS DELITOS.

ARTICULO 4.- Delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales.

ARTICULO 5.- Los delitos pueden ser

I.- Intencionales, o

II.- No intencionales o de culpa.

ARTICULO 6.- Delito o intencional o de culpa es el que se cometa sin intención por la imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado y con el que se causa igual daño que un delito intencional.

ARTICULO 7.- La presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
(TABASCO) 1948.

COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO.

ARTICULO 171.- El funcionario de policía judicial y el tribunal en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando éste justificada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso según lo determine la Ley Penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

ARTICULO 172.- Cuando se trate de lesiones externas se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección de éstas por el funcionario que hubiere practicado la diligencia de la policía judicial o por el tribunal que conozca del caso, y con la descripción que de ellas hagan los peritos médicos.

ARTICULO 182.- Para la comprobación del cuerpo del delito, los funcionarios de policía judicial y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sea de los que menciona la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella.

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE
VERACRUZ. 1947.
REGLAS GENERALES SOBRE LOS DELITOS.

ARTICULO 5.- Delitos es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

ARTICULO 6.- El delito puede ser.

I.- Intencional;

II.- De culpa.

Es intencional cuando se desea o se aceptan las consecuencias del acto u omisión.

Es de culpa cuando se ejecuta un acto o se incurre en una omisión cuyas consecuencias eran previsibles y no se previnieron(...)"

Existe preterintencionalidad(...)"

ARTICULO 7.- Los delitos se presumen intencionales, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruye, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias(...)"

ARTICULO 8.- El que efectúe un acto o incurra en una omisión, será responsable de toda lesión o peligro de lesión que a consecuencia de cualquiera de ellos se produjere, en tanto no aparezca y se pruebe que el resultado sobrevino a virtud de un acontecimiento extraño a la conducta, siempre que ésta fuere adecuada en cada caso concreto para la consumación típica del delito de que se trate.

COMPROBACION DEL CUERPO DEL
DELITO.

ARTICULO 164.- El funcionario de policía judicial y el tribunal en caso, deberán procurara, ante todo, que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

ARTICULO 165.- Cuando se trate de lesiones externas se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección de éstas(...)"

CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO
DE YUCATAN. 1938
REGLAS GENERALES SOBRE LOS DELITOS.

ARTICULO 5.- Delito es el acto o la omisión que sancionan las leyes de defensa social.

ARTICULO 6.- Todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que se cometió el delito que se le imputa y que él lo penetró.

ARTICULO 7.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales; y

II.- No intencionales o de imprudencia.

ARTICULO 8.- Delito intencional es el que se comete con conocimiento de que el que se comete con conocimiento de que el hecho u omisión en que consiste son delictuosos. La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

ARTICULO 9.- La presunción de que un delito es intencional no se destruye, aunque el acusado pruebe algún de las siguientes circunstancias(...)"

ARTICULO 10.- Llámase delito no intencional o de imprudencia el que se comete sin intención, por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado y con el que se causa igual daño que con un delito intencional.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN
MATERIA DE DEFENSA SOCIAL DEL
ESTADO DE YUCATAN. 1938.
COMPROBACION DEL CUERPO DEL
DELITO.

ARTICULO 74.- Los funcionario del Ministerio Público, las autoridades que actúen en su auxilio o los judiciales deberán procurar ante todo, a comprobación del cuerpo del delito, como base del procedimiento de defensa social.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado, cuando se justifique la existencia de los elementos materiales y objetivos que constituyan el hecho delictuoso, según la determinación que del mismo exprese la disposición relativa del Código de defensa social.

Deberán aplicarse además, en su caso, las reglas especiales establecidas en este Código para comprobación de determinados cuerpos de delito.

ARTICULO 75.- Tratándose de lesiones externas, el cuerpo del delito se comprobará con la inspección de las mismas hecha por el funcionario del Departamento de Averiguación Previa que practique las primeras diligencias de investigación o por el Juez que conozca de alguna de las mismas hagan los médicos-legistas.

CODIGO DE PENAL PARA EL ESTADO DE
ZACATECAS. 1966.
DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS
DELITOS.

ARTICULO 5.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

ARTICULO 6.- Los delitos pueden ser:

- I.- Intencionales,
- II.- No intencionales o culposos, y
- III.- Preterintencionales.

Es intencional o doloso, cuando se ejecuta voluntariamente una acción u omisión queriendo o aceptando el resultado.

Es culposo cuando se comete sin intención, por imprudencia, imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado y con el que se causa igual daño que con un delito intencional.

Es preterintencional, cuando se causa un daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado.

ARTICULO 8.- Los delitos se presumen intencionales, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruye, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:(...)"

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
PARA EL ESTADO DE ZACATECAS. 1966.
COMPROBACION DEL CUERPO DEL
DELITO.

ARTICULO 160.- El funcionario de la policía judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuosos, según lo determine la Ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

ARTICULO 161.- Cuando se trate de lesiones externas se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección de estas, hecha por el funcionario que hubiere practicado las diligencias de policía judicial o por el tribunal que conozca del caso, y con la descripción que de ellas hagan los peritos médico.

"ARTICULO 172.- Para la comprobación del cuerpo del delito, los funcionarios de policía judicial y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aun que no sean de los que menciona la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella."

Como puede observarse de las transcripciones anteriores, salvo aspectos de redacción, orden o forma, la mayoría de los estados de la República, antes de la reforma constitucional de septiembre de 1993, generalmente coinciden en los siguientes aspectos: a) Definición del delito o infracción penal como acto u omisión sancionado por la ley penal; b) Las posibles formas de realización: intencional o imprudencial (en algunos casos se admitirá también la preterintención), lo que no deja lugar a duda del corte tradicional o causalista de todos esos ordenamientos al considerar al equivalente del dolo o culpa como formas de culpabilidad y no como elementos típicos; c) La existencia de la llamada presunción de intencionalidad (en contraste con la legislación federal y del Distrito, donde se suprimió desde la reforma de 1984); d) La forma de considerar acreditado el "cuerpo del delito" al demostrarse los elementos materiales, exteriores u objetivos de la infracción o hecho, lo que implícitamente conlleva una concepción objetivizada o material del

"cuerpo del delito", congruente con la interpretación efectuada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁹⁶ que como se ve no podrá ser distinta dada la expresa redacción utilizada por la legislación penal aplicable.

Después de la reforma a la que nos estamos refiriendo, inició una serie de modificaciones en los diversos ordenamientos penales y de procedimientos penales de la República, tratando así de adecuar la terminología de sus contenidos, respecto de la utilizada ahora por la Constitución Federal en los artículos 16 y 19, es decir, los conceptos de "tipo penal" y "responsabilidad probable".

Ese proceso, que no es sino consecuencia de la reforma constitucional, fue disperso y anacrónico, pues mientras unos Estados lo hicieron casi de inmediato¹⁹⁷ en tanto que otros después de varios años, incluso algunos siguen en etapa de modificación.

¹⁹⁶ Este detalle viene a confirmar lo aseverado en párrafos precedentes en el sentido de que el criterio sostenido por la Corte era el único admisible debido a la indiscutible predominancia del concepto objetivizado del tipo, reunido en el concepto cuerpo del delito, lo que demuestra lo infundado de las críticas en contra del Poder Judicial, al seguir manteniendo tal criterio.

¹⁹⁷ Un ejemplo de ello es la Legislación Penal del Estado de México de fecha 6 de marzo de 1994.

Además, en algunos casos la reforma fue integral en tanto que en otros, simplemente representó el cambio de terminología (tipo penal en lugar de cuerpo del delito) y lo que es más, en algunos supuestos subsisten ambos conceptos¹⁹⁸ lo que nos parece totalmente inadmisibles y por supuesto, mayormente confuso.

Coincidimos con quienes señalan que ese proceso de adecuación ha sido sumamente difícil por la dificultad de suplir el concepto "cuerpo del delito" de tanta "raigambre" uso y comprensión",¹⁹⁹ así como de la disparidad o discrepancia conceptual en torno al concepto de "tipo penal" y de su contenido o requisitos atribuidos para su comprobación.

Los estados de Colima, Chihuahua, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Tlaxcala y Veracruz, siguen conservando el vocablo "cuerpo del delito" no obstante que en algunos artículos se introdujo el concepto "tipo penal". Además los Estados de Aguascalientes, Durango, Estado de México, Guerrero, Guanajuato, Jalisco, Nuevo León y Quintana Roo, no siguieron el criterio adoptado por el Código

¹⁹⁸ En ese sentido, el Estado de Jalisco, aún cuando habla de elementos del tipo penal en su artículo 116, del Código de Procedimientos Penales, el capítulo respectivo sigue denominándose "comprobación del cuerpo del delito"

¹⁹⁹ Bermudez Molina Estuardo, op. Cit., pág. 75.

Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos para el Distrito, en algunos casos porque no le asignaron al concepto tipo penal contenido alguno, y en otros porque el atribuido es notoriamente distinto.

Así, Aguascalientes no obstante que asigna un contenido al concepto "tipo penal", aparentemente adoptando el esquema modelo de la legislación procesal federal, en realidad de ningún modo adopta un supuesto sistema finalista, dado que no incluyen dentro del tipo a los elementos normativos; elementos subjetivos distintos del dolo; medios comisivos; exigencia de atribuibilidad del resultado; calidades de sujetos; ni al dolo y la culpa.

En cambio, los Estados de Durango, México, Guerrero, Jalisco y Quintana Roo, ni siquiera señalan cuáles serían los elementos típicos, sin embargo, se aprecia también su notoria continuación del sistema causalista tradicional pues, como en el caso de Jalisco, en las "causas excluyentes de responsabilidad" (que continúan con ese nombre en el artículo 16) la ausencia de dolo se considera como causa de inculpabilidad y no de tipo, es decir, no se prevé el error de tipo puesto que

el dolo sigue siendo considerado como elemento de culpabilidad.

Aún cuando el examen de los ordenamientos penales se haga de manera somera, se puede advertir una proclividad a continuar con un sistema causalista y en algunos casos, la interacción desorganizada de conceptos convierte a los respectivos ordenamientos en auténticos productos híbridos cuya aplicación dista mucho de ser eficaz, e incluso su interpretación confusa y contradictoria, sin duda agrava la situación caótica que incide, se insiste, en afectar la seguridad jurídica de la sociedad.

Esa situación problemática ha hecho necesario que en las diversas entidades federativas se tengan que costear cursos diversos de actualización para funcionarios públicos (Jueces, Magistrados, Defensores Oficiales) y postulantes en general, con el ánimo de lograr esclarecer el contenido y alcance de la reforma constitucional de septiembre de 1993 y sus consecuentes implicaciones en las legislaciones locales, particularmente se tuvo participación con miras a la realización de esta investigación, en un diplomado en el Estado de México, dirigido a funcionarios del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, en

coordinación con el Departamento de Posgrado de la Universidad de aquella entidad en 1994 y 1995; un seminario de actualización dirigido a integrantes de la Procuraduría de Justicia de Jalisco en febrero de 1996; ciclo de conferencias a integrantes del Poder Judicial del Estado de Jalisco en marzo y abril de 1997; así como a un diplomado especialmente diseñado por el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Guadalajara, para puntualizar el contenido y efectos de dichas reformas.

En conclusión de este capítulo podemos mencionar que a un en estos días (más de tres años después de la Reforma Constitucional), no existe ni remotamente un consenso o criterio uniforme respecto del contenido que debe asignarse a la figura del tipo penal ni siquiera respecto de su ubicación intrasistemática pues subsisten ordenamientos que lo consideran de acuerdo a la perspectiva tradicional frente a otros que pretenden hacer aplicación de criterios más modernos o evolucionados, todo lo cual se traduce en una situación preocupante que evidencia una crisis en el derecho penal de nuestro país.

CAPITULO CUARTO

"LAS DIFERENTES MANERAS DE
COMPRENDER EL CONCEPTO TIPO PENAL EN
MEXICO, POR PARTE DE LOS SUJETOS
IMPLICADOS EN LA PROCURACION E
IMPARTICION DE JUSTICIA PENAL"

Sumario.

4.1 Apuntes preliminares. 4.2 Exposición de resultados obtenidos mediante entrevistas, investigación documental de resoluciones judiciales y jurisprudencia. 4.3 Interpretación de cuadros y gráficas.

4.1 APUNTES PRELIMINARES.

Consideramos que de los capítulos precedentes se logra obtener una serie de afirmaciones concluyentes tales como la noción de los conceptos "cuerpo del delito" y "tipo penal"; la evolución histórica

jurídico -penal y, particularmente de la teoría del delito al que pertenece; las diferentes formas de conceptuarlo y concebir su contenido o estructura dependiendo de la escuela o corriente teórica desde cuya perspectiva se le mire; los diferentes usos que se han dado a la voz "tipo" dentro de la dogmática; las diversas funciones que se considera cumple como figura de carácter procesal, destacando las llamadas función garantizadora y fundamentadora o intrasistemática; igualmente hemos expuesto la forma en que, en nuestro país, sobre todo antes de la reforma, el concepto "cuerpo del delito" tenía un significado generalmente compartido por la sociedad y los sujetos y órganos implicados en la función ministerial y judicial, así como algunas de las principales consecuencias de la transición efectuada.

Pero, especialmente, consideramos que se han puesto en relieve que la aludida reforma enfrenta problemas de comprensión y aceptación, primordialmente atendiendo a la facultad soberana de las entidades federativas para admitir o no la idea de imitar el modelo de contenido referente al tipo penal por parte de la legislación federal penal y la del Distrito Federal.

Sin embargo, en el presente capítulo habremos de exponer los resultados de la investigación efectuada mediante entrevistas a diversos sujetos implicados en el ámbito de procuración e impartición de justicia; postulantes, defensores oficiales, ~~estudiantes~~ de posgrado en derecho, agentes del ministerio público, jueces y magistrados, tanto del ámbito estatal como federal. Entrevistas a base de contestación de cuestionarios aplicados al azar en tres diversas entidades del territorio nacional (Jalisco, estado de México y Zona conurbada del Distrito Federal), en distintas fechas y a lo largo de los últimos tres años.

Igualmente expondremos los resultados obtenidos del análisis de resoluciones judiciales emitidas en diversos niveles en las mismas entidades del país, así como respecto de diversos criterios jurisprudenciales de Tribunales Colegiados y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vinculados con el tema de análisis.

Lo anterior, considerándolo como un muestreo con eficacia para evidenciar las diferentes formas de entender los efectos de la reforma, particularmente en cuanto a la aplicación del referido concepto de tipo penal y sus implicaciones en las diversas legislaciones

del país, específicamente respecto de aquellas en cuya aplicación están involucradas.

4.2 EXPOSICIÓN DE RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE ENCUESTAS, ENTREVISTAS E INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

Tanto en el estado de México, como en Jalisco y la Zona Conurbada del Distrito Federal se entrevistó, en principio, a un número de 308 personas involucradas con la procuración e impartición de justicia penal, en ocasiones de manera individual y otras en grupo, dentro de aulas universitarias a nivel de posgrado, de ese número 98 eran Jueces, en su mayoría de primera instancia; 96 eran agentes del ministerio público, tanto de fuero común como federal; 54 eran postulantes y estudiantes de posgrado en materia penal; 30 eran defensores de oficio (tanto a nivel federal como local); y treinta eran magistrados también de ambos fueros.

El cuestionario aplicado fue el siguiente:

1.- Cómo definiría el tipo penal.

2.- Considera que la comprobación del tipo penal equivale o es lo mismo que la integración del cuerpo del delito.

Si () No () Otra ().

3.- Estima que la comprobación del dolo es un problema que debe atenderse a nivel de tipo, o de culpabilidad.

De tipo () De culpabilidad () Otra ().

4.- El tipo penal se integra por:

- () Elementos exclusivamente objetivos.
- () Elementos únicamente subjetivos.
- () Sólo elementos normativos y objetivos.
- () Siempre con las tres clases de elementos.
- () Siempre con elementos objetivos y ocasionalmente con normativos o subjetivos.

5.- Considera que las circunstancias agravantes (calificativas) o atenuadoras deben acreditarse en términos de los artículos 16 y 19 constitucionales.

Sí() No () Otra ().

6.- Que opina acerca de la implantación del concepto tipo penal, en México, a partir de las reformas constitucionales del 2 de septiembre de 1993.

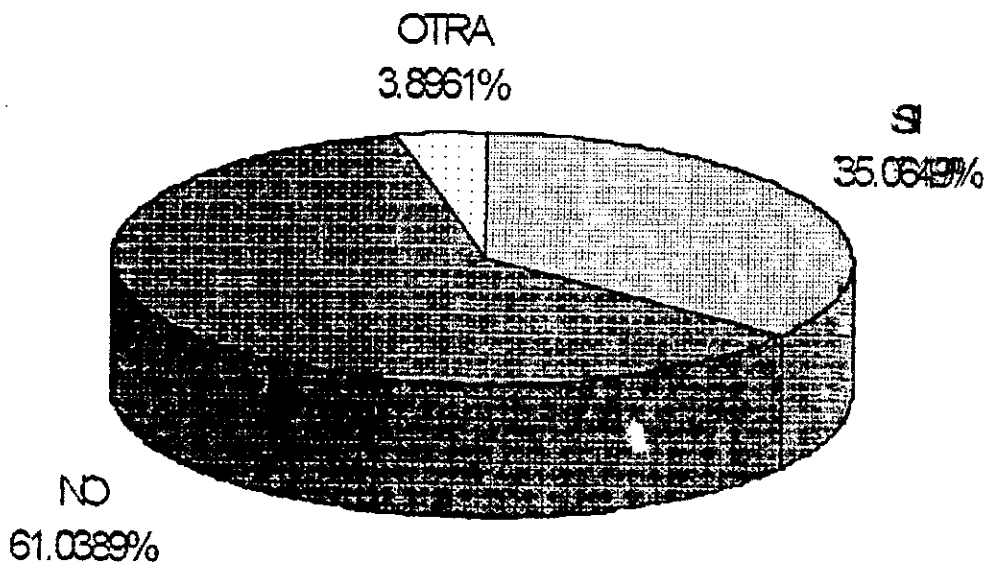
- () Resulta sumamente fácil de aplicar.
- () Resulta muy difícil de comprender.
- () Es un simple cambio terminológico e intranscendente.
- () Le ha representado algún problema en su actividad institucional o profesional.

Los resultados arrojados son los siguientes:

La primera interrogante, utilizada con la finalidad de constatar el resto de las respuestas evidencia el manejo de diversas explicaciones tendientes a definir el tipo penal, lo que da muestra de que el vocablo en cuestión es concebido de muy distintas maneras, al grado de que incluso hubo quienes sencillamente no supieron definirlo.

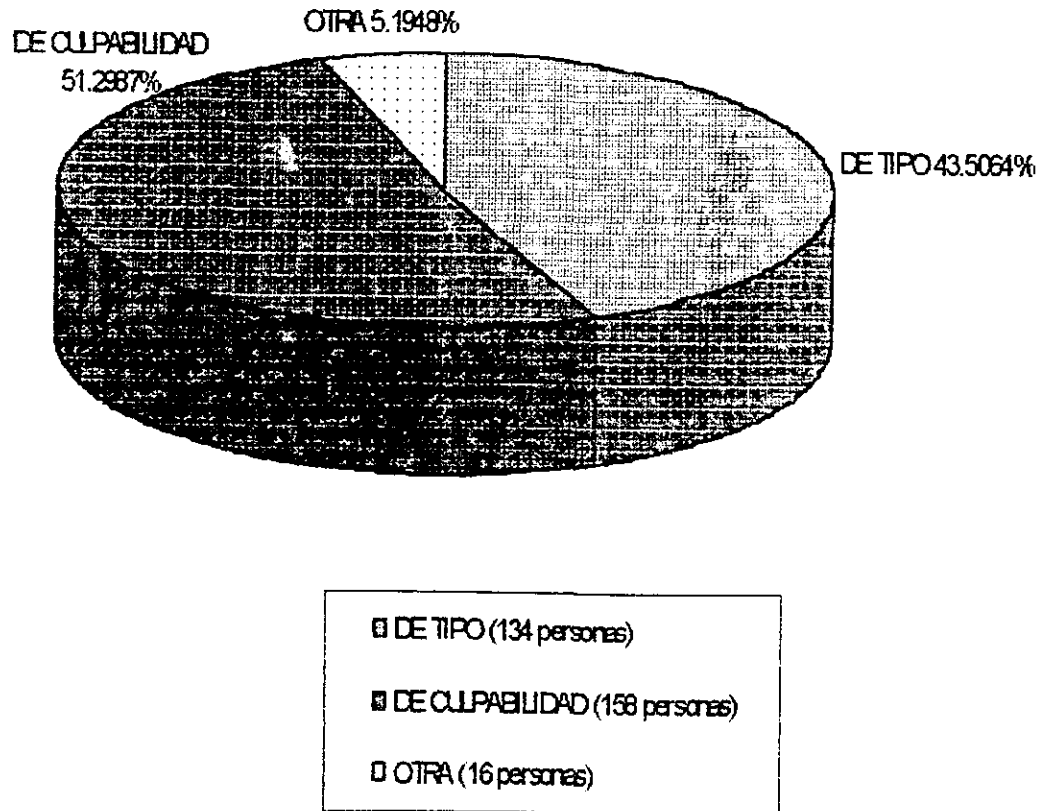
Además, a manera de ejemplo cabe mencionar que en ocasiones se definió de acuerdo con la concepción finalista, sin embargo, al responder la tercera pregunta, se mencionó que el dolo era elemento de culpabilidad, lo que evidencia el desconocimiento de la ubicación integral y sistemática del tipo de acuerdo a cada una de las escuelas controvertidas.

A la segunda pregunta, relativa a si se considera que comprobar los elementos del tipo penal es lo mismo que integrar el cuerpo del delito, 108 personas respondieron que sí; 188 dijeron que no; y 12 se inclinaron por la opción "otra".

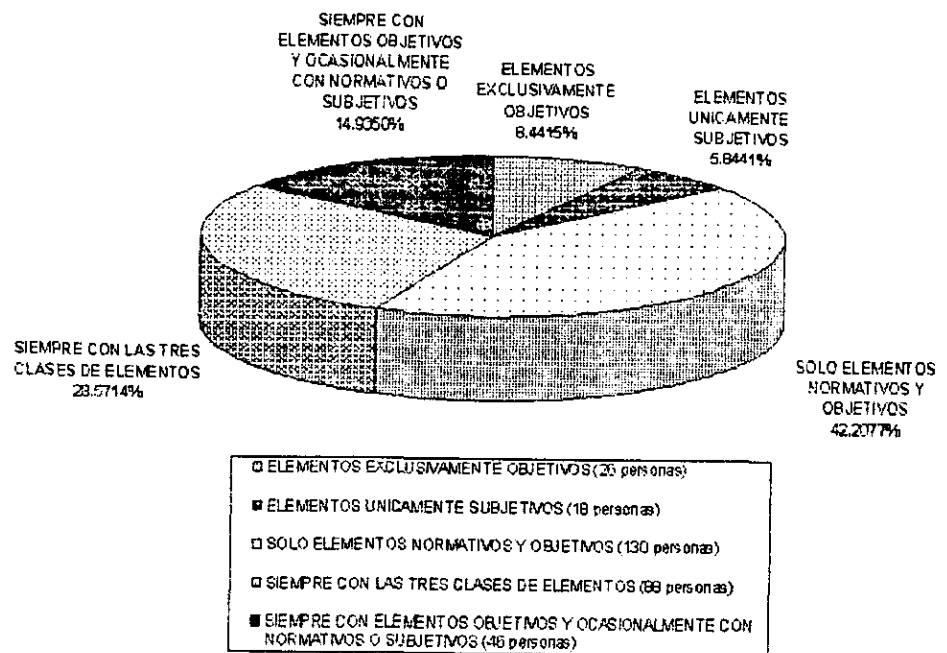


■ SI	(108 personas)
■ NO	(188 personas)
□ OTRA	(12 personas)

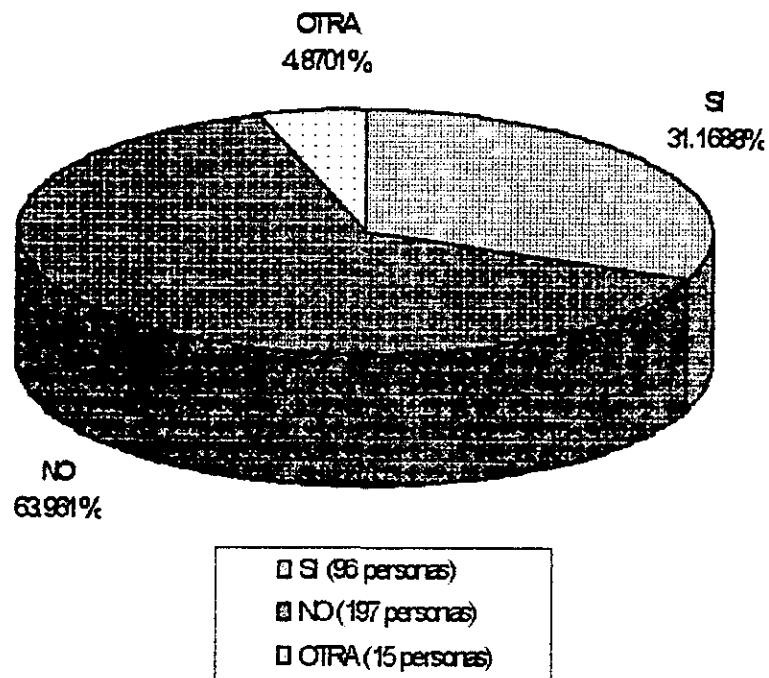
En la tercera interrogante, relativa a que si el dolo debería acreditarse a nivel de tipo o de culpabilidad, la respuesta fue: 134 personas dijeron que en el tipo; 158 manifestaron que en la culpabilidad; y 16 personas prefirieron la opción "otra".



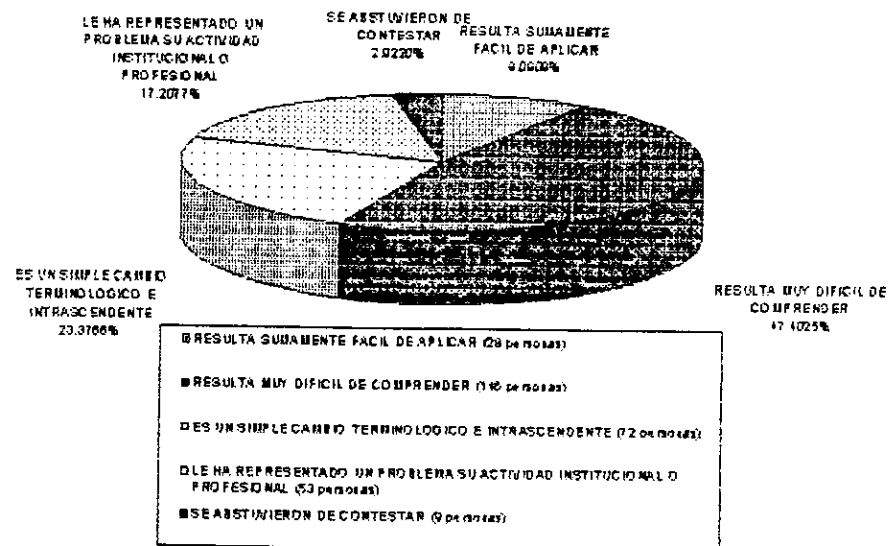
La cuarta pregunta se refirió a la clase de elementos integradores del tipo, obteniéndose los resultados siguientes: 26 personas opinaron que se integra exclusivamente por elementos objetivos; 18 entrevistados señalaron que el tipo sólo se compone de elementos subjetivos; 130 personas dijeron que el tipo penal tan sólo se conforma de elementos normativos y objetivos; 88 de los entrevistados manifestaron que siempre se integra con las tres clases de elementos; y 46 optaron por afirmar que el tipo penal siempre se compone de elementos objetivos y que sólo ocasionalmente con aspectos normativos y subjetivos.



La quinta pregunta fue la relativa a si las circunstancias agravantes o atenuantes, forman parte del tipo y, por tanto, deben acreditarse para efectos de resolver conforme a los artículos 16 y 19 constitucionales, es decir, para librar ordenes de aprehensión o dictar autos de formal procesamiento, la respuesta fue: 96 personas dijeron que sí; 197 contestaron que no; y 15 eligieron la opción "otra".



Finalmente, respecto de la pregunta número seis relativa a la dificultad para comprender el concepto tipo penal, se respondió de la siguiente forma: 28 personas señalaron que el concepto les resultaba sumamente fácil de aplicar; 146 manifestaron que resulta muy difícil de comprender. 72 respondieron que se trataba de un simple cambio terminológico irrelevante; mientras que 53 admitieron que en su actividad como servidores públicos la aplicación del concepto les ha representado problemas; en relación con esta pregunta 9 personas se abstuvieron de opinar.



De manera complementaria se realizó una segunda jornada de muestro con un nuevo cuestionario y con él se logró entrevistar a 312 personas, de las cuales 108 eran funcionarios judiciales (de juzgados y tribunales de apelación, en Jalisco, Estado de México, y Zona conurbada del Distrito Federal); 98 eran postulantes en materia penal y estudiantes de posgrado en la misma materia (U.N.A.M., U. de G., y U.A.E.M.); 36 eran defensores de oficio y 80 agentes del ministerio público.

El cuestionario aplicado es el siguiente:

1.- Considera que el concepto TIPO PENAL, a de la reforma Constitucional de 1993, es un vocablo de contenido:

- a).- Fácil de comprender, único, sencillo ().
 b).- Plurívoco, complejo, confuso ().
 c).- De conocimiento elemental por parte de cualquier profesional del derecho de nuestro país ().

2.- Considera que la distinción conceptual del TIPO PENAL conforme a los sistemas finalista y causalista es algo que se domina en nuestro país, por el grueso de los sujetos implicados en la procuración e impartición de justicia.

Sí () No ()

3.- En su caso particular, durante sus estudios de licenciatura, tuvo acceso a esos conocimientos por estar comprendidos en los respectivos programas de estudio.

Sí () No ()

4.- En su desarrollo profesional, ha encontrado que la aplicación del concepto TIPO PENAL a partir de la reforma, da lugar a un criterio:

- a).- Uniforme, único de aplicación ()
 b).- Distinto y de acuerdo a cada tribunal o juzgado ()

5.- Estima que la aplicación de esa reforma ha contribuido a lograr una mayor seguridad jurídica.

- a).- Sí ()
 b).- No ()
 c).- Por el contrario, dada la diversidad de criterios al respecto, se provoca inseguridad ().

6.- Considera que de acuerdo a la legislación del Estado, el concepto TIPO PENAL, corresponde a una estructura (contenido).

- a).- Tradicional o causalista ()
 b).- Finalista ()
 c).- Lógico-matemático ()

7.- En su opinión el dolo y la culpa son cuestiones que deben estudiarse a:

- a).- Nivel de tipo ()
 b).- Nivel de Culpabilidad ()

8.- La legislación local considera el dolo como elemento de:

- a).- TIPO ()
 b).- CULPABILIDAD ()

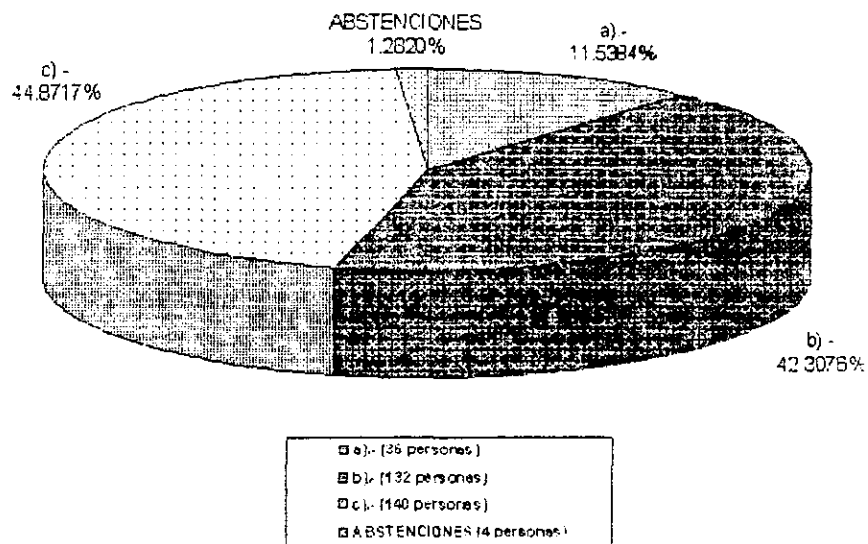
9.- Considera que la Constitución Federal al hablar de TIPO PENAL se adhiere específicamente a un sistema dogmático:

- a).- Finalista ()
 b).- Causalista (tradicional) ()
 c).- No puede ni debe adoptar sistema alguno, si no sólo cumplir una función de garantía procesal ()

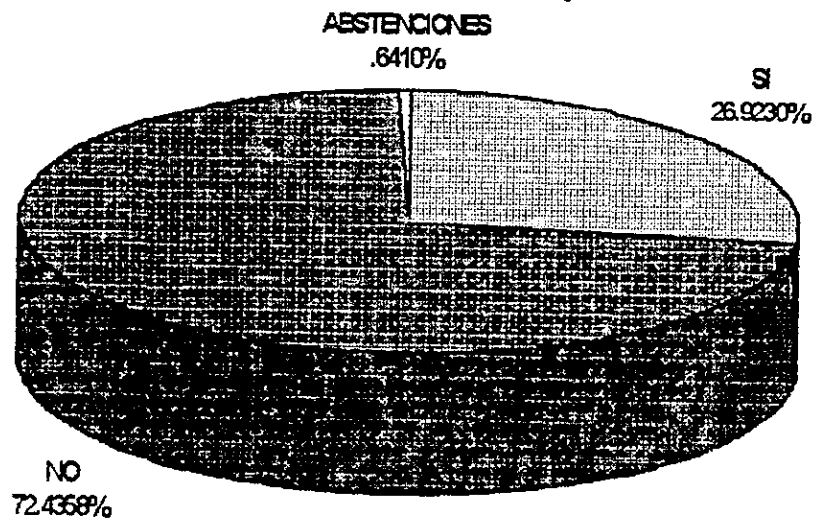
10.- Los estados de la República, están obligados a seguir la concepción finalista de TIPO PENAL adoptada por el Código Federal.

- a).- Sí pues de no hacerlo sería inconstitucional ()
 b).- No, pues existe autonomía ()

A la primera interrogante, donde se requería la opinión acerca de lo fácil o complicado del contenido del vocablo "tipo penal", con motivo de la reforma de 1993, 36 personas opinaron que es algo "fácil de comprender, único y sencillo"; 132 entrevistados dijeron que se trata de un concepto de contenido "plurívoco, complejo y confuso"; en tanto que 140 personas respondieron que se trata de un concepto "de conocimiento elemental por parte de cualquier profesional del derecho, en nuestro país".

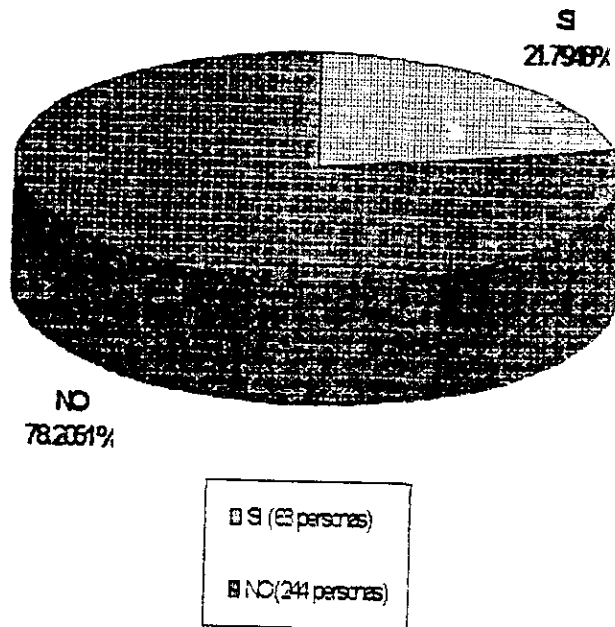


En el segundo punto de cuestionario se preguntó que si la distinción conceptual respecto del tipo penal, conforme tanto al sistema "finalista" como "causalista", era un tema de fácil dominio en nuestro país, por el grueso de los sujetos implicados en la procuración e impartición de justicia, 84 personas opinaron que sí; 226 dijeron que no; y hubo además 2 abstenciones.

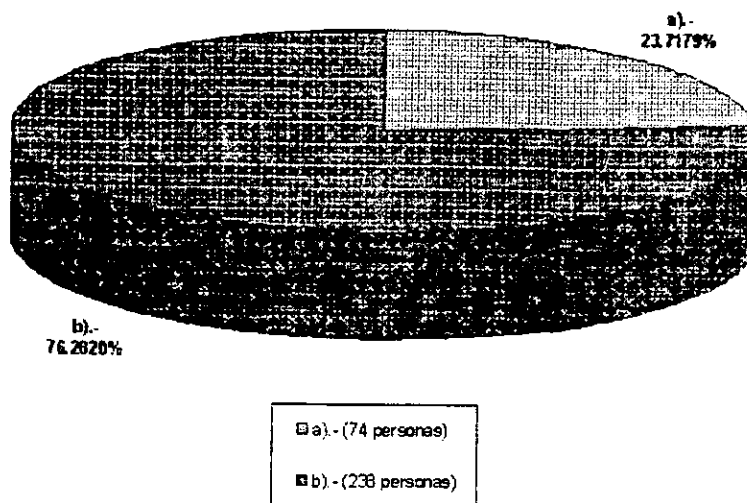


SI (84 personas)
NO (226 personas)
ABSTENCIONES (2 personas)

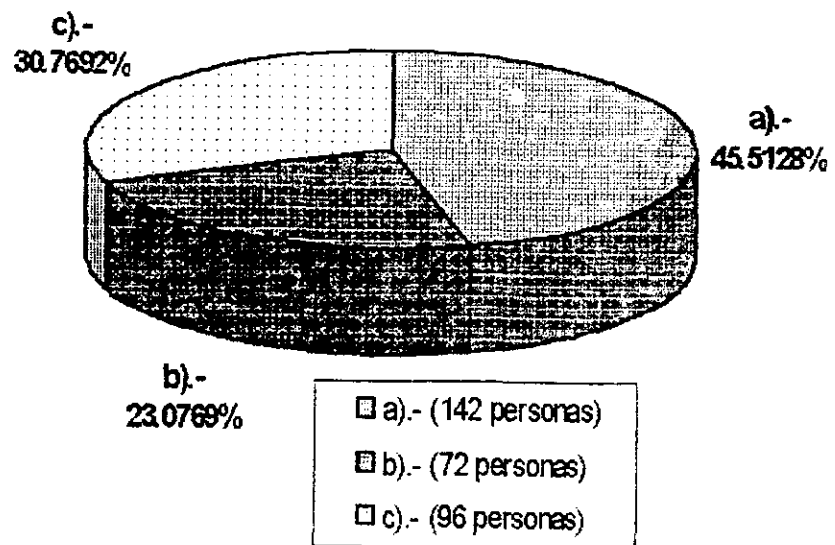
La tercera cuestión se refirió a sí durante los estudios de licenciatura, tuvo acceso a esos conocimientos (relativo a la concepción, evolución y actualización dogmática del concepto tipo penal), por estar comprendidos como objetivos de los respectivos programas de estudio, 68 personas dijeron que sí; y 244 contestaron que no.



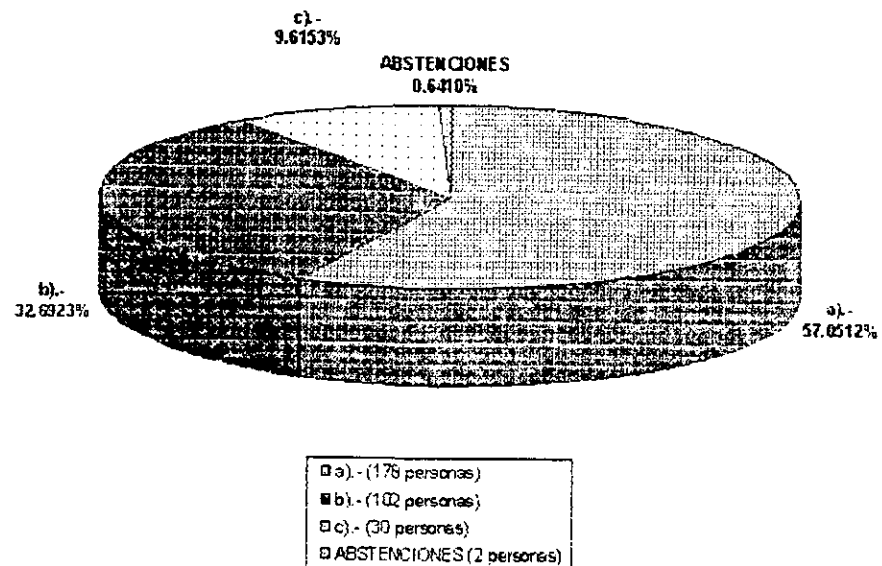
La pregunta número cuatro fue en el sentido de si el entrevistado, en su desarrollo profesional encontraba que el concepto tipo penal, a partir de la reforma constitucional de 1993, ha dado lugar a surgimiento de un criterio uniforme y único de aplicación, o distinto y variado entre los diversos tribunales y juzgados. Se respondió por 74 personas en el sentido de que en torno al tipo hay un criterio uniforme, en cambio, 238 personas opinaron que entre los juzgados y tribunales se manejan muy diversos criterios en torno al contenido de dicho concepto.



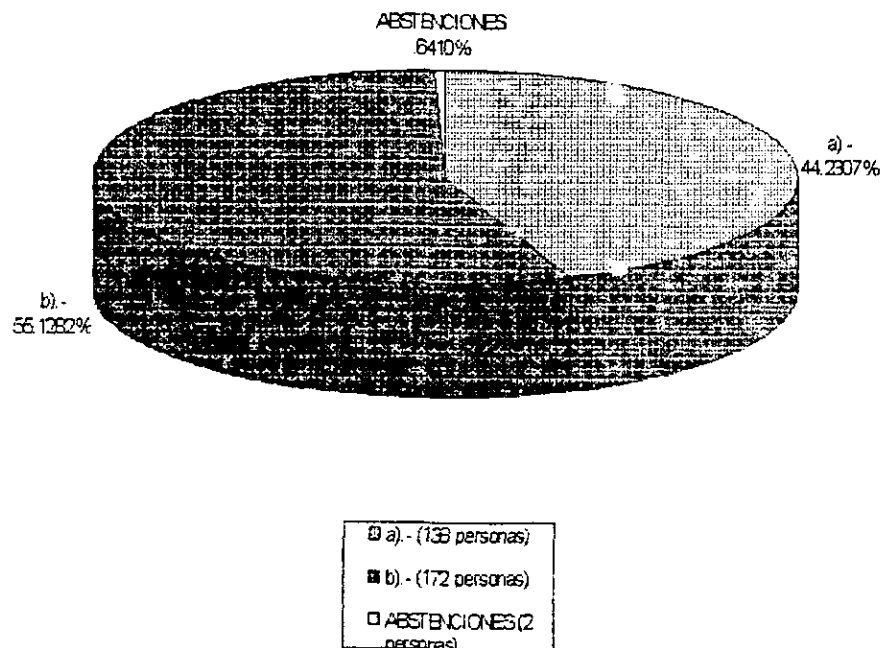
La quinta pregunta se dedicó a obtener la opinión de los entrevistados respecto de si consideraban que la aplicación del concepto, con motivo de la reforma contribuyó o no a lograr una mayor seguridad jurídica, 142 personas opinaron que sí; 72 contestaron que no; y 96 mencionaron, que dada la diversidad de criterios al respecto se provoca inseguridad.



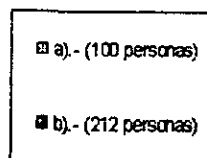
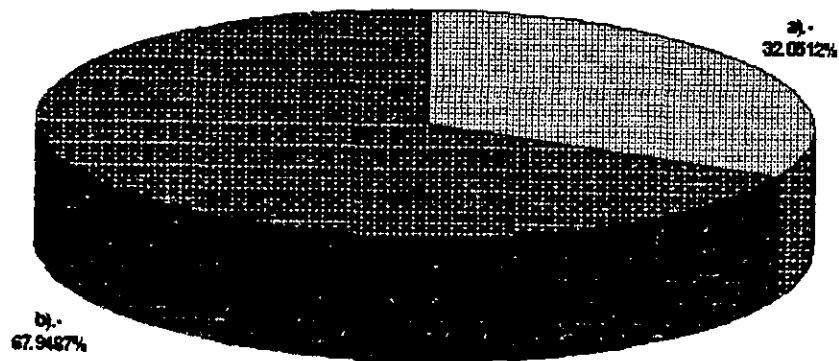
La sexta pregunta se hizo para conocer la opinión de los entrevistados respecto de la estructura o contenido del tipo penal, conforme a la legislación de los respectivos Estados de la República donde fungen como servidores públicos y donde se aplicó el cuestionario (Zona conurbada del Distrito Federal, Estado de México y Jalisco). 178 de los entrevistados estimaron que la estructura del tipo penal en su código local penal o procesal penal, seguía siendo de corte tradicional o causalista; 102 mencionaron que era de tendencia finalista; y sólo 15 dijeron creerlo de una estructura lógico-matemática.



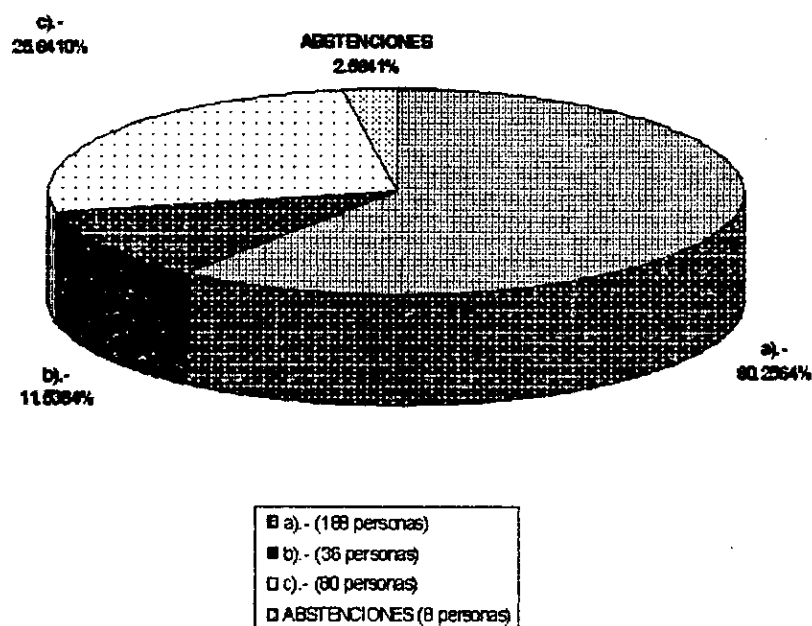
En séptimo lugar se les preguntó a los entrevistados si consideraban que el dolo y la culpa deben estudiarse a nivel de tipo o de culpabilidad y se respondió que a nivel de tipo por 138 personas; 172 dijeron que a nivel de culpabilidad; y hubo dos abstenciones.



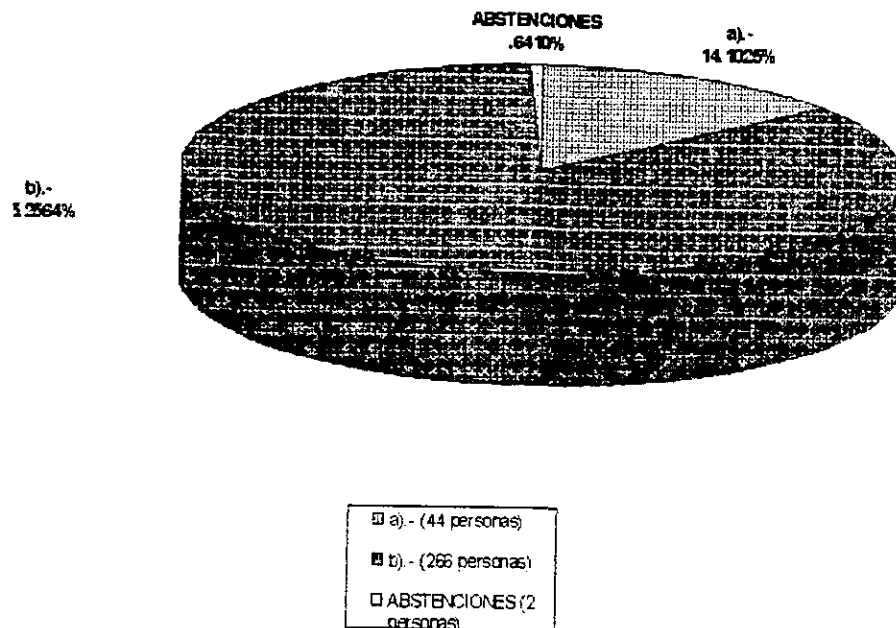
La pregunta número ocho, fue similar, pero en este caso se cuestiono acerca de la forma en que la legislación penal de las respectivas entidades comprendía al dolo como elemento del tipo o, en su caso, seguía estimando como elemento de la culpabilidad. 50 personas dijeron que como elemento del tipo penal y 212 contestaron que como integrante de la culpabilidad.



En la novena interrogante se preguntó a los encuestados si consideraban que la Constitución Federal, al mencionar al TIPO PENAL lo hace adhiriéndose específicamente a un sistema dogmático en particular. 188 dijeron que al sistema finalista; 36 personas opinaron que al sistema causalista tradicional; y 80 sostuvieron que la Constitución Federal no puede ni debe adoptar sistema alguno, sino sólo cumplir una función de garantía procesal.



Por último, en la interrogante número diez, se preguntó la opinión acerca de si los Estados de la República estaban o no obligados a seguir la concepción finalista del tipo penal adoptada por la legislación federal y del Distrito. 44 personas opinaron que sí, pues de no hacerlo, se actuaría de manera inconstitucional; 166 entrevistados señalaron que no y hubo dos abstenciones.



De la revisión cuidadosa de los resultados obtenidos, se infiere, por principio de cuentas, la diversidad de opiniones en torno a los planteamientos efectuados respecto del contenido o estructura del tipo penal.

Se advierte además que, un considerable número de entrevistados en realidad no tiene una sólida concepción dogmática del tipo, pues aun cuando dicen concebirlo de acuerdo con la teoría finalista; que con el se logra una mayor garantía y que, en su caso, su legislación local sigue ese modelo, al mismo tiempo contestaron en el sentido de que el dolo es un elemento de la culpabilidad, lo que viene a reflejar un desconocimiento inclusive sistemático de dicha figura de acuerdo a las diversas concepciones teóricas tradicionalmente controvertidas.

Se advierte también que existe un gran desconocimiento en torno al llamado modelo "lógico-matemático".

También se evidencia que no se captan cabalmente, el alcance y los efectos de la reforma penal sobre todos respecto del estudio de las llamadas circunstancias calificativas como integradoras del tipo

penal, para efectos de la orden de aprehensión y del auto de término constitucional.

Por otra parte, destaca la abrumadora mayoría de entrevistados que manifestaron no haber tenido oportunidad, en la licenciatura o estudios profesionales de abogado, de conocer siquiera la diferenciación sistemática que, en la dogmática jurídico-penal, se ha dado entre las diversas conceptualizaciones teóricas, por el hecho de que tales cuestiones no forman parte de los programas de estudio en las respectivas universidades.

Esta respuesta se constata con el simple examen de tales programas, lo que se hizo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, y la Universidad de Guadalajara, advirtiéndose que efectivamente la problemática de la dogmática en la teoría del delito, en la mayoría de los casos no se aborda con debida profundidad o continuidad, razón por la que no es de extrañar el hecho de que, precisamente a partir de la reforma constitucional de septiembre de 1993, se ha "recobrado" el interés por aumentar el análisis de esas cuestiones, favoreciendo (por la necesidad imperante) en desarrollo y aplicación de cursos, diplomados y talleres de actualización, ello como consecuencia de la comprensible preocupación

institucional, universitaria y profesional, de lograr comprender de la mejor manera los alcances de la reforma penal, para lo cual resulta indispensable conocer la naturaleza, función y contenido del concepto tipo penal, cuya aplicación entre nosotros es novedosa.

Lo grave de esa realidad es que el citado concepto se implantó nada menos que como garantía procesal penal y que todo el procedimiento penal en México gira en torno a dicha figura (como ocurrió en su momento con el de "cuerpo del delito"), de ahí que, baste el razonamiento lógico más elemental para comprender que, si los sujetos implicados en la función de procuración e impartición de justicia, y en general la aplicación del derecho punitivo, no tienen una idea clara del significado de esa figura (que forzosamente tienen que manejar a partir de la reforma), es evidente que las consecuencias de ello repercuten en general en el sistema de justicia penal mexicano que está precisamente en manos de tales sujetos. Además, si bien existe un sector (generalmente integrado de académicos e investigadores universitarios) que comprende y en algunos casos domina esa materia, subsiste aún entre ellos una diversidad de criterios y disparidad conceptual, empero ese dominio no es propio de la generalidad de las personas involucradas en el

sistema penal, lo que resulta preocupante pues tratándose de aspectos elevados al rango de garantía constitucional de proceso penal, es evidente que debería de ser no sólo del dominio de los órganos de justicia y profesionales implicados, sino incluso de dominio común lo cual, si no se había logrado con el concepto "cuerpo del delito", mucho menos ahora con el de "tipo penal".

La legislación penal también varía dependiendo de una entidad federativa a otra, por lo que esto es algo que contribuye a incrementar la densidad de la problemática derivada de la aplicación del concepto "tipo penal".

Pasaremos ahora, a exponer los resultados obtenidos del análisis de diversas resoluciones judiciales tanto del fuero común, como federal, en materia penal, así como de juicio de amparo en relación con las mismas.

Lo anterior se logró gracias al acceso que se tuvo a dichas resoluciones, como integrante de tribunales colegiados, y juzgados de distrito, independientemente de que durante 1994 y parte de 1995, se estuvo también en la Suprema Corte de Justicia, lo que

implica la revisión y estudio de resoluciones de ambos fueros e incluso del ámbito militar (esto a través del amparo obviamente).

Resulta obvio que no es la finalidad de esta exposición, el transcribir todas las resoluciones analizadas, ni siquiera un número considerable de ellas, pues ello haría prácticamente interminable el contenido de este trabajo, por ende, se hará la cita (y excepcionalmente la transcripción) de la parte del contenido de aquellas que nos parecen más significativas y que, de algún modo, representan los criterios mayormente predominantes en determinado sector de los órganos de justicia, ello no obstante que se aclare que a lo largo de los tres últimos años se ha tenido oportunidad de revisar no menos de quinientas resoluciones para los efectos de este estudio.

Empezaremos por citar dos resoluciones, de tribunales unitarios de circuito, una dictada en el Distrito Federal (primer circuito) y la otra en la ciudad de Toluca (segundo circuito), relacionadas con dos de los homicidios que a últimas fechas ha llamado la atención del público a nivel nacional, nos referimos al de un presidente de un conocido partido político

mexicano y al de un candidato a la presidencia de la República de ese mismo instituto político.

En lo que a nosotros interesa las referidas resoluciones emitidas por Magistrados federales, tienen la peculiaridad de ser antagónicas en cuanto a un punto en especial, el de considerar aplicable o no, aun después de la reforma constitucional penal de septiembre de 1993, la jurisprudencia de la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro "AUTO DE FORMAL PRISION. NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL"²⁰⁰. Dicha jurisprudencia es del tenor siguiente: "Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisa la materia de la causa seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe

²⁰⁰ Jurisprudencia número J/1ª. 4/89 emanada de la contradicción de tesis número 5/88, que aparece en la página 283 del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Torno III, enero-junio 1989, Pleno y Salas, Primera Parte.

limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, ~~sin analizar~~ modalidades circunstancias o modificativas o calificativos del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva."

Pues bien, en la primera de dichas resoluciones en la parte conducente se dijo:

..." Analizada la parte considerativa que por esta vía se impugna, así como es acervo probatorio de cargo que ha quedado referido en el considerando que antecede, se advierte que son infundados los agravios esgrimidos por la defensora del procesado DANIEL AGUILAR TREVIÑO o HECTOR RESENDIZ o JOSE ROBERTO ORTEGA, ya que en concepto de este Tribunal, las consideraciones vertidas por la Juez Instructora para haber arribado a la conclusión de que el aludido material probatorio resulto apto y suficiente para acreditar en términos de la regla y comprobación la que refiere el numeral 168 del Código Federal de Procedimientos penales, los elementos de los tipos penales de HOMICIDIO Y PORTACION DE ARMA DE FUEGO RESERVADA PARA USO EXCLUSIVO DEL EJERCITO, ARMADA Y FUERZA AEREA, así como para hacer probable la responsabilidad penal de DANIEL AGUILAR TREVIÑO o HECTOR RESENDIZ o JOSE ROBERTO ORTEGA, en su comisión, encuentren su adecuado sustento en ese acervo

probatorio, mismo que fue valorado en términos de lo prevenido en los artículos 279 y del 286 al 289 del indicado Código Adjetivo de la Materia. En efecto, las multicitadas probanzas ponen de manifiesto presuntivamente que DANIEL AGUILAR TREVIÑO o HECTOR RESENDIZ o JOSE ROBERTO ORTEGA, el veintiocho de septiembre del año próximo pasado, aproximadamente a las nueve horas con treinta minutos, en las calles de La Fragua, frente a los inmuebles del Hotel Casa Blanca y las oficinas del P.R.I. , privó de la vida a José Francisco Ruiz Massieu, cuando se encontraba en el interior de su vehículo que para tal efecto porto la pistola semiautomática, calibre 9 mm., marca intrac-tec. Matricula 07053, la cual según dictamen em materia de balística emitido por peritos oficiales, adscritos a la Dirección General de Servicios Periciales, dependiente de la Procuraduría General de la República, encuadra en el numeral 11 de la Ley Federal de Armas de Fuego, Explosivos, donde se mencionan las armas, municiones materiales para uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; lo anterior sin que hasta el momento haya demostrado ser miembro de las instituciones castrenses mencionadas.

No es óbice para llegar a la anterior conclusión. Lo alegado por la defensora(...)"

"También resulta inatendible lo manifestado por la defensa, en el sentido de que el momento de rendir su declaración preparatoria, no se hizo saber a su defensa el derecho de solicitar más tiempo par aportar pruebas en su favor para a el esclarecimiento de los hechos(...)"

"Asimismo, también resulta desacertado lo manifestado por la defensora en el sentido de

que en la especie el delito de PORTACION DE ARMA DE FUEGO RESERVADA PARA USO EXCLUSIVO DEL EJERCITO, ARMADA Y FUERZA AEREA, no quedó debidamente acreditado en autos, en tanto que su defenso debió por un período de tiempo razonablemente prolongado tener el arma afecta a la causa y que además su representado fue proveído de dicha arma(...)"

"Lo anterior es así, ya que para ~~integrar~~ los elementos del referido injusto, no es requisito indispensable, que el sujeto activo tenga por un tiempo determinado un arma de fuego, ya que acuerdo con nuestra legislación vigente, en el caso que nos ocupa, basta el simple contacto físico con el arma, para que se acredite el elemento típico de "portar"(...)"

"QUINTO.- Por otra parte, son fundados los agravios expuestos por el Agente del Ministerio Público Federal en su pedimento número 101/94, en cuanto estima que las calificativas de premeditación, alevosía y ventaja del delito de HOMICIDIO, por el que ejercitó acción penal su homologo en contra de DANIEL AGUILAR TREVIÑO, deben precisarse como parte integrante de los elementos del tipo del delito de HOMICIDIO materia de la causa que nos ocupa, así como de la presunta responsabilidad del inculpado de referencia, en el contenido del Auto de Término Constitucional.

En efecto, este Tribunal ha considerado que como consecuencia del contenido vigente del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se señala ahora en forma clara precisa que todo auto de formal prisión debe contener los datos que permitan precisar los "elementos del tipo penal del delito"

que se impute al acusado, así como aquellos que hagan probable la responsabilidad de este en su comisión, mandato que igualmente se encuentra señalado en el precepto legal 168, fracción II, del referido Código Federal de procedimientos penales. De esta suerte, resulta que a partir de las reformas introducidas a los artículos mencionados, que entraron en vigor el ocho de septiembre de mil novecientos noventa y tres y primero de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, respectivamente, es obligación legal y constitucional de todo juzgador establecer cuales son, en su integridad, los elementos integrantes del tipo delictivo atribuido al inculcado, tomando como base, desde luego, la teoría del delito, para precisar, no sólo la figura delictiva básica, sino aquélla que resulta aplicable al caso de que se trate, ya sea se refiera a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no puede perderse de vista que el Auto de Término Constitucional surte el efecto de establecer con precisión por que delito habrá de seguirse proceso a un indiciado y cuáles son los elementos constitutivos del mismo. De lo anterior resulta incuestionable que, si fuera el caso, las calificativas o modificativas también constituyen elementos del tipo penal que motiva su procesamiento, por lo que validamente se puede concluir que a partir de las reformas constitucionales y legales de referencia, no resulta aplicable ni formal ni materialmente la jurisprudencia invocada por la que al emitir la resolución apelante, bajo el rubro: "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL .", en el sentido de que el establecimiento o fijación de las calificativas del

delito, deben ser analizadas en la sentencia; habida cuenta de que dicho criterio que era aplicable antes de las multicitadas reformas, actualmente resulta inoperante a la luz del nuevo texto constitucional y legal señalados. Así las cosas, la omisión en el señalamiento de los elementos integrantes del delito calificado, implica contravenir lo señalado en los numerales 19 Constitucional y 161, fracción II del Código Adjetivo de la materia, que ahora obligan al juzgador a hacer el estudio de los elementos del delito desde el dictado del auto de formal prisión, y con ello, so sólo se causo agravio a la Representación Social Federal si no haberse incluido en el Auto de Término Constitucional las calificativas que aparecen presuntivamente configuradas y por las que ejercitó acción penal el Ministerio Público Federal, sino al propio inculcado quien debe tener noticia exacta de la materia de su proceso para su adecuada defensa. Dentro de este contexto, resulta procedente realizar el estudio de las circunstancias calificativas, a efecto de determinar cuáles de ellas aparecen acreditadas presuntivamente, en la averiguación previa correspondiente.

Ahora bien, en concepto de este Tribunal, las calificativas de PREMEDITACION, ALEVOSIA Y VENTAJA, previstas en su orden por los artículos 315, párrafo primero y segundo, 316, fracciones II, III y IV y 318, del Código Penal Federal, en la especie se encuentran presuntivamente demostradas en autos, con todas y cada una de las constancias que integran la causa penal a estudio, destacando por su relevancia las declaraciones ministeriales del propio inculcado, de fechas veintiocho y veintinueve de septiembre del año próximo

pasado, en donde manifestó, que efectivamente el día de los hechos, privó de la vida al Licenciado José Francisco Ruíz Massieu; que fue contratado por Carlos Cantú Narváez para tal fin; que al llegar a la calle de La Fragua, en compañía del referido Cantú Narváez, a bordo del vehículo de la marca Neón, tal persona le proporcionó un arma de fuego y la guardo entre sus ropas en espera de su víctima(...)"

"Probanzas que ponen de manifiesto presuntivamente que el procesado DANIEL AGUILAR TREVIÑO o HECTOR RESENDIZ o JOSE ROBERTO ORTEGA, al privar de la vida a José Francisco Ruíz Massieu el día de los hechos, reflexionó anticipadamente sobre la forma en la que cometería el delito de homicidio, es decir, calculó los medios para perpetrarlo y las demás circunstancias que pudiese aprovechar en determinado momento; que el día del evento se encontró en condiciones de superioridad respecto del hoy occiso, ya que por una parte, el indiciado de referencia portaba un arma de fuego y por otra, estaba acompañado de Carlos Cantú Narváez, situación que representó un estado de desventaja para aquel, dado que debilitó su grado de defensa; y que además acecho a su víctima, para sorprenderla de improviso, sin dar lugar a que aquel pudiera repeler la agresión. En esta orden de ideas, resulta procedente modificar el resolutivo primero de la resolución apelado, para considerar al procesado DANIEL AGUILAR TREVIÑO o HECTOR RESENDIZ o JOSE ROBERTO ORTEGA, como probable responsable de la comisión del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR HABERSE COMETIDO CON PREMEDITACION, ALEVOSIA Y VENTAJA, por las que ejercito

acción penal el Agente del Ministerio Público Federal(...)".

De esta primer ejecutoria podemos opinar lo siguiente: Aun admitiendo que es correcto el sentido que contiene, dado que se dictó en relación con un delito de competencia federal y, en consecuencia con aplicación del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, de cuya estructura se advierte que efectivamente el legislador federal determinó como elementos del tipo, también las circunstancias o formas de comisión, donde bien pueden incluirse las calificativas, atenuantes o agravantes; estimamos que dicha resolución tiene fundamentalmente tres problemas, a saber: en primer término resulta criticable la manera como en ella se afirma que, a partir de las susodichas reformas "es obligación legal y constitucional de todo juzgador establecer cuales son, en su integridad, los elementos integrantes del tipo delictivo atribuido al inculpado, tomando como base, desde luego, la teoría del delito, para precisar, no sólo la figura delictiva básica, sino aquélla que resulta aplicable al caso de que se trate, ya sea se refiera a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no puede perderse de vista que el auto de término constitucional surte el efecto de establecer con precisión por qué delito habrá de seguirse proceso a un

indiciado y cuáles son los elementos constitutivos del mismo. De lo anterior resulta incuestionable que, si fuera el caso, las calificativas o modificativas también constituyen elementos del tipo penal (...)"

Lo criticable de tales afirmaciones proviene del hecho de que únicamente son parcialmente verdaderas.

En efecto, si bien es cierto que a partir de la reforma, "todo juzgador" tiene la obligación de atender al concepto "tipo penal", por haber sido incrustado en los artículos 16 y 19 constitucionales, y que ello se haga tomando como base la teoría del delito (a donde pertenece el concepto), ello no significa que el finalismo o el modelo lógico matemático tengan el monopolio de la verdad absoluta en cuanto a la descripción del contenido del tipo, lo que implícitamente se está afirmando de manera extralimitada en la resolución que se analiza, pues si bien el Código Federal de Procedimientos Penales que en ella se analiza efectivamente permite considerar a las calificativas dentro del tipo y, consecuentemente, de obligado estudio no sólo para el formal procesamiento sino incluso para el libramiento de órdenes de aprehensión, eso no quiere decir que lo mismo ocurriera y acontezca con el resto de las legislaciones Penales de la

República, de ahí que la afirmación implícita de que a partir de la reforma todo juzgador este obligado a considerar a las calificativas dentro del tipo sólo sea válida en tratándose de la legislación penal federal, del Distrito y de aquellos Estados que se decidan por seguir ese modelo.

Por las mismas razones, la afirmación de que la jurisprudencia anterior, que impedía el análisis de las calificativas al momento de resolver el término constitucional, haya quedado superada, obsoleta o inaplicable, como consecuencia de la reforma, también será una afirmación exclusivamente válida para el mismo grupo de legislaciones. Además debe aclararse que, contrariamente a lo sostenido en la sentencia revisada, esa inaplicabilidad de la jurisprudencia surge no como consecuencia de la reforma constitucional, pues ya aclaramos que en la constitución no se adopta ningún sistema dogmático en particular y, por ende, no se asigna ningún contenido específico al concepto de tipo penal, sino únicamente como efecto de la reforma de aquellos códigos ordinarios (como el Federal y el del Distrito), en donde se asigne un contenido tan amplio al tipo penal, que conforme a él se incluyan también las calificativas.

Lo anterior significa que la citada jurisprudencia anterior de la Corte sigue incluso en la actualidad teniendo plena vigencia y aplicación respecto de todos aquellos procedimientos penales que se rijan por ordenamientos en los que no se ha adoptado todavía el modelo seguido en el centro del país y en donde incluso se asigna al concepto tipo penal un contenido igual al que se otorgaba al de "cuerpo del delito", consecuentemente, no es factible (ni aun ahora, a más de tres años de la reforma constitucional y legal) denominar a esa jurisprudencia como obsoleta o inaplicable, pues esa inaplicabilidad, como se ve, sólo es parcial.

El segundo de los problemas que advertimos en tal resolución es el de que ni remotamente se toma en cuenta el grave afecto derivado de incluir las calificativas en el tipo, y que consiste según apuntamos antes, en el supuesto que se presenta cuando después de afirmar desde el término constitucional, la existencia de un tipo penal en el que se incluyen calificativas, al llegar a sentencia se demuestre que tales circunstancias de comisión no existieron, es decir, que algunos de los considerados como elementos del tipo, en la resolución del término, realmente no se comprueban, lo que conlleva, irrefutablemente, a la

actualización de la causa de exclusión del delito prevista en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, con la consecuente impunidad que ello acarrea.

El tercer punto criticable a dicha ~~sentencia~~ es el de que, como fundamento para afirmar la ~~inclusión~~ de las calificativas en el tipo, se hace uso de la añeja clasificación relativa a los tipos penales básicos en contraposición a los subordinados o complementados. La utilización de tal argumento para llegar a considerar las calificativas dentro del tipo, es un error de naturaleza sistemática derivado de una ~~confusión~~ entre los postulados de las diversas teorías, pues precisamente al incrustar todos los factores de comisión (incluyendo agravantes o atenuantes), que individualizan en el mundo concreto una determinada conducta atribuida al inculpado, como componentes de igual valor dentro del tipo, se hecha mano de la llamada concepción del tipo personal de injusto, lo que acarrea que, bajo esa concepción, todas las hipótesis posibles de ejecución (tentativa, inducción, prestación de auxilio, valerse de otro para ejecutar un acto, etc.) pasan a ser tipos penales perfectamente autónomos e independientes, por sí mismos, razón por la cual deja

de tener sentido seguir hablando de distinciones entre tipos básicos y complementados.

De esa confusión deriva precisamente la grave consecuencia de impunidad a la que nos hemos referido, pues la ley, en el artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal, no distingue entre elementos del tipo básico y el complementado y, por ende, sin distinción conforme a la redacción actual de los ordenamientos que siguen ese diseño, la falta de cualquiera de los componentes produce la indemostración del tipo penal tan personal y específicamente considerado.

La segunda de las sentencias materia de estudio, se pronunció en el segundo circuito y en ella, por el contrario se sostuvo el criterio de no incluir, para efectos del formal procesamiento, las calificativas dentro del tipo penal.

Dicha resolución, en lo medular dice:

..."El artículo 19 Constitucional, antes de la reformas publicadas en el Diario Oficial el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, exigía, como uno de los requisitos para decretarse formal prisión en contra de un inculpado, que los datos arrojados por la

averiguación previa fuesen bastantes para comprobar el cuerpo del delito. A partir de la fecha indicada, en el actual artículo 19 de la Carta Magna efectivamente, se sustituyó el término el cuerpo del delito por la expresión tipo penal del delito, la cual, sin discusión tiene un sentido distinto de aquél".

"Sin embargo, el concepto tipo penal es una expresión plurívoca, habida cuenta que tanto la ciencia penal tudesca, en general, y, en particular, el finalismo, invocado por la Representación Social, especialmente su creador Hans Welzel la emplean con diversos significados".

"En efecto, ya en mil novecientos seis Ernesto von Beling, en su obra Die Lehre vom Verbrechen (La doctrina del crimen), elaboró por vez primera el concepto de tipo, considerándolo como la descripción exterior de los elementos de tipo del delito, es decir, como la descripción de elementos meramente objetivos, considerados como tales aquellos para cuya comprobación no se requiere la indagación de aspectos anímicos del sujeto. Además de objetivo, el tipo tenía carácter valorativamente neutral. Siguiendo el desarrollo de la teoría del tipo se cita frecuentemente a Max Ernesto Mayer, quién coincide con Beling en que el tipo es objetivo y valorativamente neutro, sin embargo, al descubrir los elementos normativos (que al contrario de los objetivos, que son perceptibles sensorialmente, sólo pueden determinarse mediante una valoración), acepta estos como pertenecientes al tipo, pero con la reserva de estimarlos como "cuerpos extraños" dentro del tipo penal valorativamente neutro, denominándolos "elementos impropios del tipo

penal". Posteriormente H. A. Fisher, Hegler, también M. E. Mayer y Mezger encontraron que en muchos casos la antijuridicidad de la conducta depende de la dirección de la voluntad del autor, esto es, de factores subjetivos, que fueron denominados elementos subjetivos de lo injusto. Y, como el tipo, para estos autores, describe lo injusto, se aceptaron como datos pertenecientes al tipo. Como consecuencia, la conducta adecuada a un tipo se considera antijurídica salvo que aparezca alguna causa de justificación. Por su parte Claus Roxin, yendo más allá de la anterior concepción, afirma que el tipo penal representa un tipo de disvalor incondicionado o definitivo o, dicho en otros términos, contiene no solamente los elementos que fundamentan la antijuridicidad del hecho sino también los que la excluyen. Por eso, para Roxin, las causas de justificación son elementos negativos de lo que el denomina "tipo total" (del injusto)".

"Welzel, en cambio, cuya postura merece mención en párrafo aparte considera que el concepto de tipo es múltiple. "En su sentido más amplio- escribe el que fue profesor de Bonn significa el tipo total es decir, la totalidad de los presupuestos de punibilidad" (derecho penal, parte general, Roque de Palma Editor, Buenos Aires 1956, página 61). Este tipo penal comprende: a) tipo en sentido estricto, que se constituye con todos los factores que caracterizan la conducta antijurídica; a su vez el tipo en sentido estricto o núcleo de lo injusto contiene un aspecto objetivo (tipo objetivo) y otro subjetivo (tipo subjetivo) en el cual inserta al dolo; b) la culpabilidad y; las condiciones de punibilidad, (Op. cit. Pág. 62)".

"En lo que se refiere a nuestra Legislación Penal Federal , en ella se aprecia que el vocablo tipo tampoco tiene un sentido único, habida cuenta que, mientras el Código Penal, en los artículos 9, que define el dolo, y 15, fracción VIII, inciso a), que reglamenta el error de tipo, alude al tipo penal en el sentido de tipo penal objetivo, pues de otra manera no podría cumplir su función reguladora del dolo y del error, el Código Adjetivo lo utiliza en un sentido procedimental, con un alcance más amplio, según se explica en seguida".

"Este Organismo Jurisdiccional coincide con la Agente del Ministerio Público Federal en cuanto al aserto de que cuerpo del delito y tipo penal del delito son nociones diferentes".

"La primera corresponde a la construcción de Beling, en su primera época quién, según se dijo en líneas anteriores sostenía que el tipo sólo captaba elementos de carácter objetivo. En cuanto al tipo penal del delito, a que se refiere el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, sí hay coincidencia con el tipo en el sentido estricto del finalismo, pues para Welzel se constituye tanto con datos de carácter objetivo como subjetivo (incluso en estos últimos el dolo), o, lo que es igual, con todos los factores que fundamentan la ilicitud de la conducta; en tanto que en el precepto antes indicado (no se cita el artículo 19 constitucional, en atención a que en él no se le da un contenido conceptual al término tipo penal del delito), se aprecia que los elementos del tipo penal tienen índole tanto objetiva como subjetiva (entre éstos se introduce el dolo o la culpa) y también normativa e, incluso, en el inciso h) del antepenúltimo párrafo queda abierta la

posibilidad para recoger "las demás circunstancias que la ley prevea", con lo que es evidente que en el Código Procedimental el tipo comprende todas aquellas circunstancias que determinan antijuridicidad de la conducta".

"Ahora bien, que el tipo penal contenga datos objetivos, subjetivos, normativos y los demás que prevea la ley (las llamadas por Zimmerl circunstancias concomitantes), de ninguna manera autoriza a considerar que las calificativas de premeditación, alevosía y ventaja sean elementos del tipo, no obstante que deban estar precisadas en la ley para poder grabar al autor, pues su función se reduce únicamente a darle mayor densidad antijurídica al hecho (esto en el supuesto de que no afecten directamente a la culpabilidad), pero no son elementos de existencia o fundamentación de la ilicitud de la conducta y por eso su ausencia deja incólume el citado carácter antijurídico de la conducta; el homicidio sigue siendo homicidio, concurran o no agravantes o atenuantes".

"Según la reducción al absurdo, que es el procedimiento lógico más ingenioso del intelecto humano, en vez de demostrar que una tesis es verdadera, se invierte la dirección natural del pensamiento y se comienza por afirmar la tesis contraria para demostrar después que sus consecuencias conducen a lo absurdo. Ergo: La otra es verdadera".

"Aplicando el procedimiento ab absurdum, el estimar las calificativas como elementos del tipo conduciría a la consecuencia inaceptable de que su ausencia haría aplicable en la fracción II del artículo 15 del Código Penal, que establece la exclusión del delito cuando "falte alguno de los

elementos del tipo penal del delito de que se trate".

"Luego entonces tanto las atenuantes como las agravantes al ser factores de determinación o graduación de la sanción, deben examinarse, no en la teoría del delito, sino en la teoría de la pena. Por vía de consecuencia, su análisis es ajeno al momento de resolverse sobre una orden de aprehensión o respecto de la formal prisión, pasando a ser objeto de consideración cuando se pronuncie la correspondiente sentencia, siempre que la Representación Social las invoque y razone en sus conclusiones acusatorias".

"Así, contrariamente a lo sostenido por la Agente del Ministerio Público Federal, las tres palabras rectificadoras del Legislador no han convertido en maculatura al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la nación, por lo que sigue siendo aplicable la jurisprudencia que, bajo el rubro AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL (...)".

La sentencia antes transcrita nos parece sumamente interesante, ya que de ella se advierte un adecuado manejo de la evolución dogmática del tipo penal, al tiempo que se sostiene la aplicación del criterio jurisprudencial relativo a que las calificativas no deben estudiarse para resolver sobre el término constitucional (criterio que como indicamos debe seguir respetándose en tratándose de todos aquellos Estados cuya legislaciones no asignaron al concepto tipo penal

un contenido que incluya las formas especiales de ejecución o calificativas), pero particularmente nos llama la atención el hecho de que en ella se vaticinó la serie de complicaciones que traería consigo el concebir, indiscriminadamente, como elementos del tipo, las calificativas, cuando en nuestro país sigue subsistiendo un procedimiento penal con una resolución provisional de término constitucional y una etapa de instrucción previa a la sentencia, con la incongruencia de exigir desde el auto de término, la precisión del "tipo penal" (con todo y calificativas), para iniciar apenas la etapa instructiva, y tener que emitir sentencia sin posibilidad legal de reclasificación ulterior.

Esa contradicción de criterios se presentó en toda la República, dando lugar a la contradicción de tesis número 42/96 entre las suscitadas por un Tribunal Colegiado del Sexto circuito, que al interpretar el artículo 83 del Código de defensa Social del Estado de Puebla (que implícitamente siguió el modelo de la legislación federal), sostuvo que las calificativas sí deben analizarse a nivel de tipo y de término constitucional; y por otra parte, el criterio de un Tribunal Colegiado del Décimo Noveno circuito, que al interpretar la legislación de Tamaulipas, opinó lo contrario.

La citada contradicción fue resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, el 12 de febrero de 1997,²⁰¹ y, en lo conducente, en ella se consideró lo siguiente:

... "SEGUNDO.- Si existe contradicción de criterios entre los tribunales Colegiados del caso, en atención a lo siguiente:

El Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, al resolver el Amparo en Revisión No. 679/95, promovido por ERNESTO SANCHEZ FLORES, expuso en la parte conducente de su resolución, lo que en seguida se pasa a reseñar:

Que la jurisprudencia en que se apoyó el correspondiente Juez de Distrito bajo el rubro: "AUTO DE FORMAL PRISION NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", resulta obsoleta e inaplicable al encontrarse superada por las reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales, en donde el legislador sustituyó el término de "cuerpo del delito", por el de "elementos del tipo penal".

Que así mismo, en concordancia con la indicada reforma al artículo 19 Constitucional, igualmente fue reformado el artículo 83 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla.

Que en este orden de ideas, resulta que ya desde el auto de formal prisión deben precisarse e incluirse las circunstancias modificativas

²⁰¹ De esta resolución destaca además que el Ministro ponente fue precisamente la misma persona que como magistrado unitario, dictó la primera de las sentencias analizadas en este apartado, de donde deriva tal vez la coincidencia de criterio.

atenuantes a agravantes que concurran en la comisión del delito, pues estas también habrán de ser materia de prueba por parte de la acusación, para tratar de acreditarlas en cumplimiento de la función que al Ministerio Público encomienda el artículo 21 Constitucional, así como parte de la defensa, para tratar de probar que no concurrieron en el caso concreto que se analicen: que de no actuarse de esta manera se estaría infringiendo la garantía de defensa que el artículo 14 Constitucional consagra en favor del indiciado, ya que se le estaría dejando en estado de indefensión al no tener noticia exacta y completa de la acusación para estar en posibilidad de desarrollar adecuadamente los actos de defensa. Que además a la luz de la citada legislación del estado de Puebla, la expresión elementos del tipo es más amplia que la de "cuerpo del delito", y por tanto al prevenir ahora el artículo 19 Constitucional reformado, que deben examinarse los elementos del tipo, deben analizarse precisamente dichos elementos, entre los que se incluyen los medios utilizados por el agente del delito para llevarlo a cabo.

Por otro lado, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, al fallar el Amparo en Revisión No. 260/95, promovido por GENARO MONTES FLORES, en lo que aquí interesa destacar, formuló las siguientes consideraciones: Que el Juez de Distrito del caso, sostuvo en su resolución, que el Juez responsable al resolver la situación jurídica del quejoso, modificó la tipificación del delito con respecto a la planteada por el Ministerio Público, debido a que el fiscal investigador no invocó la agravante prevista en el artículo 407, fracción IX, del Código penal del

Estado (de Tamaulipas); que por otro lado, dicho Juez Federal expuso que el Juez de Instancia no estaba capacitado legalmente para introducir elementos o modalidades que no hayan sido motivo de la acusación cuando sean agravadores de la situación del inculcado, a que el juzgador invadiera la órbita del Ministerio Público.

Con relación a lo anterior, puntualiza el Colegiado de referencia, que **no le** asiste la razón al indicado Juez Federal, dado que la responsable al resolver la situación jurídica del inculcado, si se encuentra autorizado para variar la clasificación que el Ministerio Público consignador haya hecho del tipo penal que a su criterio se encuentre acreditado en autos; que lo anterior el Juez de Instancia **no** vulnera norma alguna toda vez que no se está en el momento procesal de entrar al estudio de la acusación del Ministerio Público; que en lo referente a la negativa del Juez natural a conceder al inculcado la libertad bajo caución, resultó correcta pues se basó en los hechos consignados en la averiguación previa, ya que "si bien al momento de dictar el auto de formal prisión no es dable la juzgador sentar las calificativas de los delitos, pues ello debe ser materia de prueba durante el procedimiento, sí es posible que aprecia tales circunstancias para proveer sobre el beneficio caucional, con independencia de lo que se resuelva al dictar sentencia".

De las precedentes consideraciones de los tribunales Colegiados en cita, se obtiene pues que, en tanto que uno de ellos (el tercer tribunal Colegiado del Sexto Circuito) sostiene que al dictarse el auto de formal prisión el Juez Natural debe estudiar la situación agravante incluyéndola como parte del tipo penal (es decir,

las calificativas), el otro (el segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito), sostiene que al dictarse el aludido auto de prisión preventiva no es dable tomar en cuenta las calificativas de los delitos, pues ello debe ser materia de prueba durante el procedimiento.

Es pertinente puntualizar aquí que aún cuando este último Tribunal Colegiado estima en su tesis que, al resolver sobre la libertad caucional, el Juez puede apreciar las calificativas de los delitos, sin embargo sostiene en contradicción con el criterio del otro Tribunal Colegiado, que en el procedimiento penal, al momento de dictar el auto de formal prisión, no es dable al juzgador sentar las calificativas de los delitos, pues ello debe ser materia de prueba durante el procedimiento. En otras palabras, aunque el indicado Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito admite que en tratándose de la cuestión de la libertad caucional, el Juez puede apreciar las calificativas de los delitos, sin embargo esta misma consideración no la aplica por lo que atañe a la emisión del auto de prisión preventiva, y por lo tanto, es evidente la referida contradicción de criterios.

TERCERO.- Habiéndose determinado que existe la contradicción de tesis denunciada, esta Primera Sala se evoca a dilucidar cual es el criterio que debe prevalecer con el carácter de jurisprudencia.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, se reformaron entre otros, los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma que por lo que atañe a estos preceptos, entró en vigor al día siguiente de su publicación;

lo que implicó en el aspecto que aquí interesa, que el concepto tradicional del "cuerpo del delito" cedió su lugar al diverso concepto de "tipo penal".

En efecto, por una parte, en el párrafo segundo del primero de los numerales citados, se prevé ahora que: *"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 del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado"*. Así mismo, por otra parte, en la primera parte del primer párrafo del segundo de los preceptos referidos, se estatuye 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"*.

Así las cosas, resulta que antes de la reforma de referencia, el criterio para integrar el entonces llamado cuerpo del delito era el de tomar en cuenta solamente los denominados elementos objetivos o sea aquellos tendientes a demostrar la existencia del hecho delictivo desde un plano meramente externo, perceptible fácticamente. Fue precisamente en esta tesitura que llegó a establecerse el criterio jurisprudencial correspondiente que concebía al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad de la

figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Ahora en cambio, con la aludida reforma, con la expresión "elementos del tipo penal" se entiende que dichos elementos comprenden tanto aspectos objetivos como también los subjetivos, de tal manera que en el acreditamiento de los elementos del tipo penal deberá tomarse en cuenta según sea 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; y, 11.- Las demás circunstancias que la ley prevea, entre las que se cuentan precisamente las modificativas atenuantes y agravantes.

Es oportuno referir aquí que como natural secuela de que el Poder Revisor de la Constitución abandonó la anterior concepción de cuerpo del delito por la de tipo penal, entonces en atención a la supremacía de la Constitución Federal y en congruencia con el sentido y alcances de la indicada reforma Constitucional, varios ordenamientos procesales en la materia, establecieron mediante las reformas respectivas, precisamente los elementos integrantes del tipo penal del delito. Así por ejemplo, esto aconteció con el Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículos 122 y 297), así como también con el Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social en el Estado de

Puebla (artículo 83); en la inteligencia de que lo anterior no acontece con el Código de Procedimientos penales del Estado de Tamaulipas, pues continúa haciendo referencia al "cuerpo del delito".

Dentro de este contexto, esta Primera Sala considera que atendiendo al sentido y alcances del actual contenido de la parte conducente del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son según el delito de que se trate, los elementos integrantes del tipo delictivo atribuido al inculcado, para determinar no sólo la figura delictiva básica, sino aquella que se configure en el caso de que se trate, ya sea que se refiera a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el auto de prisión preventiva surte el efecto de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso a un inculcado y por tanto deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso las modificativas o calificativas.

En este orden de ideas, se arriba a la conclusión de que ya no resulta aplicable ni formal ni materialmente, por haber quedado superada por la multicitada reforma al artículo 19 Constitucional la Resolución emitida por la anterior Primera Sala de este Alto Tribunal, al fallarse la Contradicción de Tesis No. 5/88, entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito, el tres de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, por mayoría de cuatro votos y aprobada en la Sesión Privada de

la indicada Sala del día cinco de junio de ese mismo año de mil novecientos ochenta y nueve, por unanimidad de cinco votos, consultable en con el número J/1^a. 4/89 en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación correspondiente a la Octava Epoca, página 59, cuyo rubro es:

"AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL ", en la primera parte de su texto, que reza como sigue:

"Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre al base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello, todo juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado, sin analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia respectiva"(...)".

"En razón y función de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que en la presente contradicción de tesis debe prevalecer con el carácter de Jurisprudencia, el criterio que ahora emite al respecto esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que además de resolver la contradicción de tesis planteada entre el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado

del Décimo Noveno Circuito, implica por razón obvia, el apartamiento por esta Primera Sala del criterio que sobre el tema de contradicción venía sustentando esta misma Sala en su anterior integración.

Así pues la tesis que debe prevalecer con el carácter de jurisprudencia, es la siguiente:

"AUTO DE FORMAL PRISION, LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES: 'AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL ; QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.- La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye 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 probable la responsabilidad de éste'. Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, atribuido al inculpado, los elementos del tipo penal, a fin de que se quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además

de ser el caso, se configure o profile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito 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 advierta por el juzgador, que surjan".

Como indicamos en párrafos anteriores, la citada jurisprudencia "reciente", de la actual Primera Sala del Máximo Tribunal del País, a nuestro entender, adolece de diversos defectos, o al menos, puntos discutibles o criticables.

Por principio de cuentas es obvio que, al corresponder al mismo criterio sustentado por el Tribunal Unitario del Primer Circuito, cuya sentencia invocamos al principio de este apartado, relativo a que las calificativas sí forman parte del tipo penal y que deben analizarse al resolverse sobre el Término Constitucional, determinando también que esa es obligación de "todo juzgador", pues a esta jurisprudencia le corresponderán igualmente las observaciones, aclaraciones y críticas que ya se hicieron al opinar respecto de la sentencia en cuestión.

Sin embargo, respecto de la citada jurisprudencia haremos dos críticas específicas y adicionales, precisamente en función de su carácter de tesis jurisprudencial con lo que ello implica.

Consideramos que tal resolución probablemente no surge de una auténtica contradicción de tesis, lo cual incluso pondría en predicamento su autenticidad y fundamento legal como jurisprudencia en términos de los artículos 192, 193 y demás relativos de la Ley de Amparo.

Lo anterior se afirma puesto que en el propio texto de la resolución de la Sala, en la parte final del párrafo quinto del considerando tercero, expresamente se reconoce que mientras el Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de Puebla, recoge también el mismo modelo seguido por la legislación federal, el Código de Tamaulipas "sigue haciendo referencia al cuerpo del delito".

Lo anterior es sumamente grave, pues si como hemos dejado en claro, el concepto cuerpo "del delito" subsiste en las legislaciones locales que no siguieron el modelo federal, sólo puede seguirse comprendiendo de acuerdo con la postura tradicional o causalista y,

consecuentemente, con un contenido exclusivamente material como lo dispone la jurisprudencia llamada "anterior", es evidente entonces que, conforme a esa legislación de Tamaulipas (que como se indicó tiene la facultad soberana de conceptuar el tipo penal como estime pertinente y no forzosamente conforme al modelo seguido por la legislación del Distrito), las calificativas sencillamente no pueden considerarse incluidas en el tipo, y por consiguiente, para esa legislación (así como para todas aquellas que mantengan la misma condición) seguirá siendo aplicable la jurisprudencia que dispone que las calificativas no deben estudiarse en la formal prisión sino sólo hasta la sentencia definitiva.

Luego, si los Códigos de Puebla y Tamaulipas, no son iguales, por no asignar el mismo contenido al concepto de tipo penal, no puede decirse que exista una auténtica contradicción entre las tesis de los Tribunales Colegiados "contendientes", derivadas de la lógica interpretación de preceptos legales diametralmente distintos.

Esa es la primera crítica que consideramos merece la aludida resolución, y del mismo problema se origina la segunda, que es precisamente lo que

consideramos incorrecta afirmación de que "todo juzgador" (expresión con que implícitamente se involucra a toda autoridad judicial del país) esté obligado a estudiar las calificativas en el tipo y, por ende en el auto de formal prisión.

Esa afirmación, contenida en la resolución en estudio, se demuestra con el hecho de que el rubro de la jurisprudencia resultante de la "contradicción", se extralimita, es decir, pretende abarcar generalmente la obligatoriedad a nivel nacional, sin darse cuenta que eso no es posible, pues en todo caso, ese criterio sólo puede ser obligatorio respecto de la aplicación de aquellas legislaciones penales procesales que, como la federal otorguen un contenido de tanta amplitud, para comprender también las calificativas. No reconocerlo así y pretender lo contrario, implica un atentado contra el sistema federal de competencias y la correspondiente soberanía de las Entidades de la República Federal en que aun vivimos. Principio que constituye una de las bases fundamentales de nuestro sistema constitucional y que la Suprema Corte de Justicia también está obligada a respetar y, por disposición de la propia Constitución, es el órgano supremo encargado de su custodia y salvaguarda .

Para culminar con la cita de criterios jurisprudenciales en relación al problema del tipo, citaremos también la tesis sostenida por un tribunal del Décimo Séptimo Circuito (con residencia en Chihuahua).²⁰²

"ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL, EL TERMINO ELEMENTOS DEL DELITO A QUE ALUDIA EL TEXTO DEL, ANTES DE LAS REFORMAS DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 1995 Y EL TERMINO ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO, A QUE ALUDE A PARTIR DE DICHA REFORMA, PARTICIPAN DE LA MISMA NATURALEZA. Si bien es cierto que el anterior texto del artículo 19 constitucional establecía que para dictar un auto de formal prisión debían precisarse y analizarse los elementos materiales del delito y que en el texto actual del referido artículo 19 constitucional se habla de elementos integradores del tipo penal, no menos cierto es que esos términos (materialidad del delito y elementos integradores del delito), participan de la misma naturaleza, es decir tienen el mismo significado, tan es así que el texto actual del artículo constitucional en comento de cualquier modo obliga a la autoridad judicial a precisar y examinar los elementos materiales del tipo penal del delito de que se trate."

La cita de este criterio basta para evidenciar lo controvertido y polémico del tema, además pone de manifiesto también la particular afición de omologar o

²⁰² Tesis publicada bajo el número "XVII, 2º. 4 p., en la página 519 del Tomo II, Novena Época, septiembre de 1995, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Editorial Themis, México 1995.

considerar la equivalencia entre "materialidad del delito" y elementos integradores del tipo penal, lo que según hemos demostrado resulta correcto pero únicamente desde la perspectiva del sistema tradicional causalista, pero de ningún modo bajo la óptica del finalismo.

A continuación citaremos brevemente algunos otros criterios judiciales que demuestran la diversidad de opiniones respecto del concepto de tipo y, particularmente en relación a su contenido y forma de acreditarlo.

... "ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.- Los elementos del tipo penal del delito CONTRA LA SALUD, en su modalidad de POSESION DE PSICOTROPICOS (METANFETAMINA), previsto y sancionado por los artículos 193 y 195, primer párrafo, del Código Penal Federal, por el cual ejercitó acción penal el Agente del Ministerio Público Federal en contra del inculpado(...)"

"Son los siguientes: a) la existencia de estupefacientes, psicotrópicos, sustancias o vegetales a que se refiere el artículo 193 del Código Punitivo Federal, b).- que dichos narcóticos sean poseídas por el sujeto activo del delito, sin satisfacerse los requisitos exigidos por la ley, y c).- que tal actividad se realice por el sujeto activo del delito, con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del cuerpo de leyes en cita(...)"

"Debidamente valorados los anteriores medios de convicción, de conformidad a lo dispuesto por los

artículos 279 y del 284 al 290 del Código Federal de procedimientos Penales, y tomando en consideración su enlace lógico, jurídico y natural, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución, merecen plena eficacia probatoria, siendo por ello considerados datos aptos, suficientes y bastantes para acreditar los elementos del tipo penal sometido a estudio, pues es de concluir que el día doce de diciembre de mil novecientos noventa y seis, aproximadamente a las diecisiete horas con veinte minutos, sobre la calle de Colón, a la altura del Instituto mexicano del Seguro Social en Ciudad Guzmán, Jalisco, un particular mantuvo dentro de su radio de acción y ámbito de disponibilidad inmediata, pequeños fragmentos de color café, con peso neto aproximado de ocho gramos, nueve miligramos, que analizados por el perito oficial, resultaron ser metanfetamina, sustancia considerada como psicotrópico del grupo II del artículo 245 de la Ley General de Salud vigente, mismos que tenía repartidos en trece bolsitas de plástico transparente, con la finalidad de llevar a cabo alguna de las conductas previstas por el artículo 194 del Código penal Federal, sin que en ningún momento hubiese acreditado que dicha posesión la llevó a cabo satisfaciendo para ello los requisitos exigidos por la Ley(...)"

"Con esos medios de prueba, el Juez Federal consideró acreditados los elementos del tipo penal contra la salud, en la variante de posesión de psicotrópicos (metanfetamina), previsto y sancionado por el artículo 195, primer párrafo, del Código Penal Federal, así como la plena responsabilidad de José Luis Chávez en la comisión de ese antisocial, en la modalidad anotada, pues estimó (foja 137 vuelta), que la droga materia del asunto, repartida en trece bolsitas de plástico transparente, el encausado la poseía con la finalidad de realizar alguna de las

conductas ilícitas previstas por el artículo 194 del Código penal Federal.

Esa determinación es ilegal, porque a los captores sólo les constó el hallazgo de la droga en poder del activo. Esto es, los aprehensores se enteraron de una posible compraventa del enervante afecto, a través de una denuncia telefónica anónima, pero del parte informativo (fojas 4 y 5) no se advierte que el encausado, al momento de su detención efectuara o pretendiera efectuar alguna de las conductas ilícitas previstas por el numeral 194 del Código penal Federal.

Ahora bien, es verdad que el acusado José Luis Chávez reyes, ante el Fiscal federal (fojas 17 a 20), manifestó; que un sujeto llamado Andrés Facundo le propuso vender "cristal" entre sus conocidos, que el mencionado le daría a sesenta pesos el gramo, para revenderlo en setenta y cinco pesos; que Facundo le entregó dos gramos de "cristal", y los pagaría hasta venderlos; que únicamente pudo vender un gramo de ese estupefaciente en setenta y cinco pesos; que consumió el otro gramo; que después le entregó el referido dinero a Andrés, y le dio otros once paquetitos con "cristal en piedra", así como una "piedra de cristal", para partirla; que no pudo vender ese enervante y por eso, el doce del referido mes, alrededor de las catorce horas, se dirigía al domicilio de Andrés, para devolverle e "cristal"; que durante el camino lo interceptaron elementos de la Policía Judicial Federal; que lo registraron; y que en la bolsa del pantalón, le encontraron trece envoltorios con "cristal" y eran los mostrados.

Esa manifestación del activo, en relación con la venta del "cristal", jamás se corroboró con prueba alguna, pues ya se vio, a los aprehensores únicamente les constó el hallazgo del narcótico, pero el encausado en su declaración preparatoria

(foja 34), negó haber poseído el enervante asegurado, con la intención de venderlo.

Así las cosas, como las constancias del sumario no acreditaron que el acusado poseyera el narcótico asegurado con el propósito de comerciar con el mismo(...)"

"En apoyo de lo anterior, tienen aplicación las tesis jurisprudenciales 90 y 121, consultables en los Apéndices 1917-1985 y 1917-1995, respectivamente, en las páginas 201 y 68, que dicen: "DELITO, CLASIFICACION DEL.- Para que la "clasificación del delito por el cual se dictó el auto de formal prisión, "pueda variarse en la sentencia, es requisito indispensable que se trate "de los mismos delictuosos(...)"

Se trata de una sentencia de apelación en la que se revoca la consideración del Juez federal, respecto del acreditamiento de los elementos del tipo penal del delito previsto en el artículo 195, primer párrafo, que contiene como elemento específico de carácter subjetivo la "finalidad" de destinar la droga poseída a la realización de alguna otra variante delictiva.

Según se advierte, mientras el Juez estimó acreditado ese elemento con base en la prueba inferencial, el superior sencillamente opinó lo contrario "reclasificando en sentencia" como si su elemento sólo pudiera acreditarse mediante prueba directa. Además, cita una tesis que habla de reclasificar en sentencia tratándose de los mismos hechos, empero, esa

posibilidad ha dejado de existir conforme a la legislación federal, (a pesar de que quién emitió tal fallo parece ignorarlo), en donde al recogerse un contenido personalizado del tipo, ya no es posible esa "reclasificación" pues el tipo atendido en la formal prisión debe ser el único objeto de juicio, esto es, si se acredita o no, pero sin pretender efectuar reclasificaciones que ahora carecen de fundamento.

En ese contexto y con el ánimo de evitar transcripciones, señalaremos ahora tan sólo aquellos aspectos que estimamos sobresalientes de las diversas resoluciones analizadas.

Así, tenemos por ejemplo el problema vinculado con el artículo 199 del Código Penal Federal, pues mientras algunos consideran que se trata de una excusa absolutoria, independientemente de la acreditación del tipo; otros opinan que ante su presencia, por falta de punibilidad no se acredita ya la totalidad de los elementos típicos, es decir, se considera la imputabilidad como elemento del tipo.

Otra problemática advertida, consiste en la consideración tradicional de que los delitos contra la salud, constituyen una sola infracción y que las

diversas variantes sólo son relevantes para la individualización de la pena.

La cuestión radica en que ese criterio era sostenido por la Suprema Corte desde ~~hace~~ más de diez años, sin embargo, han dejado de tener aplicación en virtud de la reforma a la legislación penal federal, pues ahora, tanto atenuantes como agravantes, de acuerdo con esa legislación se insiste, forman parte del tipo, conformándolo como tipo independiente y autónomo; por lo que esos criterios no deberían ser ya utilizados sin embargo, algunos jueces y magistrados federales los siguen utilizando, lo que implica el desconocimiento de los alcances que la reforma penal tuvo en esos específicos ordenamientos.

Lo mismo puede decirse de algunos de los delitos previstos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, donde la diferencia en calibres de armas, por ejemplo (objeto específico del tipo) da lugar a tipos autónomos o independientes.

Por tanto, resulta desacertado el criterio que siguen sustentando algunas autoridades federales, al considerar irrelevante el que se acredite o no la clase de arma objeto de ella portación y afirmar que esa

diferencia en el objeto (arma de fuego de características específicas) sólo trasciende para efectos de graduar la pena estimando de todas formas acreditada la conducta típica. Lo incorrecto de tal opinión radica en que, conforme al texto actual del artículo 168 del Enjuiciamiento Penal Federal, la demostración de la acción está vinculada a la clase de arma u objeto portado, por ende no será la misma conducta típica la portación de uno u otro de los artefactos pues precisamente en las diferencias entre los diversos objetos de posible portación, radican las distinciones entre las descripciones típicas que innegablemente son independientes.

4.3 INTERPRETACION DE CUADROS Y GRAFICAS.

Sin duda los resultados obtenidos mediante las entrevistas representan una muestra de las diferentes formas en que los sujetos implicados en la función ministerial y jurisdiccional, conciben los efectos de la reforma y aunado al examen de las resoluciones que se lograron acumular, contribuye todo ello a conducirnos a reconocer que, la reforma constitucional penal en cuestión, ha dado paso a una época tal vez transitoria

pero que, sin lugar a dudas pone en crisis al sistema de justicia penal en nuestra nación, provocando verdadera inseguridad jurídica y efectos tanto de impunidad como de injusticia.

CAPITULO QUINTO

"NECESIDAD DE CONTAR CON UN CRITERIO UNIFORME EN CUANTO AL CONTENIDO DEL TIPO PENAL Y SU UBICACIÓN CONGRUENTE CON LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA PENAL EN MEXICO."

Sumario.

5.1. Breve referencia a los fines del derecho; 5.2 La metodología para la creación y modificación de normas jurídicas; 5.3 La posibilidad de unificar los códigos penales a nivel nacional y la necesidad de conseguir la congruencia con la estructura básica del procedimiento penal mexicano.

5.1 BREVE REFERENCIA A LOS FINES DEL DERECHO.

Es común leer o escuchar que los fines del derecho se concretizan en las ideas de justicia y seguridad jurídica como presupuestos del llamado bien común.

Creemos acertada tal aseveración puesto que efectivamente *la justicia y la certidumbre jurídica tienen un lugar relevante en el desarrollo de la vida social.*²⁰³

En consecuencia, no resulta admisible la existencia de sistemas jurídico-políticos en los que impere la inseguridad o incertidumbre respecto de las normas jurídicas, pues de ser así se impide al gobernado el acceso pleno a un auténtico estado de derecho y justicia.

Algunos autores²⁰⁴ señalan que en ocasiones aparentemente existe contradicción entre la realización de la justicia y la seguridad jurídica, siendo frecuente la propuesta de que, ante tal conflicto, debe lucharse por la justicia.²⁰⁵

²⁰³ Ponce De León Armenta, Luis, "Metodología del Derecho", Segunda Edición, Ed. Porrúa, México 1997. Pág. 2.

²⁰⁴ Courture, Eduardo J., citado por Ponce De León Armenta, Luis, Op. cit., nota 1.

²⁰⁵ Idem. Pág. 65.

Para Luis Ponce de León, ese conflicto es sólo aparente y resulta como consecuencia *de aplicar legislación injusta, deficiente, no adecuada al derecho como ciencia.*²⁰⁶

Agrega el mencionado autor que cuando al aplicarse una norma jurídica general a un caso concreto, se advierte contradicción entre los valores justicia y seguridad jurídica, se esta en presencia de una norma jurídica inadecuada, formalmente jurídica pero con vicios y deficiencias de origen.

Louis le Fur, J. T. Delos, Gustav Radbruch y A.J. Carlyle,²⁰⁷ analizando el tema no desde una mera perspectiva jurídica sino con la visión filosófica que implica, admiten a la postre, que toda discusión en torno al tema de los fines del derecho debe partir del reconocimiento de la búsqueda de una finalidad de bien común.

Nosotros estimamos que ese bien común, que debe ser fin de la creación legislativa misma, conlleva a exigir a los creadores de la ley, la observancia cabal de tal principio y el conocimiento indispensable para

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle, "Los Fines del Derecho, bien común, justicia, seguridad" U.N.A.M., traducción de Daniel Kuri Breña, Tercera edición, México 1997.

cumplir con esa función en miras de una auténtica necesidad de la colectividad, es decir, el legislador está obligado a fortalecer con su obra jurídica el sistema de derecho para el mejor y debido desarrollo de la comunidad, más no como una mera actividad inmeditada e irresponsable, dejando en manos de personas que no alcanzan a comprender (o no quieren hacerlo) la verdadera problemática social a la que la norma estará dirigida.

En el caso de México, creemos que los efectos derivados de la reforma constitucional penal, bien merecen reflexionar sobre la eficacia de la modificación misma y, en su caso, sobre su posible adecuación o perfeccionamiento, ante el cada día mayor reclamo social por un sistema de justicia que evite la inseguridad jurídica en todas sus manifestaciones.

Por tanto, si resultan palpables algunos de los efectos negativos producidos por la reforma en cuestión, la sociedad mexicana no debe permanecer inamovible ante la afectación de sus estructuras jurídicas, sino que, por la vía de la investigación y la reflexión jurídica, deben propiciarse los medios para corregir lo corregible y suprimir los aspectos ineficaces de la creación legislativa de referencia.

Es evidente pensamos, que esos fines de justicia y seguridad jurídica, dentro de un contexto de bien común, no podrán alcanzarse mientras en torno al concepto "tipo penal" subsista la actual situación caótica por la diversidad conceptual y de opiniones en torno a su contenido.

De donde surge como necesidad impostergable, la de encontrar los mecanismos para que, siguiendo con la evolución modernizadora, en la medida de lo eficaz, se instrumenten los mecanismos para lograr la uniformidad de criterios respecto del concepto tipo penal utilizado por la Constitución Federal como garantía procesal penal, pero además, buscando que ese concepto sea congruente con la general estructura del procedimiento penal de nuestro país.

5.2 LA METODOLOGIA PARA LA CREACION Y MODIFICACION DE NORMAS JURIDICAS.

Es evidente que en el proceso de creación y modificación legal deben de tomarse en cuenta, además de la realidad social a la que se dirigen, con todas sus

implicaciones, aspectos tales como los siguientes: a) Lo determinante del lenguaje legal; b) La estructuración de los artículos legales y la sistematización de un texto.²⁰⁸

Como lo refieren Frisch Philipp y González Quintanilla,²⁰⁹ la existencia de leyes en que se contengan conceptos no exactamente concretizados o de categoría unívoca, pueden calificarse como conceptos "extrapositivos" que permiten interpretaciones de contenidos muy distintos, incluso contrapuestos entre si, por tanto al no contarse con un concepto unívoco sino ambiguo, sobre el que deben pronunciarse los órganos judiciales es evidente que no podrán formarse conceptos generales aplicables a la interpretación de las normas de esa especie. *La ambigüedad o relatividad del concepto legal dificulta el método interpretativo.*

También pueden presentarse casos de conceptos no concretizados o plurívocos *a causa de que el legislador omite la legislación exacta de un contenido normativo.*

²⁰⁸ Frisch Philipp Walter, y González Quintanilla José Arturo "Metodología Jurídica en Jurisprudencia y legislación", Ed. Porrúa, México 1992, págs. 159-187.

²⁰⁹ Idem. Pág. 187.

Se dice también que resulta indispensable controlar la ambigüedad de ese tipo de conceptos pues de lo contrario se afecta directamente la seguridad jurídica, al grado de que puede dudarse incluso de la constitucionalidad de la utilización de este tipo de preceptos legales que lejos de contribuir a los fines de seguridad atentan contra ellos.

La utilización de criterios especializados en la creación o reforma de las leyes, en este caso penales, sin duda corresponde a la necesidad de actualización de los sistemas jurídicos, pero esa tarea es sumamente delicada pues la incapacidad de asesores o falta de auténticos criterios técnicos y especializados produce efectos trascendentales en todo el ordenamiento jurídico, llegándose por ejemplo al establecimiento de conceptos y criterios contradictorios con el sistema integral de justicia.

Para la creación y modificación de las normas jurídicas la metodología utilizada, debe partir del reconocimiento que la materia de creación o modificación es nada menos que la principal expresión del derecho. Se admiten para este fin los métodos: histórico, comparativo, sociológico y científico, pero la deficiente comprensión y aplicación metodológica por

parte de los órganos creadores de la ley, ha dado lugar a una legislación desarticulada con notorias deficiencias productoras de efectos inegablemente negativos, además, el problema fundamental de vicios de calidad de la ley se refleja en que esta se aleja de los tradicionales valores y *contenidos del derecho como ciencia de la realidad donde se aplica y de la propia experiencia en el tiempo y en el espacio.*²¹⁰

5.3 POSIBILIDAD DE UNIFICAR EL CODIGO PENAL A NIVEL NACIONAL.

Como se indicó antes, de acuerdo al sistema federal de competencias vigente en nuestro país, cada estado de la República tiene facultad de otorgarse su propia legislación penal, tanto sustantiva como procesal esto incrementa el problema de inseguridad derivado de la aplicación, a nivel constitucional, de un concepto plurívoco y susceptible de receptuar diversos contenidos de acuerdo con las distintas concepciones dogmáticas existentes en el campo de la teoría del delito.

²¹⁰ Ponce De León Armenta, Luis, Op. Cit., pág. 66.

Como lo refiere Jorge Carpizo,²¹¹ tradicionalmente esa facultad de las entidades federativas ha sido respetada por la Constitución Federal, de manera que cualquier sugerencia de unificación legislativa suele calificarse como una tendencia centralizadora en perjuicio de las entidades federativas que para algunos representa un ataque al sistema federal.

Coincidimos con el citado autor en el sentido de que de lograrse una unificación, en lo que a nosotros interesa en la materia penal, no se afectaría en nada dicho sistema, destacándose la práctica de otro tipo de sistemas, que en su momento si afectaron al sistema federal y que sin embargo no encontraron obstáculo alguno.

La necesidad de contar con un concepto único sobre el contenido del tipo penal es evidente y uno de los medios para lograrlo sería la citada unificación en favor de la cual se pueden citar las siguientes argumentaciones.

²¹¹ Carpizo Jorge. "Estudios Constitucionales". Op. Cit., Págs. 142 y siguientes.

De acuerdo con el maestro Alcalá- Zamora y Castillo,²¹² la existencia de múltiples códigos genera situaciones de desigualdad en el país; en los países en donde se ha realizado la unificación se ha producido un gran adelanto en la doctrina científica, citándose a Brasil como ejemplo de unificación de códigos procesales; al existir diversos códigos, de cualquier forma suelen coincidir en múltiples aspectos, razón que justifica la unificación; el régimen federal no necesariamente presupone la existencia de múltiples códigos pues existen varios países federalistas (Alemania, Venezuela, Brasil...) con código penal único.

En relación con esa inquietud el maestro Raúl Carrancá y Trujillo se pronunció en favor de ello.²¹³

Jiménez de Asúa en alguna ocasión también recomendó para nuestro país un sólo código penal.²¹⁴

Destacan igualmente las ponencias presentadas por Olga Islas de González Mariscal y Carlos Kuri Assad en el congreso nacional de procuradores de

²¹² Alcalá- Zamora y Castillo, Niceto. "Unificación de Códigos procesales mexicanos tanto civiles como penales". Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo X, números 37-40, 1960, págs. 297-304.

²¹³ Carrancá y Trujillo Raúl, citado por Jorge Carpizo. Op. Cit., pág. 145, nota 83.

²¹⁴ Ídem. Nota 84.

1963,²¹⁵ en donde se hacen interesantes pronunciamientos en favor de la unificación.

Suele concluirse en torno a este tema que el problema de la unificación es de índole político y no jurídico, pues desde el punto de vista legal no existe inconveniente para ello, y por el contrario, en relación con el tema de este trabajo, sería entonces posible que una sola tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera el problema vinculado con el contenido del tipo penal, a nivel nacional, lo que en la actualidad no acontece, es decir, que el máximo tribunal del país no puede solucionar el problema derivado de la reforma asignando un solo contenido al concepto de tipo, mientras que en uso de su soberanía emanada del sistema federal de competencias, las entidades federativas adopten diversas opiniones teóricas para asignarle significado a tal concepto.

En consecuencia, otra solución posible al problema de la diversidad conceptual derivada de la aplicación del vocablo tipo penal, es la de reconocer el estado de cosas resultante de ese sistema federal de competencias y asumir una actitud de respeto frente a cada una de las legislaciones penales de los estados

²¹⁵ Ibidem.

que atribuyan al concepto el contenido que estimen pertinente, con la consecuente subsistencia de todos aquellos criterios jurisprudenciales que resultaran, relativos a la interpretación de la respectiva legislación materia de estudio en cada caso.

Una tercera hipótesis de solución al problema, la constituiría la modificación al artículo 73 de la Constitución Federal a fin de asignar al legislativo federal la facultad exclusiva, si no de la creación de todos los ordenamientos penales del país, si al menos la de emitir una ley reglamentaria de la propia Constitución en que se fincaran las bases del proceso penal en México.

Lo que resulta indiscutible, es que cualquiera que fuese la solución adoptada, esta debe hacerse en respeto estricto al sistema constitucional vigente a fin de que el contenido del tipo penal, en su caso, sea congruente con las bases estructurales del procedimiento penal mexicano en donde subsiste, para bien o para mal, la división de etapas dentro de las que destacan la de preinstrucción o término constitucional y la de instrucción misma, así como la de la figura denominada prisión preventiva derivada de lo que resulta ser un indiscutible juicio provisional.

CAPITULO SEXTO

"CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES"

A manera de conclusiones del presente trabajo, consideramos pertinente, en principio, dar respuesta a la hipótesis fundamental y consecuentemente a todas aquellas interrogantes que se plantearon al inicio de esta investigación, pudiendo afirmar entonces lo siguiente:

El concepto tipo penal es plurívoco respecto y en relación con él subsiste en nuestro país un estado caótico de interpretación debido a la diversidad conceptual que le caracteriza.

Luego, si esto es así, al haber sido utilizado a nivel de garantía procesal penal en los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, por necesidad lógica ello produce una afectación al principio de seguridad jurídica que de acuerdo a la propia Constitución prevalece en México como garantía de legalidad en el artículo 14 de la misma Ley Fundamental en donde se

contiene el apotegma *nullum crimen sine lege, nullum crimen sine poena*.

Establecido lo anterior, podemos ahora responder a las interrogantes iniciales, de la siguiente manera:

1.¿Existe en México un sistema de gobierno republicano o auténticamente federalista? La respuesta sin duda debe de ser afirmativa, porque así lo establece la Constitución Federal vigente, no obstante que se reconozca la realización de actos tendientes a desconocerlo así, o que implícitamente atentan contra el principio en cuestión.

2.¿Tienen los estados de la República verdadera autonomía para legislar en materias no reservadas a la federación? También debe ser afirmativa la respuesta que se de a esta interrogante, pues formal y materialmente existe esa facultad aun cuando algunas legislaciones locales lo ignoren o, por asumir una posición cómoda prefieran adherirse por inercia a la obra legislativa proveniente del centro del país.

3.¿La creación legislativa de las normas penales de aplicación local, es facultad de los estados o de la

federación? Sin duda es a cada estado a quien compete la facultad de proporcionarse su legislación penal de aplicación local.

4.¿ La determinación del contenido del tipo penal, en cada estado, y siguiendo la concepción dogmática que prefiera (tradicional o finalista) es legal y constitucionalmente posible? Afirmativa debe ser también la respuesta, pues de acuerdo con la estructura constitucional del país y al mencionado sistema federal de competencias, el concepto tipo penal incrustado en la Constitución cumple una función garantista de carácter procesal, abierta a la posibilidad de que cada entidad federativa le asigne un contenido de acuerdo a la concepción dogmática que estime pertinente.

5.¿ El no seguir el criterio adoptado en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, convierte en inconstitucional a un ordenamiento local discrepante? En este caso, la respuesta es negativa pues como se aclaró, es de la Constitución Federal misma de la que deriva el sistema federal de competencias y de acuerdo con éste es a cada entidad a quien compete la facultad de proveerse de su legislación penal común, de manera que, si ésta

discrepa o difiere de los criterios adoptados por el Código Federal (legislación ordinaria federal) o del Distrito Federal, en nada se afecta a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, pues hacer uso de una facultad que en ella misma se otorga de ningún modo puede considerarse como un acto contrario a la Constitución misma.

6.¿ La Constitución General del país al hablar de tipo penal podrá referirse exclusivamente a la concepción finalista del tipo o, por el contrario, en ella se cumple solamente una función de garantía procesal sin filiación dogmática alguna? También en este caso debe responderse negativamente en cuanto a la primera parte de la interrogante es decir, que a la Constitución no le corresponde imponer la aceptación de opiniones teóricas o dogmáticas del campo de la teoría del delito y, por consiguiente, debe considerarse que el concepto tipo penal, como en su momento el de cuerpo del delito, solo cumple una función garantizadora de carácter procesal.

7.¿ Es legalmente posible que con la reforma de los artículos 16 y 19 se obligue a todas las legislaciones del país para que adopten un determinado sistema dogmático jurídico - penal? No, no es posible tal

pretensión en virtud de la mencionada facultad soberana derivada del sistema federal de competencias y el principio de reserva.

8.¿Cuál es el contenido del tipo penal en tratándose de legislaciones que persistan en adoptar un sistema tradicional? En este aspecto debemos afirmar que en aquéllas legislaciones que únicamente sustituyeron el vocablo cuerpo del delito por el de tipo penal, manteniendo por lo demás su estructura causalista de considerar al dolo como elemento de culpabilidad y estableciendo que para la comprobación del tipo basta la constatación de los elementos materiales de la infracción, sin duda el contenido de dicho tipo equivale a la concepción tradicional aceptada en México desde principios de siglo y que corresponde a la noción de tipo en sus más originales manifestaciones dogmáticas.

9.¿Es posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pretenda solucionar el problema a nivel nacional, inclinándose por uno de los sistemas teóricos controvertidos, al conceptuar el tipo pero pasando por alto esa autonomía de los estados para legislar en materia penal común, consagrada en el sistema federal de competencias que nos rige? Definitivamente no, en

el estado actual, a la Corte no le es posible lograr un criterio único respecto del contenido del tipo y obligatorio a nivel nacional, pues existen diversas legislaciones locales que no han seguido el modelo de la legislación central y, por tanto, pretender que con una sola jurisprudencia se definiera ese contenido obligando también a esas entidades a entenderlo y aplicarlo así, representa un acto que atenta contra esa soberanía de las legislaciones locales y además, señala una definición incongruente con el contenido material de esas mismas legislaciones discrepantes.

10.¿ Cual ha sido y cual puede ser la posición adoptada al respecto por el máximo Tribunal de la Nación? La postura de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento, ha sido la de pretender que por vía de contradicción de tesis se de solución al problema emitiendo una jurisprudencia con obligatoriedad nacional, más tal actuación. En nuestro concepto, dista mucho de solucionar satisfactoriamente la situación caótica que prevalece, pues por principio de cuentas no puede haber contradicción de tesis entre los criterios sustentados al interpretar preceptos legales de contenido distinto. Por tanto, mientras no se modifique el estado actual de la legislación existente en la República, los tribunales facultados para emitir

jurisprudencia tendrán que aceptar la idea de que válidamente subsistirán diversos criterios de interpretación en la medida en que coexistan distintos contenidos asignados al concepto tipo por las legislaciones del país.

11.¿ El concepto tipo penal es plurívoco o acepta únicamente una conceptualización? Como se demostró, se trata de un concepto plurívoco.

12.¿ Los sujetos implicados en la procuración e impartición de justicia a nivel federal y local, comparten un criterio único respecto del tipo, o lo conciben en formas distintas? Los resultados del examen de resoluciones, así como del muestreo a base de entrevistas ponen de manifiesto la existencia de una disparidad o diversidad conceptual prevaleciente entre dichos sujetos.

13.¿Si existe incertidumbre y disparidad de criterios respecto de un concepto elevado al rango de garantía constitucional de legalidad procesal, se atentaría con ello a la seguridad jurídica de la sociedad mexicana? La respuesta categórica es sí.

14.¿ Los sujetos implicados en las funciones de los órganos de justicia penal en todo el país, cuentan con la capacitación técnica, académica y profesional para conceptuar el problema del tipo penal en su justa dimensión y conforme a la evolución de la ciencia del derecho penal, particularmente la llamada "moderna dogmática jurídico - penal", dentro de la teoría del delito? Tanto los resultados de las entrevistas como el análisis de resoluciones ponen de manifiesto que existen severas deficiencias en ese aspecto, pues no todos los sujetos implicados en tales tareas cuentan con esa capacitación.

15.¿ Las instituciones universitarias de todo el país (no solo en el centro) han tenido o cuentan con los programas de estudio suficientemente actualizados y con la infraestructura necesaria para producir profesionales que sin dificultad comprendan el alcance dogmático que se pretende dar a la citada reforma constitucional? De acuerdo a los resultados obtenidos se tiene que admitir que lamentablemente no en todo el país se cuenta con los niveles académicos suficientes y adecuados para tal fin, y que incluso ha sido solo a partir de la reforma que se han iniciado diversas modificaciones con miras a la actualización de los programas de estudio respectivos, ello no obstante que

el problema de la aplicación de la reforma es una circunstancia actual y presente en la sociedad mexicana que reclama la inmediata solución de las cuestiones derivadas, entre otras cosas, por la aplicación del concepto tipo penal a nivel constitucional y las implicaciones que de ello se derivan.

Como corolario de este breve trabajo habremos de manifestar que no ha sido nuestra intención la de entrar en polémicas estériles o absurdas en torno a problemas terminológicos, sino la de contribuir a la búsqueda de soluciones a lo que consideramos una problemática grave que mantiene en crisis al sistema de justicia penal en nuestro país, siendo conscientes de lo modesto de nuestra exposición pero también de que en la incesante labor de mejorar la administración de justicia en México, todo esfuerzo por reducido que parezca es digno de tomarse en cuenta partiendo de la indiscutible afirmación de que la solución a cualquier problemática sólo puede originarse en el reconocimiento de los errores, deficiencias y limitaciones que conforman el problema a resolver.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada). Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1994.

Ley de Amparo.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal del Estado de Sinaloa (1939).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Sinaloa (1939).

Código Penal del Estado de Querétaro (1931).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro (1931).

Código Penal del Estado de CAMPECHE (1943).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Campeche (1943).

Código Penal del Estado de Colima (1955).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Colima (1955).

Código Penal del Estado de Chiapas (1938).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chiapas (1936).

Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua (1937).

Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de Chihuahua (1937).

Código Penal del Estado de México (1960).

Código de Procedimientos Penales del Estado de México (1960).

Código Penal del Estado de Guerrero (1953).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero (1937).

Código de Defensa Social del Estado de Hidalgo (1940).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Hidalgo (1952).

Código Penal del Estado de Jalisco (1933).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Jalisco (1934).

Código Penal del Estado de Oaxaca (1943).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca (1944).

Código Penal del Estado de San Luis Potosí (1944).

Código de Procedimientos Penales del Estado de San Luis Potosí (1944).

Código Penal del Estado de Tabasco (1958).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Tabasco (1948).

Código de Defensa Social del Estado de Puebla.

Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla.

Código Penal del Estado de Tamaulipas.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Tamaulipas.

Código Penal del Estado de Veracruz (1947).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz (1947).

Código de Defensa Social del Estado de Yucatán (1938).

Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado de Yucatán (1938).

Código Penal del Estado de Zacatecas (1966).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas (1966).

Jurisprudencia número 93, publicada en la pág. 201 del Apéndice 1917-1975, Primera Sala.

TESIS DE JURISPRUDENCIA 81 del Apéndice 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala.

ACERO JULIO. "Procedimiento Penal", ensayo doctrinal y comentarista sobre las leyes del ramo del D.F.". Editorial Cajica. Séptima Edición, 1984.

ARELLANO GARCIA CARLOS. "El Juicio de Amparo". Editorial Porrúa , México. Primera Edición, 1982.

ARILLA BAS FERNANDO. "El Procedimiento Penal en México". Editorial Kratos. Décima Segunda Edición, 1989.

BARRITA LÓPEZ FERNANDO A., "Averiguación previa (enfoque interdisciplinario)", tercera edición, Ed. Porrúa México, 1997.

BARRITA LÓPEZ FERNANDO. "Delitos, Sistemáticas y Reformas Penales", Ed. Porrúa, México, 1995.

BELING ERNESTO. "El rector de los tipos del delito". Traducción y notas por Prieto Castro L. y Aguirre Cárdenas J. Ed. Reus, S.A. Primera Edición, 1936.

BELING, ERNEST, "Die lebre Vom Verbrechen", 1906. Traducción al español.

BENITEZ TREVIÑO V. HUMBERTO. "Filosofía y Práxis de la Procuración de Justicia". Editorial Porrúa. Primera Edición, 1993.

BERNMUDEZ MOLINA ESTUARDO MARIO.
"Del Cuerpo del Delito a los Elementos del Tipo".
Talleres Gráficos de México, 1996.

BETTIOL GIUSEPPE. "Diritto Penale, Parte
Generale", 5ª. Ed., Palermo, G. Privata Editore, 1962.

BODENHEIMER EDGAR. "Teoría del Derecho".
Fondo de Cultura Económica, colección Popular.
Décima Tercera Edición, 1993.

BRISEÑO SIERRA HUMBERTO. "El
Enjuiciamiento Penal Mexicano". Editorial Trillas.
Primera Edición, 1988.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, "Manual de
Derecho Penal, parte general", Ed. Ariel, Barcelona,
1989.

CAPPELETTI MAURO. "La Justicia
Constitucional" (Estudios de Derecho Comparado).
U.N.A.M. Primera Edición, 1987.

CARNELUTTI FRANCESCO. "Teoría General
del Delito". Editorial Argos. Cali, Colombia.

CARPIZO, JORGE, "Estudios Constitucionales",
Quinta Edición, Ed. Porrúa, U.N.A.M., México 1996.

CARRANCA y TRUJILLO RAUL. CARRANCA y RIVAS RAUL. "Código Penal Anotado". Editorial Porrúa,. Décima Quinta Edición, 1986.

CASTELLANOS TENA FERNANDO, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Ed. Porrúa S.A., 32ª. Ed., México 1993.

CASTRO V. JUVENTINO. "La Procuración de la Justicia Federal". Editorial Porrúa, 1993.

CEREZO MIR JOSE. "El Finalismo", Revista Criminalia, año LXIII, No. 2, México, Mayo-Agosto, De. Porrúa, 1997, pág. 78, nota 3.

CEREZO MIR, JOSÉ. "El finalismo hoy", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Centro de Publicaciones, Madrid. Tomo XLVII, España, 1995.

COLIN SANCHEZ GUILLERMO. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Editorial Porrúa. Décima Edición, 1986.

CÓRDOBA RODA JUAN. "Culpabilidad y pena", Barcelona, Ed. Bosch, 1977.

CÓRDOBA RODA JUAN. "Una nueva concepción del delito". la doctrina Finalista, Barcelona Ed. Ariel, 1963.

CREUS CARLOS. "Derecho Penal". Parte General. Ed. "Astrea". Buenos Aires, 1988.

DAZA GÓMEZ CARLOS J.M. "Seminario de Derecho Penal", Doctorado por Investigación UNAM, México 1997.

DAZA GÓMEZ, CARLOS J. M.. "Teoría General del Delito", Cárdenas Editor, México, 1997.

DE CERVANTES JAVIER. "La Tradición Jurídica de Occidente". U.N.A.M. Primera Edición, 1978.

DE LA BARREDA SOLORZANO LUIS. "Justicia Penal y Derechos Humanos". Editorial Porrúa, 1997.

ECHANDIA REYES ALFONSO. "Tipicidad", Ed. Temis, 6ª. Ed., Temis, Bogotá 1989.

EDMUNDO MEZGER, "Tratado de Derecho Penal", tomo I, Madrid, 1955, traducción al español, de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de derecho privado.

FLORES GOMEZ - CARBAJAL. "Manual de Derecho Constitucional ". Editorial Porrúa. Primera Edición, 1976.

FOUCAULT MICHEL. "La verdad y las Formas Jurídicas". Editorial Gedisa. 1985.

FRANCO GUZMAN, RICARDO. "Delito e Injusto ". Escuela Nacional de Jurisprudencia, Seminario de Derecho Penal. México, D.F. 1950.

FRANCO GUZMAN, RICARDO. "La subjetividad en la ilicitud". 1ª Edición, Ed. U.M. Cajica Jr. S.A., Puebla, Pue., 1959.

GALLAS, WILHEIM, "Zum Gegenwärtige", traducción castellana de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1959.

GARCÍA CORDERO FERNANDO, "La reforma penal 1983-1988", Ed. M. Porrúa, México 1988, 2ª Edición.

GARCIA CORDERO FERNANDO. "Política Criminal". Editorial Manuel Porrúa S.A. Primera Edición, 1987.

GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, "Cuadernos Constitucionales México- Centroamérica, comentarios sobre las reformas de 1993, al procedimiento penal federal", Centro de Estudios Constitucionales México, Centroamérica, U.N.A.M. México, 1994.

GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, "El nuevo procedimiento penal mexicano; la reforma de 1993-1994, Ed.Porrúa, Méx. 1994.

GARCÍA RAMÍREZ SERGIO. "Curso de derecho procesal penal", Ed. Porrúa, Méx.1989.

GARCIA RAMIREZ SERGIO. "Delincuencia Organizada", Antecedentes y Regulación Penal en México. Editorial Porrúa. Primera Edición, 1997.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. "El Código Penal Comentado". Editorial Porrúa. Décima Primera Edición, 1994.

GONZALEZ QUINTANILLA JORGE ARTURO. FRISCH PHILIPP WALTER. "Metodología Jurídica de Jurisprudencia y Legislación". Editorial Porrúa. Primera Edición, 1992.

GONZALEZ RAUL- SALAS CAMPOS. "La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal ". Péreznieto Editores. Primera Edición, 1995.

GÜNTHER JAKOBS. "Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional", Cuadernos Civitas, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid. 1996.

HEILDELBERG, CARL "Winters Universitäts buchhandlung", 1923. 2ª. Ed.

HERNÁNDEZ FRANCO TOMAS, tesis, UNAM, 1967.

HERNANDEZ LOPEZ AARON. "El Proceso Penal Federal". Editorial Porrúa. Tercera Edición, 1994.

HIDALGO RUESTRA CARLOS. "Derecho Procesal Penal Mexicano". Guadalajara, México, 1986,

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA U.N.A.M.. "Problemas Actuales del Derecho Constitucional". Primera Edición, 1994.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA U.N.A.M.. "Reforma Constitucional y Legal, 1982-1987, Reflexiones y apuntes bibliográficos". Primera Edición, 1987.

ISLAS MAGALLANES OLGA. "Nueva teoría del derecho penal", Criminología, México, año XLIV, números 1-3, enero-marzo, 1978.

ISLAS OLGA Y RAMÍREZ, ELPIDIO. "Lógica del tipo en el derecho penal", México, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

JESCHECK HANS- HEINRICH. "Reforma del Derecho Penal en Alemania". Parte General. Editorial de Palma. 1976. Traducción al español.

JESCHECK, HANS HEINRICH, "Tratado de Derecho penal", Ed. Bosh, S.A., España. 1981, traducción al español por S. Mir Puig y Muñoz Conde.

JIMÉNEZ DE ASÚA, "La Ley y El Delito", A. Bello, Caracas, 1945.

JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de Derecho Penal" Tomo III. Editorial Lozada, Buenos Aires 1958.

JIMÉNEZ HUERTA, "Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa S.A. , México, 1972.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIO, "Corpus delicti y tipo penal", Revista Criminalia, número 19, México 1956.

JIMÉNEZ HUERTA. "La tipicidad", Porrúa, S.A., México, 1955.

KELSEN, HANS. "Teoría Pura del Derecho." Ed. Porrúa S.A., México, 1978. Traducción al español.

KUHN TÓMAS S. "La Estructura De Las Revoluciones Científicas". Ed. Fondo De Cultura Económica, Argentina 1992.

LARENZ KARL. "La Metodología de la Ciencia del Derecho". Traducido por Marcelino Rodríguez Molinera. Segunda Edición. Editorial Ariel. 1980.

LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE. "Los Fines del Derecho". Editora Laguna. Tercera Edición, 1997. Traducción al español.

LOPEZ BETANCOURT E. "Teoría del Delito". Ed. Porrúa. México. Segunda Edición. 1995.

LUNA CASTRO JOSE NIEVES. "La Culpa de Derecho". Tesis de Maestría, Universidad de Guadalajara, 1990.

MADRAZO A. CARLOS, "La reforma penal (1983-1985)", Ed. Porrúa, México 1989.

MANCILLA OVANDO JORGE ALBERTO. "Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal". Editorial Porrúa. Séptima Edición, 1997.

MARGADANT S. GUILLERMO F. "Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos". Antecedentes y Panorama Actual. U.N.A.M. 1996.

MÁRQUEZ PIÑERO RAFAEL. "El Tipo Penal Algunas Consideraciones En Torno A El Mismo", UNAM., México, 1992.

MARQUEZ PIÑERO RAFAEL. "Filosofía del Derecho". Editorial Trillas. Primera Edición, 1990.

MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, "Derecho Penal Parte General", Ed. Trillas, Tercera Edición, México 1994.

MARTINEZ PINEDA ANGEL. "El Proceso Penal y su exigencia Intrínseca". Editorial Porrúa. Primera Edición, 1993.

MATOS ESCOBEDO, RAFAEL, "Límites de las facultades federales para legislación en materia penal", Criminalía, México, año XI, núm. 4, 1945.

MAURACH, REINHARD. "Tratado de Derecho Penal, Tomo I", traducción de Juan Córdova Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

MAYER MAX ERNESTO , "Der Allgemeine Teil des deutsche Strafrechts", Lehrbuch, 2^a. ed.

MEDINA PEÑALOZA SERGIO JAVIER, Tesis de Maestría, U.A.E.M. 1996.

MEZGER EDMUNDO. "Tratado de derecho penal", 3^a. ed. trad. de Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1957.

MORENO HERNÁNDEZ MOISÉS, Notas, División de Estudios de Posgrado. 1981-1982, UNAM.

NUÑEZ RICARDO. "Los elementos subjetivos del tipo penal" Buenos Aires, Edit, Depalma, 1943, pág. 11. Citado por Reyes Echandía.

OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO. "Síntesis de Derecho Penal". Editorial Trillas. Primera Edición, 1984.

OVALLE FAVELA JOSE. "Garantías Constitucionales del Proceso". Ed.McGRAW-HILL, p.207, Méx.1996.

PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, "Manual de Derecho Penal Mexicano", Ed. Porrúa, S.A. México 1974, Parte General.

PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, "Nociones de derecho penal mexicano, parte general" México, Edit. Instituto de Ciencias Autónomo, 1964.

PONCE DE LEON ARMENTA LUIS. " Metodología del Derecho" Editorial Porrúa. Segunda Edición, 1992.

REYNOSO DAVILA ROBERTO. "Teoría General del Delito". Editorial Porrúa. Segunda Edición, 1997.

RICARDO C. NÚÑEZ. "Derecho Penal", Parte General, editada en México por Cárdenas Editor, 1985.

RIGHI ESTEBAN. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa, U.N.A.M., 9ª. Ed., México 1996.

RIVERA SILVA MANUEL. "El Procedimiento Penal". Editorial Porrúa. Octava Edición, 1977.

RIVERA SILVA MANUEL. "El procedimiento Penal", Ed. Porrúa, México, 1958.

ROXIN CLAUS. "La Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal", traducción de Francisco Muñoz Conde, Reus, S.A. Madrid, 1981.

ROXIN, CLAUS. Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, Versión castellana por Dr. Enrique Bacigalapo, De. Depalma, Buenos Aires 1979.

RUGGIERO GIUSEPPE. "Gili elementi normativi della fattispecie penale, Napoli". Jovene Editore, 1965.

SEBASTIÁN SOLER, "Derecho penal liberal, soviético y nacionalsocialista", Revista cursos y Conferencias, Buenos Aires, julio de 1937,

SEBASTIÁN SOLER. "Análisis de la figura delictiva", Cuadernos Criminalia, México, Año X, 1943, número 12.

TENA RAMÍREZ FELIPE. "Derecho Constitucional Mexicano", 21ª. Edición, Ed. Porrúa, México 1985.

TORRES LOPEZ MARIO ALBERTO. "Las Leyes Penales". (Dogmática y Técnica Penales). Editorial Porrúa. Tercera Edición, 1996.

WELZEL HANS, "Natturrecht und materiale Gerechtigkeit", 4ª. Ed., Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 1962, traducido por D. Felipe González Vicen, con el título Introducción a la Filosofía del Derecho, Aguilar, Madrid, 1971.

WELZEL HANS. "Derecho penal alemán parte general", 12ª. Edición, 3ª. Edición castellana, traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 1987.

WELZEL HANS. "Derecho Penal parte General". Ed. "Depalma", Buenos Aires, 1956. Traducción al español.

WELZEL HANS. "Derecho Penal." Parte General. Traducido por Dr. Carlos Fontain Balestra Ed. Depalma . Buenos Aires. 1956.

WELZEL HANS. "El nuevo sistema del Derecho Penal", trad. José Cerezo Mir, Ariel Barcelona, 1996.